UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS POLÍTICO - ELECTORALES EN MÉXICO EN CONTRASTE AL PARADIGMA DE LUIGI FERRAJOLI."

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA TUTELA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO – ELECTORALES EN MÉXICO POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. (2000 – 2010)

DR. SANTIAGO NIETO CASTILLO.
DIRECTOR DE TESIS.

TESIS QUE PRESENTA EL MTRO. CARLOS ALFREDO DE LOS COBOS SEPÚLVEDA, PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO POR INVESTIGACIÓN.

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, CAMPUS CIUDAD DE MÉXICO.

DICIEMBRE DE 2012, MÉXICO, DISTRITO FEDERAL.

Índice

Introducción……...6

Capítulo 1.
Derechos fundamentales: derechos políticos y los derechos políticos – electorales.

1.1. Concepto de derechos políticos, garantías individuales y derechos fundamentales……22
1.1.2. Garantías individuales y la Reforma Constitucional de 2011 sobre Derechos Humanos…… 24
1.3. La reforma constitucional de junio de 2011…….. 25
1.4. Naturaleza jurídica de los derechos político – electorales…….. 29
1.4.1. Los derechos políticos como derechos fundamentales……... 34
1.4.2. Clasificación de derechos político – electorales…… 37
1.4.2.1. Derecho de sufragio activo…… 48
1.4.2.2. Derecho de sufragio pasivo……... 51
1.4.2.3. Derecho de asociación en materia política…… 58
1.4.2.4. Derecho de afiliación…… 60
1.4.2.4.1. Trasfuguismo político y electoral…… 61
1.5. Restricción constitucional de ministros de culto religioso……... 63
1.6. Derechos fundamentales vinculados a derechos político – electorales: libertad de expresión y acceso a la información……..... 67

Capítulo 2.
El paradigma garantista de Luigi Ferrajoli.

2.1. Luigi Ferrajoli: *La ley del más débil*……70
2.1.1. Teoría del garantismo……...71
2.2. Estructura y naturaleza de los derechos fundamentales en el garantismo……75
2.2.1. Concepto de derechos fundamentales y su interrelación con la democracia sustancial……75
2.2.2. Diferencia de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales……77
2.2.3. La segunda tesis: *la democracia sustancial……..78*
2.2.4. La tercera tesis: *naturaleza supranacional de los derechos fundamentales……...81*
2.3. Las relaciones entre derechos y garantías……..83
2.4. Fundamentación axiológica de los derechos fundamentales……85
2.5. Nexo entre derechos fundamentales y democracia……87
2.6. *Principia Iuris……..89*
2.7. Relación entre neo constitucionalismo y garantismo……..93

Capítulo 3
La configuración constitucional de la justicia electoral en México y la evolución de la interpretación de los derechos político – electorales.

3.1. La configuración histórica de la justicia constitucional – electoral en México……101
3.2. La interpretación jurisdiccional de los derechos político – electorales en México……...104
3.2.1. Siglo XIX……...105
3.2.1.1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Porfiriato….108
3.2.2. Siglo XX……110
3.3. La reforma constitucional y legal en materia electoral de 2007 y 2008……..142
3.4. La interpretación constitucional de los derechos político – electorales en el siglo XXI……144
3.5. Paradigmas contemporáneos de interpretación constitucional en materia de derechos político – electorales……..148
3.5.1. La insuficiencia de los criterios tradicionales de interpretación...150
3.5.2. La interpretación evolutiva……153
3.5.3. Criterios de interpretación a favor del ser humano……154
3.5.3.1. Preferencia en la interpretación de Derechos Fundamentales……...167
3.5.3.2. Técnica de protección de derechos fundamentales……..170
3.5.3.3. Fuerza expansiva de los derechos fundamentales……172
3.5.3.4. Respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales……178
3.5.3.5. Ponderación de derechos fundamentales……...180
3.5.3.6. Derechos humanos conforme a tratados internacionales. …..181
3.5.3.7. La interpretación conforme en sede judicial electoral……184
3.5.3.8. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación posteriores a la reforma constitucional de junio de 2011……198

Capítulo 4
Principales líneas jurisprudenciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con criterios garantistas.

4.1. Interpretación efectuada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación……...207
4.1.1. Principales líneas jurisprudenciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con criterios garantistas……...210
4.1.1.1. Causal abstracta de nulidad de elección y nulidad de elección por violación a principios constitucionales. Casos Tabasco y Yurécuaro. SUP-JRC-487/2000 y acumulado, y SUP-JDC-604/2007……..212
4.1.1.2. Derecho a la justicia accesible; completa y efectiva……242
4.1.1.3. Presunción de inocencia. *Caso Greg* SUP-JDC-157/2010……...250
4.1.1.4. Maximización del derecho a ser votado e interpretación conforme: *Caso Hank*. SUP-JDC-695/2007……...265

4.1.1.5. Criterios de equidad y género:……....276
a) *Cuota de género. Objetivo y finalidad de las acciones afirmativas en la legislación electoral mexicana*.
SUP-JDC-484/2009……..……281
b) *Alternancia de géneros para conformar las listas de candidatos*. SUP-JDC-461/2009…….….284
c) *Cumplimiento de la cuota de género por los partidos políticos*. SUP-JDC-720/2006……287
4.1.1.6. El derecho de asociación. (Unión Nacional de Sinarquista) SUP-JDC-517/2008……..289
4.1.1.7. Pueblos y comunidades indígenas. *Caso Tanetze de Zaragoza*. SUP-JDC-11/2007 y diversas tesis jurisprudenciales…….……..297
4.1.1.8 Consideraciones garantistas en materia electoral indígena……304
4.1.1.9. Libertad de expresión en el contexto político……319
a) *Caso Transformers* SUP-JRC-375/2007…….……...326
b) *Propaganda negra*. *López Obrador un peligro para México*. SUP-RAP-31/2006 y SUP-RAP-34/2006……334
4.1.1.10. Integración de órganos electorales. SUP-JRC-412/2010 y acumulados…….….358
4.1.1.11. Derecho a la información y acceso a las boletas electorales. SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007……..……378
4.1.1.12. El acceso a la justicia federal y el derecho parlamentario. SUP-JDC-144/2007……392
4.2. Los criterios de Sala Regional de la Quinta Circunscripción Plurinominal.……....406
4.2.1. *Formalismo enervante*. ST-JDC-97/2008……407
4.2.2. Equidad en la contienda electoral. Caso Colima: *¿existe una única respuesta correcta a cada caso?* ST-JRC-9/2009 y SUP-REC-16/2009……412
4.2.3. Interpretación conforme…….....425

Capítulo 5
La interpretación de los derechos políticos en los Tribunales Constitucionales.

5.1. Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América……..427
5.1.2. Libertad de expresión en materia política……...429
5.1.2.2. *Texas vs. Jonhson*…….……..430
5.1.2.3. *Sullivan vs. New York Times*……..433
5.1.2.4*. Bush vs. Gore*……....444
5.2. Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. ……..452
5.2.1. Casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*European Court of Human Rights*) en materia de derechos político – electorales……..……..460

5.2.1.1. Caso *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, de 13 de febrero de 2003……...477
5.2.1.2. Trasfuguismo Electoral…….....489
5.3.1 El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos……..….494
5.2.1.4. Casos Resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos político electorales……....500
5.2.1.5. Caso Castañeda……500
5.2.1.6. Caso Yatama *vs.* Nicaragua……504
5.2.1.7. Caso Ricardo Canese……..508
5.2.1.8. Caso Última Tentación de Cristo……512

Conclusiones…….....516

Bibliografía…..……549

Introducción

El objetivo de la presente tesis que se presenta para obtener el grado de Doctor en Derecho por investigación consiste en sistematizar la interpretación y argumentación jurídica del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como los principales[1] conflictos sustentados en tribunales constitucionales y los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos, en relación a los criterios argumentativos de los derechos político – electorales, para que a partir de ahí, se puedan confrontar e inferir si las líneas interpretativas del Tribunal Electoral asumen un criterio garantista, y en vía de consecuencia, deducir un método de interpretación y argumentación sobre tales derechos fundamentales, que permita una tutela eficaz de los mismos.

La investigación pretende dilucidar, agrupar y diferenciar las formas de interpretación y argumentación jurídica que ha desarrollado el Tribunal Electoral en los años 2000 a 2010[2] y los principales criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito en México, a efecto de elaborar una propuesta de interpretación y argumentación jurídica que permita a los órganos administrativos y jurisdiccionales en México resolver de manera amplia y no restringida los conflictos que se presenten sobre derechos político – electorales, acorde de igual manera a la reforma constitucional de junio de 2011.

En el cuerpo de la investigación, se hará una exploración de las sentencias más relevantes en materia político – electoral para diferenciar

[1] El adjetivo principal hace referencia a aquellas que decisiones en sede judicial que van construyendo y delineando la democracia.
[2] Por supuesto, por la implicación y el impacto que tiene en el sistema jurídico mexicano, se hará mención a la reforma constitucional de junio de 2011 y se evidenciará como la interpretación y argumentación jurídica en materia electoral, antes de dicha reforma efectuaba un control de convencionalidad.

las formas de interpretación, los tipos de argumentos empleados, sus objetivos y efectos sociales y políticos en la toma de decisiones.

Una vez obtenida dicha información, se procederá a confrontar la interpretación y argumentación de dichas sentencias con la teoría jurídica contemporánea de Luigi Ferrajoli, conocida como "*garantismo*", con dos objetivos primordiales:

1. Para verificar si a partir de dicho contraste, se puede afirmar o evidenciar si las sentencias del tribunal por el órgano máximo de justicia electoral en el país asumen esta condición de "*garantistas*" o si por el contrario se ha entendido inadecuadamente la propuesta de Ferrajoli.

2. En vía de consecuencia, elaborar una propuesta o modelo de interpretación y argumentación jurídica en materia político – electoral, basado en el pensamiento de Luigi Ferrajoli para los casos de los derechos político – electorales.

El paradigma formulado por Luigi Ferrajoli se pretende establecer, a manera de hipótesis, como una metodología integral para el estudio y resolución de problemas jurídicos de política y Derecho, lo cual hace compleja a la materia, pues se enfrentan dos lógicas muy distintas: *la negociación y las relaciones de poder de la política y los poderes fácticos contra el Derecho;* en concreto a través de los derechos político – electorales, por lo que a lo largo de la investigación se intenta demostrar que el modelo de Ferrajoli es adecuado para tutelarlos jurisdiccionalmente y en sede administrativa, atento a que marca una respuesta contra los excesos del poder político, salvaguardando a la persona humana en su esfera de participación política.

Es decir, la hipótesis a demostrar en el cuerpo de la investigación consiste en establecer que el garantismo[3] como teoría jurídica y política es adecuada para proteger derechos político – electorales, que son derechos fundamentales, y en esa tesitura, evidenciar cuál de las sentencias relevantes en dos integraciones de la Sala Superior y Regionales asumen el carácter de sentencias garantistas.

Para determinar qué sentencias debían analizarse en la investigación, se recurrió a los estudios que el propio Tribunal Electoral ha efectuado en diversos seminarios, congresos nacionales e internacionales, en los que año con año se convoca a diversos expertos del mundo a discutir sus decisiones, además de contar con el aval de un comité académico de la Sala Superior que analiza los efectos políticos y sociales de las sentencias.

De tal manera, que no es un ejercicio aleatorio sino deliberadamente encaminado a estudiar las sentencias que impactaron en la conformación del sistema democrático mexicano a través de la protección de los derechos político – electorales y los derechos adyacentes para que éstos cobren vigencia, tales como la libertad de expresión y el derecho a la información, entre otros. En otras palabras, no se trata de las sentencias mediáticas, sino de decisiones relevantes que aportaron o en su caso mermaron el régimen democrático del país.

Si la pregunta estriba en saber cómo escoger esas decisiones, la respuesta radica en la investigación que se ha hecho de cada sentencia e insisto, en el efecto social y político generado.

[3] Por voto sugerente de la Dra. Platas diferenciaré que el garantismo de Ferrajoli, no se refiere al concepto tradicional de garantía individual de nuestra tradición jurídica.

El método de investigación seguido fue el documental básicamente, auxiliado por técnicas expositivas; en esa tesitura, se recopilaron sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, particularmente, de las primeras épocas jurisprudenciales en las que se negó el carácter de garantía individual a los derechos políticos y por consiguiente, la procedencia del juicio de amparo, dejando con ello en completo estado de indefensión a la persona humana.

Bajo esta línea argumental, se recogieron las principales sentencias comprendidas entre los años 2000 y 2010[4] relacionados con nuestro objeto de estudio que se han sostenido por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en sus dos integraciones y la Sala Regional Toluca, atento al material jurídico desarrollado en sede judicial[5]; se sistematizaron los derechos político – electorales de votar, ser votado, afiliarse y asociarse, y los derechos fundamentales vinculados a ellos; en ese orden de ideas, se clasificaron en función al medio de impugnación y el derecho cuestionado.

Es importante considerar en el análisis, el tratamiento de estos derechos por los Tribunales constitucionales y de protección Interamericana y Europea de los Derechos Humanos.

Para llevar a cabo lo anterior, en primer término, la investigación se enfocó a diagnosticar la forma de interpretar los derechos político – electorales en México, para lo cual se siguió una técnica documental que comprende tres metodologías básicas de estudio:

a) En el plano conceptual. Se efectuó un análisis de los conceptos generales de los derechos políticos, los derechos político – electorales y su

[4] Se trajeron a colación algunos criterios de 2012, habida cuenta de la relación íntima con el tema abordado, pero no es el objeto de investigación.
[5] El criterio de selección de las sentencias a estudiar y analizar consistió en tres factores: *Instancia,* que comprende a la Sala Superior o Sala Regional Toluca; *tipo de decisión,* y *argumentos justificativos*.

estructura; así como la síntesis de los principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, en sus diversas obras: *Derecho y Razón y Pirncipia Iuris.*

b) El plano jurisdiccional. Bajo esta metodología se reconstruyeron y analizaron las principales decisiones sobre derechos político – electorales en los precedentes judiciales del Tribunal Electoral, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito. En su estudio, los criterios de selección versaron sobre la instancia, la decisión tomada y los argumentos justificativos de la misma.

c) Derecho comparado. A través de este estudio se analizaron las líneas jurisprudenciales del Tribunal Electoral, en relación a lo que ocurre en otras latitudes, para deducir el *status* de la calidad argumental en el que México se encuentra en relación con aquellos tribunales constitucionales e internacionales, particularmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Bajo esta perspectiva, la aplicación de esta metodología podrá entonces definir el significado y el alcance de los derechos político – electorales del Tribunal Electoral en perspectiva teórica y comparada, y sobre todo, nos servirá de base para plantear que algunas de las sentencias del Tribunal no están apegadas al garantismo tal y como lo desarrolla Ferrajoli, pero que finalmente, dicha teoría es adecuada para proteger derechos fundamentales de tipo político – electoral, atento al proceso de transición y consolidación democrática en México.

Un problema tangencial sobresale, en el sentido que, culturalmente en nuestras universidades y centros de educación superior, la formación del

abogado está orientada en un enfoque positivista *tradicional*[6], mediante la cual, la tutela y protección de estos derechos político – electorales no es adecuada, pues la naturaleza misma de la política y el derecho exige mecanismos de tutela efectiva que en la especie, puede ser a través de una metodología garantista.

Lo anterior, toda vez que Ferrajoli justamente, explica que la teoría garantista puede ser vista tanto como filosofía política y teoría del Derecho; el garantismo, en este tenor, se concibe para maximizar los derechos humanos, revoluciona la teoría de validez kelseniana y deslegitima el derecho vigente secundario cuando no se ajusta a las normas constitucionales.

Por otro lado, Ferrajoli al postular una teoría sustancial de la democracia en la que la que, principalmente, la decisiones no son válidas sólo por el hecho de ser aprobadas por el órgano competente y el procedimiento establecido, sino por la tutela efectiva de derechos fundamentales; dicha tesis nos permitirá confrontar la propia historia legal y constitucional de nuestro país en la que se negó, legislativa y jurisdiccionalmente, el carácter de derecho humano a los derechos políticos, y no fue sino hasta que se evolucionó, en la vía de la interpretación judicial, cuando se comenzó a proteger estos derechos, hasta finalizar con una profunda Reforma Constitucional de junio de 2011; sin embargo, un sector de la doctrina[7] consideraba que si el Estado mexicano había suscrito tratados internacionales, en los que se reconocía el carácter de esos derechos, existía la posibilidad de interpretarlos en un ejercicio de control convencional.

[6] PLATAS, Pacheco, María del Carmen, Filosofía del Derecho y argumentación jurisdiccional, Porrúa, México, 2010.
[7] El magistrado Santiago Nieto Castillo doctrinal y judicialmente, ha suscrito este criterio.

La anterior postura en diversos casos que aquí se abordarán, mostraré como la Sala Superior y la Regional de Toluca, se adelantan a esta reforma y a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación[8] prohibía hacer control constitucional al Tribunal Electoral, éste en un ejercicio de control convencional tuteló y dilucidó, desde mi punto de vista, correctamente los problemas planteados.

Ahora bien, en el plano teórico existen diversos autores que postulan diferentes modelos de Derecho: el *positivista* basado en las reglas cuyos exponentes son Bobbio, Kelsen y Hart; el modelo *Principialista* de Dworkin, el modelo *Iusnaturalista* de Finnis; el modelo *neo constitucionalista* de Zagrebelsky; el modelo *procedimental* de Alexy, y el modelo *garantista* de Ferrajoli.

En consideración propia, no pretendo desestimar ninguno de los modelos planteados, simplemente, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación asume, judicialmente, desarrollar en sus sentencias la metodología garantista, por lo que el objetivo central de esta investigación es analizar la misma, para explicar si, efectivamente, los criterios del Tribunal pueden revestir ese carácter.

Finalmente, como modelo de Derecho establezco que de aplicarse, como lo sostiene Ferrajoli, es posible tutelar adecuadamente estos derechos político – electorales, por mucho tiempo olvidados de la escena jurídica en nuestro país, claro está, sin desconocer que otros modelos puedan servir de base u orientación en el tratamiento y resolución de casos en sede administrativa y judicial.

[8] Contradicción de tesis 2/2002, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Algunas de las preguntas clave para resolver la presente investigación son del tenor siguiente:

a) Teoría del Derecho:

1. *¿Qué es un derecho político – electoral?*
2. *¿Cuál es el núcleo esencial de un derecho político – electoral?*
3. *¿Cómo se clasifican los derechos político – electorales?*
4. *¿Los derechos político – electorales son prerrogativas del ciudadano, garantías individuales o derechos fundamentales?*
5. *¿Existe una mutación constitucional en la protección judicial de los derechos político – electorales?*
6. *¿Con la Reforma Constitucional de 2011, cuál es el carácter del derecho político - electoral?*
7. *¿Qué es el garantismo?*
8. *¿Cuáles son los postulados del garantismo?*
9. *¿Qué nexos guarda el garantismo con la democracia y la teoría del derecho?*
10. *¿Existen diferencias entre garantismo y neoconstitucionalismo?*

b) Interpretación jurídica:

1. *¿Cuáles son los criterios de interpretación jurídica que reporta la ciencia jurídica contemporánea?*
2. *¿Cuál de esos criterios es el más conveniente para interpretar derechos fundamentales?*
3. *¿Existe un criterio de interpretación idóneo para dilucidar el contenido y alcance de los derechos político – electorales?*
4. *¿El garantismo es una metodología adecuada para tutelar derechos político – electorales del ciudadano?*

5. *¿Cómo ponderar entre los conflictos entre los derechos político – electorales?*
6. *¿Cuál es la función del bloque de constitucionalidad?*
7. *¿Cómo interpretar derechos políticos – electorales a partir de la reforma constitucional de junio de 2011?*

c) Argumentación jurídica:

1. *En el Estado Constitucional de Derecho, ¿Cómo debe argumentar el juez constitucional los casos de derechos político - electorales?*
2. *¿Qué tipo de argumentos deben prevalecer en la dogmática del derecho electoral?*
3. *¿Cuáles deben ser los principales argumentos en las sentencias que protejan y tutelen derechos políticos?*
4. *¿Qué función deben realizar los órganos administrativos electorales para tutelar los derechos fundamentales? ¿Estricta legalidad? ¿cabe la interpretación y argumentación de tipo Constitucional o convencional? ¿Cómo realizar la interpretación y argumentación en materia político electoral a partir de las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenidas en el expediente varios 912/2011, relativo al cumplimiento de la sentencia del caso Radilla, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*

Finalmente, como marco teórico de este nuevo paradigma que reporta la teoría jurídica contemporánea, es necesario precisar que se asienta en el constitucionalismo moderno, como un modelo que luchó contra el absolutismo: *al poder arbitrario y concentrado de los monarcas absolutos les opone la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la*

persona; hoy día, los derechos fundamentales son cartas de triunfo de las minorías frente a las mayorías[9] o bien, mandatos de optimización[10].

El constitucionalismo establece que el poder político debe ejercerse mediante normas generales y no por mandatos arbitrarios; el poder tiene un límite formal: *la ley,* que regula sus funciones y competencias, finalmente, el poder debe respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, la primera condición para la existencia de una Constitución en sentido moderno es, precisamente, la garantía de los derechos. En palabras de Bobbio, para el constitucionalismo moderno:

> "El poder político en todos sus niveles, se encuentra limitado por la existencia de derechos, cuyos titulares son los individuos y no las instituciones de la sociedad civil."[11]

La limitación jurídica del poder se expresa con dos fórmulas concretas: el gobierno *sub lege* y el gobierno *per leges*; el primero supone un sometimiento formal y material del gobernante al derecho porque su actuación está determinada por lo que dice la ley fundamental; el segundo, el gobierno *per leges*, supone únicamente que el poder será ejercido a través de leyes y no mediante comandos particulares y concretos.

El segundo pilar que sostiene al Estado Constitucional es la separación o división de poderes. Se trata de la articulación del poder

---

[9] DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducido por Marta Gustavino, 7ª. Reimpresión Ariel, España, 2009, p. 16.

[10] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido del alemán por Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 27.

[11] BOBBIO, Norberto, *Teoria generale de lla politica*, Piccola Biblioteca, 2009, pág.94.

político que distingue las siguientes funciones: *el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.*[12]

La primera formulación teórica de esta separación fue delineada por Locke pero fue Montesquieu quien, en el siglo XVIII, propuso la mejor formulación de esta importante institución liberal que sostiene al Estado Constitucional. Un gobierno moderado, sostiene Montesquieu:

> "Combina los poderes, los regula y atempera, hay un contrapeso de cada uno de ellos para que pueda resistir el otro; se trata de una obra maestra de legislación que no sucede comúnmente y sólo inusualmente se le deja hacer a la prudencia".[13]

La garantía de los derechos fundamentales es la finalidad última del constitucionalismo. Esto implica la existencia de un gobierno limitado, con lo que excluye cualquier forma de gobierno absoluto o autoritario.

Es importante insistir que el paradigma del derecho positivo moderno tiene su fundamento en las revoluciones liberales inglesa, americana y francesa, como se ha mencionado que culminaron con el nacimiento del Estado moderno (Estado legislativo), que se basa en el monopolio de la elaboración de normas.

En este tenor, el principio de legalidad quedó reafirmado en las Cartas Constitucionales de cada nación, donde el eterno conflicto entre el gobierno de hombres y leyes, quedó sintetizado en el imperio de las normas sobre los poderes del Estado, los cuales deberían estar divididos y

[12]Esta separación está claramente contenida en el artículo 5 de la Declaración de Virginia, en el artículo 24 de la Constitución Francesa de 1793 y en el artículo 22 de la Constitución Francesa de 1795.
[13] MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, lib. V, Porrúa, México 1971.

colaborar entre sí, para llevar a cabo la premisa de la libertad jurídica, política y social.

Para explicar la evolución del Estado Constitucional contemporáneo seguiremos el recorrido de tres paradigmas epistemológicos, propuestos por Ferrajoli.

> "El Derecho pre moderno de tipo jurisprudencial doctrinal y correspondiente al antiguo régimen, el derecho positivo moderno de tipo legislativo perteneciente al Estado legislativo de Derecho y el derecho positivo contemporáneo subordinado a constituciones rígidas perteneciente al Estado constitucional de Derecho".[14]

Este último paradigma del derecho positivo contemporáneo surge en la Segunda posguerra donde las Constituciones van a representar:

> "El intento por recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo"[15]

De esta forma, la Constitución deja de ser sólo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores:

> "Una norma directiva fundamental"[16].

---

[14] FERRAJOLI, Luigi, *La pragmática de la teoría del derecho en Epistemología jurídica*, *Op. Cit*., pág. 113.

[15] FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 163.

[16] FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 133. Éste autor propone tres modelos de libertades de los derechos fundamentales: ***el estatalista*** en donde "se admite y se afirma que el estado nace de la voluntad de los individuos, pero tal voluntad no puede ser representada por el esquema negocial y de carácter privado del contrato entendido como composición de intereses individualmente distintos". FIORAVANTI, *Ibid*., pág. 50, el modelo i**ndividualista** que "admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, la sociedad de individuos políticamente activos, con su autónoma subjetividad distinta y precedente al estado, que impone respectivamente la presunción general de libertad y la presencia de un

Ejemplo de ello, son las Cartas Fundamentales, como la de *Bonn* de 1949, la Constitución Española de 1978, entre otras.

El anterior proceso de evolución es definido por Ferrajoli en el siguiente sentido:

> "La sumisión del legislador a normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético - políticos, jurídicamente positivizados en las Constituciones rígidas"[17].

En dicho proceso, como lo señala el autor florentino:

> "Se tiene una preponderancia especial en la coherencia de los contenidos de los derechos fundamentales."[18]

Por lo que, se abandona el predominio de la forma de producción de las normas.

En esta tesitura, podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional[19]; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica, necesariamente, ser un Estado Constitucional.

Poder Constituyente ya estructurado". FIORAVANTI, *Ibid.,* pág. 43 y el modelo **historicista**, "consiste en la concesión de libertades por parte del Estado, mediante el tránsito pacífico del Estado medieval al Estado moderno inglés del siglo XVII, prescindiendo de la presencia de un poder político soberano altamente concentrado, capaz de definir las esferas de las libertades individuales". FIORAVANTI, *Ibid.,* pág. 313.

[17] FERRAJOLI, Luigi, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, *Isonomía*, México, N.º 16 (abril 2002), págs. 7-20.

[18] FERRAJOLI Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Neoconstitucionalismo (s), Trotta, Madrid, 2003, pág. 18.

[19] Es oportuno precisar que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino como bien ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. *Véase*: FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL, M.: Neoconstitucionalismos, Madrid, Trotta, 2003.

Esta delimitación puede ser de utilidad para expresar la legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente garantista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales.

El Estado de Derecho expresa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado.

En el marco del neoconstitucionalismo, diversos autores[20] han expresado sus posiciones, afirmando que han surgido nuevos paradigmas en la ciencia jurídica en general y constitucional, en especial, como las teorías de la argumentación y de ponderación judicial, las cuales son necesarias en la labor que diariamente lleva a cabo el Juez Constitucional, todo esto, haciendo frente a la crisis del positivismo[21], el cual ha mostrado síntomas de agotamiento desde hace tiempo.

Sin duda, asistimos ante un cambio de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del positivismo, se trata del garantismo como nuevo paradigma que interpreta y entiende el Derecho ya no sólo por normas (visión normativista), sino con contenidos sustanciales, además de entender las Constituciones no sólo desde una lectura meramente formal y normativa, sino dotadas de un denso contenido sustancial.

---

[20] Al respecto puede verse: ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *et al*, *Jueces y ponderación argumentativa*, IIJ, UNAM, 2006. ATIENZA Manuel *et al*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, IIJ, UNAM, 2005.

[21] SERNA Bermudez, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.

En ese tenor, el garantismo desde la exploración intentada permite maximizar el derecho de la parte débil en el proceso, dado que candidatos y ciudadanos en general, se enfrentan, a maquinarias o estructuras partidistas e institucionales muy consolidadas[22], o lo que es más grave aún, a lógicas de poder que les dejan en indefensión, no solo política sino jurisdiccionalmente[23], por lo que en la resolución de estos casos, los órganos jurisdiccionales y administrativos, en la esfera competencial que les corresponda deben proteger a dichos ciudadanos de los excesos y arbitrariedades.

En otras palabras, el Tribunal Electoral, es un tribunal de la esfera de lo político y esto conlleva juzgar la lógica del poder: *oligarquías, poderes fácticos, intereses creados, negociaciones cupulares (empresariales, políticas y delincuenciales), así como presiones desde diversos ángulos*, por ello, la metodología de resolución de estos casos, en mi concepto debe ser acorde a los derechos fundamentales desde una teoría sólida que contrarreste el ejercicio del poder político y económico.

Ahora bien, por cuestión de método en el desarrollo de la presente investigación, se abordará en el primer capítulo una discusión teórica importante: *la naturaleza jurídica de los derechos político – electorales, habida cuenta que, previo a su estudio debemos conocer si éstos son derechos fundamentales, su diferencia con una garantía individual, clasificación y núcleo duro que lo integra.*

[22]Con esta forma de interpretar y argumentar también se pretende brindar una solución a los problemas de democratización de los partidos políticos, principalmente todo lo relativo a sus oligarquías internas, que en la mayoría de las ocasiones dejan fuera a grupos contrarios y candidatos de distinta ideología o corriente interna, o peor aún, las dirigencias partidistas ceden cuotas de poder a los varios centros de poder que hoy día imperan: legisladores o gobernantes en general, o peor aún, poderes fácticos que ejercen una influencia considerable en el ejercicio del Poder.

[23] La práctica cotidiana de obligar a desistirse de algún medio de impugnación a cambio de un favor político o una amenaza de la misma naturaleza.

Una vez delimitado el objeto de estudio, es menester elaborar el marco teórico del garantismo, qué define y explica Ferrajoli sobre la democracia y los derechos fundamentales, obteniendo así los principales postulados y fórmulas que aporta a la ciencia jurídica.

Con estos dos elementos: definición del derecho político – electoral y con el estudio del garantismo, nos podemos adentrar a una parte del problema planteado: *la configuración de la justicia constitucional, resaltando que los derechos político – electorales no fueron tutelados judicialmente en México durante el siglo XIX y parte importante del siglo XX, lo que per se, es un obstáculo para el desarrollo jurídico y para la consolidación democrática.*

En un capítulo cuarto, se trata de agrupar y clasificar los precedentes judiciales dictados por el Tribunal Electoral como máximo órgano judicial en México en materia electoral, con excepción de la acción de inconstitucionalidad[24], para estudiar su contenido y decisión, calificándola de garantista o no, según el bagaje jurídico aportado en el primero y segundo capítulo, lo que sin duda, también permitirá observar si el modelo empleado en México tutela eficazmente esos derechos, atento a la deuda histórica que se tiene con ellos.

En el capítulo quinto, es elemento *sine qua non* establecer los criterios de interpretación y argumentación que encontramos en diversos tribunales constitucionales: La Corte Suprema de los Estados Unidos, así como también, los órganos protectores de los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos, y por supuesto, establecer el grado de protección que existe en México respecto la protección de los derechos político – electorales.

[24] Artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Capítulo 1.
Derechos fundamentales: *derechos políticos y los derechos políticos electorales.*

Antes de comenzar la investigación es necesario, en un plano conceptual, desentrañar los términos siguientes: *derechos políticos, derechos político – electorales y su comparación con las garantías individuales que por décadas imperó en nuestro sistema constitucional*; asimismo, evaluar el impacto de la Reforma Constitucional de junio de 2011, mediante la cual se abre paso, a la denominación de derechos humanos, a efecto de evidenciar, la metodología que debe implantarse en la interpretación y argumentación de derechos político electorales.

1.1. Concepto de derechos políticos, garantías individuales y derechos fundamentales.

Por cuestión de método, se estudiarán estos conceptos atendiendo a su definición, sujetos titulares, alcances y ámbito de competencia, con la finalidad de efectuar una correcta distinción de cada uno de ellos, y consiguientemente, utilizar de manera correcta su denominación, la cual va más allá del plano formal y encierra una verdadera noción sustancial.

Definición	Sujetos titulares	Alcance jurídico	Ámbito competencial
Derechos políticos *in genere*. Prerrogativas dentro de una sociedad democrática para la persona como una condición de la gualda social. "Son derechos fundamentales en un sentido doble: primero, como derechos subjetivos de carácter básico que constituyen el fundamento de otros derechos e instituciones; y segundo, como derechos subjetivos consagrados en las formas	El individuo como persona	Son el género; involucran cuestiones más allá de aspectos electorales. Por ejemplo, derecho de petición, libertad de expresión e imprenta, acceso a la información.	Comisión Nacional de Derechos Humanos y Tribunales de Amparo

Definición	Sujetos titulares	Alcance jurídico	Ámbito competencial
fundamentales del ordenamiento jurídico".[25]			
Derechos político – electorales. "Son aquellos que posibilitan la participación de cierto tipo de persona, ciudadanos, en la conformación del Estado, se les identifica como de participación política. Solo son atribuidos a los ciudadanos activos, tal situación se traduce en el hecho de que en una sociedad no todos tienen el derecho de tomar parte activa en la formación de los poderes públicos, en otras palabras, no todos se encuentran beneficiados de derechos políticos." [26]	La persona como parte de la colectividad y actor del poder político; los ciudadanos en sus relaciones de participación en la renovación de los órganos públicos.[27]	Son la especie, involucran cuestiones técnicas de la materia y son objeto de protección por los órganos especializados.	Según el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con excepción de la fracción II, del artículo 105, se tutelan a través de un sistema de medios de impugnación[28]: Recurso de Revisión, Recurso de Apelación, Recurso de Reconsideración, Juicio para la protección de los Derechos Político – Electorales del ciudadano y juicio de revisión constitucional electoral.
Garantía Individual. Un medio jurídico de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre en primer término, por lo que estos derechos son resguardados y tutelados por la Constitución y el sistema jurídico mexicano.[29] O bien, "Sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer	Con la reforma constitucional de junio de 2011, todo individuo es titular de las garantías y derechos humanos, según el artículo primero.	Toda persona que se encuentre en territorio mexicano.	De acuerdo a los artículos 103 y 107 constitucionales, en relación con el artículo 73 de la Ley de Amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito son los competentes para conocer a través de juicio de amparo sobre la violación a garantías individuales. En efecto, el juicio de amparo,

[25] FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos en México*, segunda edición, IIJ-UNAM, México, 2006, pág. 26. en http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2195/4.pdf consultado 13 de Julio de 2011.

[26] HERNÁNDEZ, Martínez, María del Pilar, *Constitución y derechos fundamentales*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 84, Sección de Artículos, 1995 en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm consultado 8 de julio de 2010.

[27] Así como el derecho mercantil concibe a la persona como comerciante, el derecho del trabajo como trabajador, el derecho agrario como titular de núcleos de tierra agrícola, el derecho fiscal como contribuyente, el derecho electoral concibe a la persona humana como ciudadano en su esfera de participación política.

[28] Véase: TERRAZAS, Salgado Rodolfo, *Introducción a la Justicia Constitucional Electoral*, Ángel Editor, México 2007, en relación al artículo 3º. de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; dicho sistema tiene por finalidad garantizar la legalidad y constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales, así como garantizar la constitucionalidad de los actos o resoluciones definitivas y firmes de las autoridades competentes para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias sobre los mismos.

[29] BURGOA, Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Trigésima Primera Edición, Porrúa, México, 1995. pág. 162.

Definición	Sujetos titulares	Alcance jurídico	Ámbito competencial
efectivos los mandatos constitucionales, señalando que existen dos especies de garantías, las fundamentales y las de la Constitución, en donde las primeras engloban a las individuales, sociales e institucionales, (Art. 14 y 16 que pueden designarse genéricamente como una garantía de justicia). Las segundas son los procesos establecidos por los artículos 103 y 107 (Amparo) y 105 (conflictos entre los Estados y la Federación y los Estados entre sí) y 111 (procesos de responsabilidad del funcionario) ya que son normas estrictamente procesales, de carácter represivo y reparador."[30]			también denominado juicio de garantías o juicio constitucional, es un procedimiento extraordinario de naturaleza jurisdiccional establecido para defender la Constitución. Su finalidad es respetar los imperativos fundamentales y las garantías del gobernado; Ignacio Burgoa afirmó que: "El juicio de amparo es una institución procesal que tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad (*lato sensu*) que, en detrimento de sus derechos, viole la Constitución."[31]

1.1.2. Garantías individuales y la Reforma Constitucional de 2011 sobre derechos humanos.

Antes de la reforma Constitucional de junio de 2011, se consideraba que los derechos humanos en México revestían el carácter de Garantía Individual, lo que entrañaba, más allá de una confusión terminológica, una restricción constitucional a la tutela de los derechos políticos - electorales, pues éstos no formaban parte de ese capítulo de garantías individuales, lo que los dejó sin medio de control jurisdiccional durante más de medio siglo XX, hasta la Reforma Constitucional de 1977, que también, fue nugatoria en cuanto a la protección de estos derechos fundamentales de tipo político – electoral.

Sin embargo, a fin de entender la naturaleza de la garantía individual que rigió en nuestro país y que muchos de nosotros fuimos educados de

[30]FIX, Zamudio, Héctor, *Juicio de Amparo*, Porrúa, México, pág. 3.
[31] BURGOA, Orihuela, Ignacio, *el juicio de amparo*, México, Porrúa, 1970, pág. 194.

esa forma en las Facultades de Derecho, es necesario establecer que en la teoría constitucional clásica se hace referencia a que una garantía individual o del gobernado *es una medida protección de los derechos fundamentales del individuo.* El sistema de garantías se creó con la finalidad de ser imperativos y deberes para los gobernantes.

1.3. La reforma constitucional de junio de 2011.

Por otro lado, merece una atención especial la Reforma Constitucional de junio de 2011, cuya importancia radica en que:

1. La denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución cambia, dejando atrás (al menos en parte) el anticuado concepto de "garantías individuales". A partir de la reforma se llama "***De los derechos humanos y sus garantías".*** La expresión derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional, si bien es cierto que lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de *"derechos fundamentales".*

2. El artículo 1° Constitucional, en vez de *"otorgar*" los derechos, ahora simplemente los *"reconoce*". Con la reforma, se reconoce que toda persona *"goza"* de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales.

3. En el mismo artículo 1° constitucional se recoge la figura de la "*interpretación conforme*", al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la Carta Magna, sino también por los tratados

internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

4. Se incorpora en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de interpretación "*pro personae*"[32], muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los Tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos. Este principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

5. Se señala, en el párrafo tercero del artículo 1°, la obligación del Estado mexicano (en todos sus niveles, sin excepción) de *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*. De esta forma, queda claro que todo derecho humano "reconocido" por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.

6. Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los *principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.*

[32] CARBONELL, Sánchez, Miguel*, Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, UNAM, PORRUA, CNDH, México, pág.- 131.

7. El Estado mexicano, señala el artículo primero constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

8. Queda prohibida la discriminación por causa de “preferencias sexuales”. Antes de la reforma, el texto constitucional se refería simplemente a la prohibición de discriminar por “preferencias”, lo que podía generar ciertas ambigüedades sobre el alcance de dicha prohibición. La reforma deja claramente señalado que son las preferencias sexuales las que no pueden ser tomadas en cuenta para efecto de dar un trato diferenciado a las personas o para negarles cualquier derecho.

9. Una de las finalidades de la educación que imparta el Estado mexicano deberá ser el respeto a los derechos humanos, de acuerdo con lo que a partir de la reforma señala el artículo 3° Constitucional.

10. Se otorga rango Constitucional al asilo para toda persona que sea perseguida por motivos políticos y se reconoce de la misma forma el “derecho de refugio” para toda persona por razones de carácter humanitario. Esto amplía la solidaridad internacional que históricamente ha tenido México hacia las personas que sufren violaciones de derechos en sus países de origen, para quienes deben estar completamente abiertas las puertas el territorio nacional.

11. Se establece, en el artículo 18, que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que se debe organizar el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Mediante este nuevo añadido al párrafo primero del artículo 18 Constitucional la Reforma del 10 de junio de 2011 subraya que en las cárceles se deben respetar los derechos humanos y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con la Constitución

que permita la violación de tales derechos. La privación de la libertad de la que son objeto las personas que delinquen, no justifica en modo alguno que se violen sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades.

No obstante lo anterior, desde mi punto de vista, esta reforma constitucional no coloca el punto final a la discusión si los derechos político – electorales son o no derechos humanos, porque dichos derechos siguen estando consignados en un apartado diferente al de derechos humanos y se siguen considerando como prerrogativas, por lo que tenemos que hacer uso de mecanismos de interpretación y desentrañar que, si los derechos político – electorales están consignados en instrumentos internacionales y el artículo primero constitucional obliga a observarlos, en relación con el artículo 133 del propio Pacto Federal, se colige que son derechos humanos. Sin embargo, no ha lugar a continuar en el texto constitucional con una diferenciación de esta especie.

Derivado de esto, para efectos de la tesis que se sostiene en este estudio, y en una interpretación teleológica de la reforma constitucional bajo análisis, toda vez que se incorpora el principio *"pro homine"* es necesario establecer que aún y cuando los derechos político – electorales del ciudadano estén incorporados en otra parte del texto Constitucional, y a pesar de que históricamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no les reconoció el *status* de derechos fundamentales, sí lo son, razón por la cual, con esta reforma, se abona al sentido que asume la presente tesis, pues ahora, los derechos político – electorales del ciudadano se reconocen tácitamente por el Estado Mexicano, y por tanto, debemos interpretarlos bajo un modelo abierto y garantista. En igual sentido, como se evidenciará, han sido reconocidos jurisprudencialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La Reforma Constitucional tiene que cuidarse para que no sea una política legislativa y administrativa para un discurso políticamente correcto, sino un rediseño y construcción jurídica que englobe nuestra tradición histórica y jurídica, por ello las autoridades electorales administrativas y jurisdiccionales tienen que partir de esta premisa para interpretar favorablemente las reglas electorales al ciudadano, en ese tenor, el garantismo se ofrece como una metodología que satisface dicha aspiración.

Finalmente, debe entenderse que el Estado Constitucional de Derecho es un piso mínimo de derechos y garantías, el cual es susceptible de sobre interpretarse, según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y existe toda una metodología para efectuar el control de la convencionalidad y constitucionalidad, la cual desarrollaremos más delante de conformidad a las tesis derivadas del expediente varios **912/2011**, sobre el control *ex officio* de Derechos Humanos.

1.4. Naturaleza jurídica de los derechos político – electorales.

Antes de adentrarse al estudio de los derechos políticos es preciso ubicar a éstos dentro de los llamados derechos fundamentales. La teoría jurídica ha difundido distintas generaciones de derechos humanos. Cada clasificación tiene sustento en diversas doctrinas filosóficas, e incluso religiosas. Lo importante es dejar constancia de la difusión universal que tienen los derechos humanos que en virtud de la etapa histórica en que fueron reconocidos jurídicamente, han sido clasificados en derechos humanos de *primera, segunda, tercera e incluso cuarta generación de los derechos humanos.*

Para tener una mayor claridad de las generaciones de los derechos humanos clasificadas así por la teoría jurídica contemporánea, se presenta el siguiente cuadro comparativo:

Generación	Tipos de derechos humanos
Primera	Vida, integridad física y moral, libertad y seguridad personal, propiedad individual y colectiva igualdad ante la ley, libertad de pensamiento y religión, inviolabilidad del domicilio, libertad de tránsito y nacionalidad. **Derechos civiles y políticos de la persona: derechos de manifestación, reunión, libertad de expresión, participación política.**
Segunda	Derechos económicos, sociales y culturales, seguridad económica, alimentación, trabajo, seguridad social, salud, protección de la familia, niñez, de la juventud, minusválidos, de participar en la vida cultural del país, gozar de beneficios de la ciencia, vivienda y educación.
Tercera	Derechos transpersonales: protección de minorías étnicas, los derechos de los consumidores, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos, ecológicos y al desarrollo.

Por tanto, los derechos políticos son derechos humanos de primera generación, atentos a lo siguiente:

En primer término, porque reúnen las características comunes a todos los derechos humanos, tales como:

1. **"Universalidad.** (aplicables a todo el género humano).
2. **Inherentes** al ser humano.
3. **Imprescriptibles** (no están sujetos a venta, lo cual proscribe la esclavitud).

4. **Irrenunciables** (no son un bien disponible, lo cual proscribe cualquier tipo de servidumbre).
5. **Integrales** (la violación de uno presupone la violación de todos)".[33]

Así como características propias, como es que limitan la actuación estatal, esto es, el Estado tiene una obligación de no hacer, de no impedir su ejercicio.

En segundo término, también son derechos humanos de primera generación, porque se encuentran reconocidos en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*[34] *(1948)*, en el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966,* en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948),* y en la *Convención Americana de Derechos Humanos (1969)*, sólo por citar las aplicables en nuestra región.

Estos pactos internacionales que forman parte de la normatividad interna vía artículo 133 Constitucional, y son norma suprema de la Unión, y a partir de la última Reforma Constitucional 2011, son parte del bloque de constitucionalidad según se dispone en el diverso 1° Constitucional.

En el ámbito nacional, los derechos políticos se han visto restringidos. Existen posiciones que los constriñen al derecho de voto activo y pasivo. En lo particular, a pesar de las carencias de la legislación nacional, considero que se pueden clasificar en los rubros de derecho al sufragio (activo y pasivo), derecho de asociación; derecho de afiliación y derechos instrumentales como la libertad de expresión y de imprenta;

[33] CARPIZO, Mac Gregor, Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, en Cuestiones Constitucionales, Revista de Derecho Constitucional, número 25, julio – diciembre de 2011.
[34] Si bien es cierto, no es la Ley Suprema para México, sí tiene un criterio orientador en la interpretación de Derechos.

derecho a la información y derecho de participación en elecciones democráticas.

La resolución 1999/57 de la Comisión de Derechos Humanos, relativa a la promoción del derecho a la democracia, señala como derechos políticos los siguientes:

> "a) El derecho a la libertad de opinión y expresión, de pensamiento, de conciencia y de religión, de asociación y reunión pacíficas.
>
> b) El derecho a la libertad de investigar y recibir, así como difundir informaciones e ideas por cualquier medio de expresión.
>
> c) El imperio de la ley, incluida la protección jurídica de los derechos, intereses y seguridad personal de los ciudadanos y la equidad en la administración de justicia, así como la independencia del Poder Judicial.
>
> d) El derecho al sufragio universal e igual, así como a procedimientos libres de votación y a elecciones periódicas libres.
>
> e) El derecho a la participación política, incluida la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos para presentarse como candidatos.
>
> f) Instituciones de gobierno transparente y responsable.
>
> g) El derecho de los ciudadanos a elegir su sistema de gobierno por medios constitucionales u otros medios democráticos.

> h) El derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública en el propio país."[35]

Finalmente, en los informes sobre el estado de los Derechos Humanos en México, se aprecia claramente cómo el asunto de los derechos políticos no es una cuestión superada en nuestro constitucionalismo, sino por el contrario existe importante camino por recorrer.

En igual sentido, en 2004 la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitió importantes recomendaciones sobre la desaparición forzada de personas, lo cual desde luego que impacta en nuestro objeto de estudio, atento a que en nuestro país, dichas desapariciones, precisamente obedecieron a causa del ejercicio de los derechos políticos y la libertad de expresión.

La simple lectura de las disposiciones de los tratados internacionales signados por México en materia de derechos humanos, evocan una profunda desigualdad entre los textos nacionales y la normativa internacional; la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es amplia en la materia y entra al fondo de asuntos como:

> "La violencia en los procesos electorales, la condena por la suspensión de derechos políticos de comunistas, la vigencia de los derechos políticos en estados de sitio y la autenticidad de las elecciones".[36]

[35] 57ª sesión de 27 de abril de 1999, Aprobada en votación nominal por 51 votos contra ninguno y 2 abstenciones.
[36] MARTÍNEZ, Veloz, Juan, *Estudios sobe derecho electoral y derechos humanos*, Editorial Laguna, México 2001, págs. 109 y ss.

1.4.1. Los derechos políticos como derechos fundamentales.

La participación política tiene una diversidad de facetas, lo que se traduce en un cuadro de titularidades que son precisamente los derechos políticos.

Bajo esta línea argumental, se discute la cuestión de los derechos políticos, su consagración y los medios para su traducción en actividades concretas, ha sido un tema de derecho constitucional, pero lo cierto es que, en la actualidad, los derechos políticos son una categoría en el marco de los derechos humanos y derivada de la doble faceta que caracteriza a los derechos humanos en general, merecen en nuestro punto de vista, un estudio en dos planos: *Constitucional e internacional.*

De conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales, es insostenible una posición que pretenda negar a los derechos políticos su condición de derechos humanos, pero históricamente, la cuestión de si el voto, por ejemplo, es el ejercicio de un derecho fundamental del individuo, obtiene respuesta afirmativa sólo en época moderna, y en particular, desde la revoluciones francesa y norteamericana, como resultado de la influencia de los pensadores de la escuela clásica del derecho natural.[37]

Por otro lado, Sonia Picado establece que:

> "Los pensadores estoicos o cristianos, claros precursores del *iusnaturalismo* y sólidos doctrinarios en el tema de los atributos a la condición del ser humano, no coincidían en incluir los políticos como parte de los derechos humanos o mejor dicho, los derechos naturales como fue su denominación por largos siglos. Esto, aun si la noción de ciudadanía, no les era necesariamente ajena. Con el

[37]Véase: *Infra.* pág. 1 y siguientes de este estudio.

> surgimiento de la democracia representativa, el voto, como los derechos políticos en general, se convirtió en un derecho reconocido constitucionalmente, frente a cuya vulneración, cabía interponer los mecanismos previstos para la defensa de los derechos constitucionalmente reconocidos al individuo".[38]

Así, primero en la progresiva constitucionalización de los derechos humanos y, posteriormente, en su internacionalización (desde la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948), los derechos políticos fueron configurándose como una categoría de derechos humanos, hecho reforzado por su inclusión en numerosos tratados y convenciones que han desarrollado lo que hoy en día conocemos como el derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, los derechos políticos son una categoría de derechos humanos.

De ahí, en mi consideración derivan dos importantes implicaciones:

a) A los derechos políticos le son aplicables las normas desarrolladas en el mundo de los derechos humanos, en particular criterios de interpretación, instrumentos específicos de protección y acceso a sistemas internacionales de protección.

b) Los derechos políticos constituyen una categoría dentro de los derechos humanos, lo cual significa características propias, entre ellas, causales distintas y más numerosas en materia de limitaciones, así como la necesidad de mecanismos, procedimientos e instituciones que traduzcan los principios generales en derecho que pueden efectivamente ejercerse.

[38]PICADO, Sonia, "Los derechos políticos como derechos humanos" en *Tratado de Derecho Electoral Comparado*, IDEA Internacional, 2007, pág. 49.

Cabe destacar, que los derechos humanos son un campo jurídico en plena evolución, así los derechos políticos eran muy limitados en décadas pasada: el voto no siempre le fue reconocido a la mujer[39], la edad para alcanzar la condición de pleno ciudadano era más avanzada, se llegó a exigir cierta posición económica o un determinado nivel de alfabetización para ejercer el voto.

En este orden de ideas, los derechos políticos han buscado una universalización más acorde con su pertenencia al campo de los derechos humanos, no obstante su condición de categoría especial.

Tradicionalmente, los derechos políticos se han percibido junto con los derechos civiles como parte de la primera generación de derechos humanos, caracterizada sobre todo por derivar de manifestaciones de la libertad y por exigir, ante todo, un no hacer por parte del Estado a efecto de que se respeten.

En lo que constituye una primera diferencia respecto de los derechos civiles, los derechos políticos se traducen en una especial relación entre el ciudadano y el poder, ya que el primero, por medio de su ejercicio, confiere la legitimidad a las autoridades y al régimen.

En efecto, los derechos civiles implican garantías de independencia del ser humano ante un Estado libre, mientras que los derechos políticos atañen a la efectiva presencia de las personas en la esfera pública y de decisión, haciendo posible su incorporación dentro de la estructura política

[39]La primera *Conferencia Internacional de Mujeres Socialistas* tuvo lugar en *Stuttgart*, Alemania, el 17 de agosto de 1907, a la cual asistieron cincuenta y ocho participantes de Europa, India y Japón. En esta conferencia se decidió establecer una secretaría internacional de la mujer y la persona encargada sería Clara Zetkin de Alemania. La Conferencia adoptó una resolución sobre el derecho del voto de la mujer, el cual se convirtió en el punto de partida de una lucha incesante por los derechos políticos de la mujer. En ese entonces, solo las mujeres en Nueva Zelanda y en Finlandia tenían derecho al voto. **En México se le reconoció tal derecho a la mujer hasta 1953.**

como la individual de quienes rebasan una edad determinada y poseen una relación determinada con el Estado.

1.4.2. Clasificación de derechos político – electorales.

En un análisis doctrinal y legislativo en Iberoamérica[40] éstos son los derechos políticos que son objeto de tutela en los pactos constitucionales:

1. Derecho de voto o sufragio activo: implica la facultad de todos los ciudadanos de elegir mediante una declaración de voluntad a sus representantes en la esfera estatal.

2. Derecho a ser electo o sufragio pasivo: plantea que las personas puedan optar y presentarse como una opción al resto de ciudadanos con la intención de desempeñarse en cargos o funciones públicas.

3. Derecho a participar en el gobierno y ejercer funciones públicas: implica la posibilidad de que los ciudadanos sean admitidos en el ejercicio de cargos y funciones dentro de la cosa pública.

4. Derecho de petición: se refiere a la posibilidad de presentar solicitudes específicas a los órganos determinados con miras a la incidencia e inclusión dentro del trabajo que desempeñan. Para algunos, de ahí deriva la categoría más amplía de rendición de cuentas como expresión de la posibilidad de control de los ciudadanos respecto del ejercicio del poder por parte de sus representantes.

[40]Metodológicamente se escogió a los países Iberoamericanos para hacer el ejercicio en virtud de la similitud de los sistemas jurídicos, ya que ambos pertenecen a la familia jurídica del *civil law.*

5. Derecho de reunión o asociación: cuando se hace con fines políticos.

6. Derecho de afiliación: el ciudadano – militante se adhiere a un partido político.

Para una mayor claridad se presenta el siguiente cuadro de análisis:

País	**Artículos de la norma constitucional que regulan derechos político – electorales**
Costa Rica	90 – 98
Paraguay	117
Guatemala	136 y 137
El Salvador	72 y 73
Ecuador	26 -29
Panamá	132 – 135
Venezuela	62 – 67 y 70
México	35
España	23.1 y 23.2

De igual forma, aunque no es un derecho político específico, en *strictu sensu* por la importancia en la materia político – electoral es necesario considerar que la libertad de expresión, según la Opinión Consultiva número 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es:

> "Una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, al momento de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada."

Por otro lado, es necesario considerar que los derechos políticos se conciben dentro del derecho internacional de derechos humanos en virtud del proceso de internacionalización que se ha venido generando tanto en lo regional como en lo universal.

Cronológicamente, debemos iniciar con la mención de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, en abril de 1948. En este instrumento se establece por primera vez para la región tanto el voto como la participación en la esfera gubernamental:

> "**Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.**
> *(…)*
> **Artículo XX**. Toda persona con capacidad legal tiene el derecho de participar en el gobierno de su país, directamente o a través de sus representantes y tomar parte en las elecciones populares, que será en una urna secreta, en forma honesta, periódica y libre.
>
> **Artículo XXI**. Toda persona tiene el derecho de asociarse en forma pacífica junto con otras en una reunión pública formal o de manera informal con el objetivo de conocer asuntos de común interés y de cualquier naturaleza.
>
> **Artículo XXII**. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otros para la promoción, ejercicio y protección de sus intereses legítimos políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales, laborales o de otra naturaleza."
> ***(…)"***

Es conveniente señalar que la Carta de la Organización de Estados Americanos en su artículo 2.b hace de la democracia representativa uno de los principios rectores de la organización, lo que en parte explica el amplio desarrollo que los temas asociados con la democracia han tenido en el marco del sistema interamericano.

Por su parte, en el marco del Sistema Universal, la incorporación de los derechos políticos tiene lugar en diciembre de 1948, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual como se dijo, es orientadora para el Estado Mexicano, donde se destacan el derecho a la participación, acceso a las funciones públicas en igualdad de condiciones y al sufragio universal, a la reunión y asociación pacífica:

> **"Declaración Universal de Derechos Humanos**.
> ***(…)***
> **Artículo 21:**
>
> 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos;
>
> 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
>
> 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto."
> ***(...)"***

Cabe destacar que la Declaración Interamericana incluye espacio y referencia especial a los deberes, lo que no hace la Universal.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, los derechos políticos han tenido un avance significativo, a pesar de ser instrumentos

declarativos a ser parte de la normativa internacional convencional que asegura un efectivo sistema de protección y certificación de cumplimiento.

En este segundo aspecto, debe mencionarse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que destaca el derecho al sufragio, a la participación y el acceso en igualdad de condiciones a las funciones públicas:

> "**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**[41].
> ***(…)***
> **Artículo 25.** Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; tener acceso, en condición de igualdad, a las funciones públicas de su país. "
> ***(…)"***[42]

Respecto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, el Sistema Interamericano desarrolla, mediante la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el ejercicio de una serie de derechos políticos específicos: voto secreto, participación, elecciones auténticas y periódicas, ser electo, sufragio universal, acceso a las

[41]Este Pacto Internacional fue suscrito en la Ciudad de Nueva York en 1966 y aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980. Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981.

[42]El Estado mexicano hizo una reserva en torno a que los ministros de culto religioso no tuvieran derecho de voto activo, misma reserva que retiró ante el Secretario General de la ONU en 2001. **La restricción obedeció a que en términos del artículo 130 Constitucional los ministros de culto religioso no podían votar; hoy día después de la Reforma, son titulares del derecho de voto activo y pasivo, a menos que se separen con la debida anticipación.**

funciones públicas y la posibilidad de reglamentar únicamente los derechos políticos en condiciones de respeto a las garantías fundamentales.

> **"Convención Americana de Derechos Humanos**[43].
> ***(…)***
> **Artículo 23:1)** Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones de su país.
>
> **2)** La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso legal.
> ***(…)"***

Por su parte, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales consagra el derecho de reunión y asociación, lo cual garantiza la posibilidad de organizarse con fines políticos.

> "**Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales**.

[43] Esta convención fue suscrita por los Estado el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica; el Estado mexicano la aprobó el 18 de diciembre de 1980 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 d enero de 1981. De igual forma, **se reservó el derecho de voto activo y pasivo de los ministros de culto religioso, modificándose en abril de 2002. El Estado mexicano considera que este tipo de ministros no pueden asociarse con fines políticos**.

(…)

Artículo 11. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de los sus intereses.

(…)"[44]

Finalmente, y con referencia al Sistema Africano de protección de los Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos garantiza dentro de los derechos políticos el de participación en la elección de los funcionarios públicos y el de postularse como tales.[45]

"Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos.

(…)

Artículo 13. Todo ciudadano tiene derecho a participar libremente en el gobierno de su país, sea directamente o través de representantes libremente elegidos de conformidad con las disposiciones legales; todo ciudadano tiene el derecho al acceso a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad para todas las personas ante la ley.

(…)"[46]

[44] *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, por sus siglas en inglés, entró en vigencia en 1950, es el tratado principal monitoreado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ella, se establecen los derechos y libertades civiles y políticos que los Estados Europeos acordaron asegurar para las personas que viven bajo su jurisdicción. Además, complementa la Carta Social Europea que garantiza derechos civiles y políticos y es monitoreada por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

[45] Primer Protocolo a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales. Artículo 3, "*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a celebrar elecciones libres, a razonables intervalos de tiempo por medio de voto secreto, bajo condiciones que aseguren la libertad de expresión de la opinión de las personas en la elección del Poder Legislativo*."

[46] Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

Se puede deducir de lo anterior que, el efectivo ejercicio de los derechos políticos se relaciona de forma directa con la existencia de la democracia, lo cual se ha reflejado por parte del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos en la Resolución 2000/47 de la Comisión de Derechos Humanos que es clara en establecer que:

> "Existen lazos indisolubles entre los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los fundamentos de toda sociedad democrática."

En el caso del continente americano, mediante la Asamblea General de la OEA, ha quedado plasmada la inseparable relación entre democracia representativa y respeto a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de su opinión consultiva OC-8/87, resalta como uno de los principios del Sistema Interamericano, en relación con la suspensión de garantías individuales, que éstas:

> "…No pueden reconocerse sin el ejercicio de la democracia representativa a la que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA."

Ahora bien, derivado de la compleja variedad de formas de participación política que existen en los regímenes democráticos, en México se tienen constitucionalizados y configurados legalmente los siguientes derechos políticos: *el derecho a votar, el derecho a ser votado y acceder a cargos y funciones públicas, así como el derecho de asociación y afiliación en materia político – electoral*.

Para su estudio y análisis, efectuaré un ejercicio de reconstrucción de estos derechos a partir de las sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En este orden de ideas, es preciso establecer que la Constitución Federal señala como “prerrogativas” del ciudadano las siguientes:

> **“Artículo 35**.- Son prerrogativas del ciudadano:
>
> I. Votar en las elecciones populares;
> II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley.
> III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país.
> IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus Instituciones, en los términos que prescriben las leyes.
> V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.”

Por su parte, el artículo 36 dispone:

> **“Artículo 36.-** Son obligaciones del ciudadano de la República:
> (…)
> III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley.
> IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos.
> V. Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.”

Ahora bien, el artículo 41 establece:

“Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.
La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases:

I. Los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las normas y requisitos para su registro legal y las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales, municipales y del Distrito Federal.

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Sólo los ciudadanos podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos; por tanto, quedan prohibidas la intervención de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa.

Las autoridades electorales solamente podrán intervenir en los asuntos internos de los partidos políticos en los términos que señalen esta Constitución y la ley.”

Es importante considerar que las bases constitucionales de la organización política de la República están contenidas en el artículo 116.

> **"Artículo 116.** El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo."

Finalmente, en materia de interpretación es muy conveniente tener en cuenta, el siguiente artículo:

> **"Artículo 133.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Bajo el concepto de "*prerrogativas*", este artículo establece en realidad a los derechos fundamentales de participación política: voto o sufragio activo y pasivo, así como asociación en materia política; el "derecho" de tomar las armas en defensa de la República; la reiteración del derecho de petición.

De hecho, en este comentario abordaremos solamente el contenido de las tres primeras fracciones del artículo, pues la IV, no es propiamente un derecho, sino que en un momento dado podría ser una obligación, parecida a la que establece la fracción tercera del artículo 31 (ella si con carácter de obligación de los mexicanos).

A efecto de plantear un análisis sistemático sobre las fracciones de los artículos 35 y 36 constitucionales, dedicaremos distintos apartados a cada una de las tres primeras fracciones.

1.4.2.1. **Derecho de sufragio activo**.

La fracción I, se refiere al derecho de todo ciudadano mexicano para "votar en las elecciones populares". De la brevedad del texto podemos inferir que se trata de un derecho de base Constitucional y de configuración legal, en la medida en que será el legislador el que determine las modalidades para ejercer el derecho fundamental.

Desde luego, que sea un derecho de configuración legal, no significa que en la Constitución el Derecho de sufragio activo esté entregado a la libre disposición del legislador. Por el contrario, los requisitos que la ley establezca para su ejercicio deberán respetar en todo caso el contenido esencial del derecho, sin que quepa una restricción que lo afecte o que sin afectarlo sea de todos modos desproporcionada.

En virtud de lo anterior, para poder realizar una correcta interpretación de la fracción que estamos comentando, deberemos atender las especificaciones que el legislador dispuso en la legislación electoral, particularmente el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE).

Antes de eso, sin embrago, hay que señalar que el carácter de derecho fundamental que tiene el derecho de sufragio se desprenden algunas de sus más importantes características.

Por ejemplo, de la universalidad del derecho se desprende que su titularidad debe estar asignada a todas las personas mayores de edad que integren la comunidad, por lo que no será posible configurar una clase de especie de “sufragio censitario” que, tal como sucedía en el siglo XIX, excluyera a grupos de ciudadanos con la posibilidad de votar en razón de su nivel de renta, de su sexo o incluso de su preparación académica.

La regla, por tanto, es que todas las personas mayores de edad deben ser titulares del derecho, y las excepciones deben ser cuidadosamente justificadas. La mayoría de edad puede ser variable dependiendo de la decisión que se tome en cada ordenamiento. Hay una tendencia bastante fuerte en el constitucionalismo contemporáneo en el sentido de considerar que es a los 18 años cuando se alcanza dicha mayoría de edad; así lo establece, además, la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas.

De la premisa anterior, relativa a que todos los integrantes de la comunidad pueden votar se desprende, en vía de consecuencia del carácter de derecho fundamental del derecho de sufragio: que cada voto tenga el mismo valor, que valga y pese lo mismo a la hora de ser contado, que no haya una persona que tengan un voto “calificado”.

De esta manera se respeta el principio de igualdad y de no discriminación, y se reconoce a cada ciudadano una “cuota igual de poder” a través de su voto. Obviamente, la igualdad efectiva del voto tiene que ver no solamente con la forma en la que se cuentan los sufragios (que todos se cuentan sabiendo que cada uno de ellos vale justamente por uno y no por mas), sino también con la forma en que se emiten; por ejemplo, en este sentido es muy relevante la manera en la que se definen las circunscripciones o distritos electorales.

De la misma forma, el sufragio debe ser ejercido con libertad, es decir, nadie puede condicionar la decisión del elector cuando se encuentre frente a la boleta electoral. La libertad de sufragio también está relacionada de forma directa con su carácter de derecho fundamental, ya que de nada serviría tener derecho a votar si no estuviera protegida da libertad de elegir entre las distintas opciones políticas.

Cuando llega a la urna el ciudadano debe estar libre de cualquier posible condicionamiento o coacción para elegir entre uno u otro partido. La libertad de elección es una manifestación concreta del derecho de sufragio y para su observancia es necesario que el voto sea secreto, que el elector pueda tomar su decisión sin que los demás lo estén observando o puedan saber porque partido votó.

Teniendo presente lo anterior, podemos determinar la forma en que la legislación electoral mexicana configura concretamente el derecho de sufragio activo. Seguiremos, para ello, la muy completa explicación que nos ofrece J. Jesús Orozco Henríquez, quien descompone el derecho de sufragio en un conjunto de derechos y obligaciones específicos. De esta manera, el derecho de sufragio comporta:

> a) “La obligación de inscribirse y mantener actualizados los propios datos en el Registro Federal de Electores (artículos 172 al 175 del COFIPE).
>
> b) El derecho de figurar en dicho Registro y obtener la credencial para votar con fotografía (artículo 176 del COFIPE).
>
> c) La obligación de acudir a la casilla el día de la jornada electoral de acuerdo con la ubicación del propio domicilio y emitir el voto (artículo 264 del COFIPE).

d) El derecho de que nadie interfiera en la emisión del voto ni se genere coacción alguna.

e) El derecho a que el voto pueda ser contado con los demás y conste de manera fehaciente para efecto de integrar el resultado final de la votación, siendo considerado como un voto válido (artículos 276 a 283 del COFIPE).”[47]

Aparte de los criterios, hay que considerar que el COFIPE establece requisitos específicos para el caso de que el sufragio se emita desde el extranjero. Al respecto deben verse los artículos 313 y siguientes del Código Federal Electoral.

1.4.2.2. Derecho de sufragio pasivo.

La fracción II, del artículo 35, contiene dos distintas hipótesis normativas:

Por un lado, establece el derecho a ser elegido para cualquier cargo de elección popular; por otra parte, dispone que todos los ciudadanos pueden ser nombrados para cualquier otro empleo y comisión, reuniendo las calidades que dispongan las leyes.

DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.-
(…) Este derecho a ser votado no implica para el candidato postulado, únicamente la contención en una campaña electoral y su posterior proclamación de acuerdo con los votos efectivamente emitidos, sino el derecho a ocupar el cargo que la propia ciudadanía le encomendó. Así, el

[47] OROZCO, José de Jesús, “Artículo 35”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada, Porrúa, págs. 120-122.

> derecho a votar y ser votado, es una misma institución, pilar fundamental de la democracia, que no deben verse como derechos aislados, distintos el uno del otro. *(…)*

Respecto de esta segunda hipótesis la jurisprudencia ha sostenido el siguiente criterio:

> **"ACCESO A EMPLEO O COMISIÓN PÚBLICA. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 35 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SUJETA DICHA PRERROGATIVA A LAS CALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY, DEBE DESARROLLARSE POR EL LEGISLADOR DE MANERA QUE NO SE PROPICIEN SITUACIONES DISCRIMINATORIAS Y SE RESPETEN LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, MÉRITO Y CAPACIDAD.** *(…)* El citado precepto constitucional regula, entre otros supuestos, la prerrogativa de los ciudadanos a ser nombrados para cualquier empleo o comisión públicos distintos a los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley, la cual lleva implícita un derecho de participación, que si bien es ajeno a la materia electoral, también resulta concomitante al sistema democrático *(…)*.

Por otro lado, la cuarta época de jurisprudencia del Tribunal dictó la siguiente tesis:

> **DERECHO POLÍTICO-ELECTORAL DE SER VOTADO. SU TUTELA EXCLUYE LOS ACTOS POLÍTICOS CORRESPONDIENTES AL DERECHO PARLAMENTARIO.-** *(…)* **El derecho de acceso al cargo se agota, precisamente, en el establecimiento de las garantías y condiciones de igualdad para ocupar el**

> **cargo y para el ejercicio de la función pública correspondiente.** Sin embargo, este derecho no comprende otros aspectos que no sean connaturales al cargo para el cual fue proclamado, ni se refiere a situaciones jurídicas derivadas o indirectas de las funciones materiales desempeñadas por el servidor público. Por tanto, se excluyen de la tutela del derecho político-electoral de ser votado, los actos políticos correspondientes al derecho parlamentario, como los concernientes a la actuación y organización interna de los órganos legislativos. *(…)*

Como puede verse, de la primera tesis podemos destacar el siguiente elemento:

El derecho a ser votado no implica únicamente la contención en una campaña electoral y su posterior proclamación de acuerdo con los votos efectivamente emitidos, sino el derecho a ocupar el cargo que la propia ciudadanía le encomendó.

Respecto del acceso a las funciones públicas, la tesis es importante porque, en la medida en que restringe la posibilidad de que el legislador exija “calidades” de forma arbitraria o desproporcionada para ocupar en determinado cargo público que no sea de elección popular, porque es consustancial al régimen democrático.

Por otro lado, del derecho de sufragio pasivo o derecho de ser elegido para cargos de elección popular, pueden hacerse las mismas reflexiones que ya apuntamos para el caso de sufragio activo. Su titularidad debe recaer, como regla general, sobre todos los integrantes de la comunidad política. Lo que sí puede variar, como lo demuestra la revisión del derecho comparado, es la edad en la que inicia la titularidad de ese derecho. Hay cargos públicos representativos para los que la Constitución

exige edades superiores a los 18. Es lo que sucede con el cargo de presidente de la República o de senador, por mencionar solamente dos ejemplos.

La Constitución y la legislación electoral disponen requisitos adicionales para el sufragio de derecho pasivo a los que existen para el derecho del sufragio activo. Por ejemplo, se establece a nivel constitucional que quien quiera ser presidente de la República debe ser mexicano por nacimiento, y uno de sus dos progenitores también debe serlo (artículo 82).

También se requiere ser mexicano por nacimiento para ser senador o diputado. La doctrina jurídica ha cuestionado la pertinencia de esa restricción, que afecta a los mexicanos por naturalización, al menos para el caso de los puestos legislativos[48]. De la misma forma, la Constitución establece un sistema de incompatibilidades para quienes quieren ser candidatos; dichas incompatibilidades consisten, en términos generales, en no ocupar cargos públicos, pertenecientes a las fuerzas armadas, ser ministro de culto religioso, o haber sido ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a menos que se hayan separado con cierta antelación del propio cargo.

El ex magistrado J. Jesús Orozco explica que el derecho de **sufragio pasivo** también es de carácter complejo e involucra, entre otros, los siguientes derechos y obligaciones:

> a) “El derecho a ser postulado por un partido político a un cargo de elección popular.
> b) El derecho a ser registrado como candidato por la autoridad electoral.

[48]FIX, Fierro, *Los derechos políticos de los mexicanos*, *Op. Cit.*, págs. 55 y 56.

c) El derecho a que su nombre sea impreso en la boleta electoral que al efecto emita la autoridad.
d) La obligación de respetar los topes de gasto para campañas.
e) El derecho a que todos los votos emitidos en su favor sean concatenados.
f) El derecho a que, si obtiene el mayor número de votos, sea declarado candidato electo."[49]

El debate contemporáneo alrededor del derecho de sufragio pasivo gira fundamentalmente en dos cuestiones:

Por un lado, respecto al monopolio de los partidos políticos para postular candidatos, y, por otro, la posibilidad de que existan "cuotas" electorales por medio de las que un determinado porcentaje de las candidaturas sean reservadas a grupos sociales o a personas que tengan ciertas características.

El primero de estos temas ha sido objeto de un enconado debate en los últimos años, sobre todo a partir del funcionamiento tendencialmente antidemocrático de los partidos políticos, que en ocasiones se constituyen como verdaderos obstáculos para la participación democrática.[50]

El tema de las cuotas electorales también ha sido analizado por los especialistas en derecho y ciencia política. Al respecto es importante mencionar que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales estableció que los partidos políticos pueden postular hasta un

[49] OROZCO, José de Jesús, "Artículo 35", *Op. Cit.*, págs. 125 y 126.
[50] Sobre el monopolio de los partidos para postular candidatos es interesante también revisar una sentencia de la Sala Superior, en la que se sostuvo antes de la reforma electoral 2007 y 2008 el reconocimiento para que el legislador pudiera establecer dicho monopolio o no, ya que el derecho de sufragio pasivo es un derecho de configuración legal (dicha sentencia tuvo una votación dividida entre los magistrados. SUP-JDC-037/2001)

70% de candidatos pertenecientes a un mismo sexo, con lo cual se les obliga a otorgar el 30% a los miembros del otro sexo.

Con la reforma de 2008, se tiene que los artículos 4, 218, 219 y 220, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en lo que nos interesa, se señala que:

> "1. Es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular;
>
> 2. Los partidos políticos pugnarán por promover y garantizar la igualdad de oportunidades, procurando la paridad de género en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular;
>
> 3. De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los institutos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, deberán integrarse con al menos **cuarenta por ciento** de candidatos propietarios de un mismo género, **procurando llegar a la paridad**, quedando exceptuadas las candidaturas de mayoría que sean resultado de un proceso de elección democrático, conforme a los estatutos de cada partido; y
>
> 4. Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de cinco candidaturas, en la que en cada bloque habrá dos candidaturas de género distinto."

Lo importante de los temas señalados es que contribuyen a someter en cuestión la forma y los alcances del derecho de sufragio pasivo. Y sobre

todo nos obliga a replantearnos las vías de participación política que deben existir en los Estados democráticos del presente.

En el caso mexicano, considero que ambos temas no están cerrados y con alguna posibilidad no lo estarán en el futuro cercano, pues junto con las cuotas con razón de género es probable que tengamos que discutir también las formas adecuadas de representación que requieren otros grupos sociales como los pueblos indígenas o minorías sexuales y raciales. En todo caso, se trata de discusiones que demuestran que la democracia mexicana tiene buena salud y capacidad para plantearse nuevos retos y avances en el futuro inmediato.

Para terminar este análisis, quisiera destacar que sobre los alcances del derecho de sufragio y sobre la forma en que debe ser interpretado hay al menos dos tesis jurisprudenciales que deben ser tomadas en cuenta:

> **DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACIÓN Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA.**[51]
>
> *(…)* Interpretar en forma restrictiva los derechos subjetivos públicos fundamentales de asociación en materia política y de afiliación política electoral consagrados constitucionalmente, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que lo consagran, así cabe hacer una interpretación con un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos ni mucho menos suprimidos.*(…)*

En cuanto al derecho a proteger actos de derecho parlamentario, en este apartado solo comentaré que el Tribunal por decisión mayoritaria

[51]Tesis S3ELJ 29/2002, Sala Superior, Revista Justicia Electoral 2003, suplemento 6, págs. 27 Y 28 Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005 págs. 97-99.

estableció el criterio de no protegerlos, sobre este tema desarrollaremos ampliamente el tema en el apartado correspondiente de la sentencia que lo dilucida.

Finalmente, ha sido un criterio reiterado del Tribunal a través de sus diferentes Salas que existe el derecho de los diputados suplentes a ser declarados propietarios ante la ausencia de éstos, por lo que la negativa de las mesas directivas de las legislaturas o del Congreso de la Unión deben actuar en consecuencia, pues se trata del derecho político electoral a ser votado.[52]

1.4.2.3. Derecho de asociación en materia política.

El artículo 9º. constitucional se refiere al *Derecho de asociación en general.* Otras disposiciones de la Constitución contemplan formas específicas de ejercer ese derecho de asociación en materia política.

Respecto de la perspectiva general del derecho de asociación, la vertiente referida a la asociación política presenta peculiaridades sobre todo por lo que hace a su forma de ejercicio. En efecto, de acuerdo con la legislación electoral federal mexicana el ejercicio de este derecho puede tener dos manifestaciones concretas: la conformación de partidos políticos o la de agrupaciones políticas nacionales.

La fracción III, dispone que la asociación deba ser individual y libre. Aunque no haría falta señalarlo de forma explícita, quizá la mención del texto constitucional tenga justificación si atendemos a la historia política mexicana reciente, en la que sean presentados casos de afiliación masiva a determinados partidos políticos (por ejemplo para todas las personas que

[52] Criterio sostenido en el diverso **ST-JDC-311/2009**, de la ponencia del Magistrado Santiago Nieto Castillo.

pertenecieran a una determinada central obrera o que fueran miembros de un determinado sindicato).

La libertad de asociación es un aspecto esencial de la misma, en tanto que dicha libertad es justamente eso, una libertad, y no una obligación. Como ya fue comentado el análisis del artículo 9º. La libertad de asociación supone la facultad de su titular para pertenecer, no pertenecer o dejar de pertenecer a una asociación, por lo cual su ejercicio siempre debe de ser libre. La libertad de asociación en materia política en México está limitada para los ministros de culto religioso, según el artículo 130 inciso e) Constitucional. Las asociaciones políticas no podrán identificarse con agrupaciones religiosas, de acuerdo con el mismo artículo 130 Constitucional.

> **DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS[53].**

En cuanto a los alcances de este derecho de asociación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sustentado los siguientes criterios:

> **DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICO-ELECTORAL. SE COLMA AL AFILIARSE A UN PARTIDO O AGRUPACIÓN POLÍTICA.[54]—**.

En el campo de la *praxis* política, también se han identificado conflictos de ciudadanos que pretender asociarse a distintos partidos políticos, la interpretación del Tribunal en este sentido es la siguiente:

> **DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICO-ELECTORAL. SU EJERCICIO NO ADMITE LA AFILIACIÓN SIMULTÁNEA A DOS O MÁS ENTES POLÍTICOS.[55]—**

[53]Tesis S3ELJ 25/2002. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005,* págs. 88-90.
[54]Tesis S3ELJ 59/2002. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005,* págs. 90-92.

En este tenor, la propia Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación diferencia a este derecho de asociación *in genere*, con el derecho de asociación en materia política en los siguientes términos:

> **DERECHO DE ASOCIACIÓN. SUS DIFERENCIAS ESPECÍFICAS EN MATERIA POLÍTICA Y POLÍTICO-ELECTORAL[56].—**

1.4.2.4. Derecho de afiliación.

El derecho de afiliación político-electoral establecido en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, *in fine*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con lo dispuesto en el artículo 5o., párrafos 1 y 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es un derecho fundamental con un contenido normativo más específico que el derecho de asociación en materia política, ya que se refiere expresamente a la prerrogativa de los ciudadanos mexicanos para asociarse libre e individualmente a los partidos políticos y a las agrupaciones políticas.

Si bien el derecho de afiliación libre e individual a los partidos podría considerarse como un simple desarrollo del derecho de asociación en materia política, lo cierto es que el derecho de afiliación, en el contexto de un sistema constitucional de partidos como el establecido en el citado artículo 41 Constitucional, se ha configurado como un derecho básico con caracteres propios y, por ende, con mayor especificidad que el derecho de asociación y está garantizado jurisdiccionalmente mediante el sistema de medios de impugnación en materia electoral previsto en el artículo 41,

---

[55]Tesis S3ELJ 60/2002. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005,* págs. 92-94.
[56]Tesis S3ELJ 61/2002. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005,* págs. 94-95.

fracción IV, primer párrafo, *in fine*, en relación con lo dispuesto en el artículo 99, fracción V, de la Constitución Federal.

Además, el derecho de afiliación comprende no sólo la potestad de formar parte de los partidos políticos y de las asociaciones políticas, sino también la prerrogativa de pertenecer a éstos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia; en particular, el derecho fundamental de afiliación político electoral consagrado constitucionalmente faculta a su titular para afiliarse o no libremente a un determinado partido político, conservar o ratificar su afiliación o, incluso, desafiliarse.

Del mismo modo, la libertad de afiliación no es un derecho absoluto, ya que su ejercicio está sujeto a una condicionante consistente en que sólo los ciudadanos mexicanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. Igualmente, si el ejercicio de la libertad de afiliación se realiza a través de los institutos políticos, debe cumplirse con las formas específicas reguladas por el legislador para permitir su intervención en el proceso electoral.

1.4.2.4.1. Trasfuguismo político y electoral.[57]

Como parte del derecho de afiliación, no podemos dejar de lado el tema del transfuguismo electoral, entendiendo al tránsfuga como el parlamentario que llega al cargo por un determinado partido y cambia, en su ejercicio a uno diverso, tratándose de los regímenes parlamentarios.

Para Luis Efrén Ríos, en el sistema presidencial mexicano, se le llama tránsfuga:

[57] *Vid. Infra*. p. 463.

> "a quien cambia de partido político para postularse por uno diverso a cierto cargo de elección popular, su disidencia radica en el cambio de partido, lo cual es muy común en los últimos años, pues la lucha por el poder se ha convertido en un espacio altamente codiciado y en la lógica política, se dice que los acuerdos se hacen para no cumplirse, dado que en ocasiones es mejor incumplirlos, en política, se afirma, es un juego de lealtades y traiciones; en materia electoral, cada candidatura comienza a estar sujeta al cálculo de irse o no del partido, de buscar o no a otros: dividir a su partido para que otro gane"[58].

El tránsfuga, por tanto, puede guiarse por su pragmatismo y la convicción de la necesaria defensa de sus derechos individuales junto con el loable propósito de mantener intactos sus valores democráticos, con lo cual el romper con quienes le proporciona ron los me dios para su elección (dogmáticos y tiránicos ellos), y representar la opción e intereses de quienes son su base electoral, puede llegar a ser una conducta no sólo lícita sino moralmente aceptable en un régimen plural

Por tanto: si el transfuguismo es ante todo traicionar y gobernar es traicionar, luego ¿qué tiene de malo ello?, si al final de cuentas es parte de la política basada en las libertades y derechos fundamentales que garantiza una democracia.

> "Por ende, el problema que subyace: ¿es válida una regla antitranfuguista para limitar a la clase política?
>
> En principio, el abandono partidista no puede justificar la pérdida a ser electo ni mucho menos a un cargo electo. En

[58] RIOS, Vega, Luis Efrén, *El transfuguismo electoral: Un debate constitucional en México*, Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 21, julio – diciembre de 2009, pág. 10.

> todos los países democráticos existe la libertad parlamentaria que permite a los políticos ser fieles a sus convicciones y los salva de permanecer con grupos o partidos que han cambiado su orientación de modo inaceptable para ellos. Luego, el hecho de que un ciudadano pertenezca a un partido en un determinado con texto de su carrera política, no puede justificar la renuncia ni la sanción mucho menos el impedimento para ser electo, si abandona dicho partido y es postulado por otro, pues se estaría afectan do el núcleo del derecho a ser electo que implica la oportunidad de participar en la vida política sin restricciones irracionales, ab surdas, ilógicas o discriminatorias.
>
> Pero también aquí he expuesto que existen razones válidas para que en cada caso concreto se puedan construir reglas en la vida interna para calificar cuándo el transfuguismo electoral debe ser limita do sin vi cio de constitucionalidad".[59]

1.5. Restricción constitucional de ministros de culto religioso.

Aún y cuando no es materia de la presente investigación, hay que mencionar que los ministros de culto religioso tienen una restricción al derecho de voto pasivo, atento a que el artículo 130 Constitucional dispone que sólo tienen derecho de voto activo, en tanto que el pasivo, a menos que se separen con la anticipación debida; en todo momento se les prohíbe la asociación con fines políticos.

La historia mexicana es muy complicada en materia religiosa, está marcada con una profunda intolerancia. La Constitución de Cádiz[60] hizo obligatoria la religión católica y excluyó de la ciudadanía a quien no la

[59] *Ibídem*, págs. 32 y ss.
[60] Artículo 12. "La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana única y verdadera."

asumiera como propia y la practicara. A partir de 1855, con ideas liberales, la cuestión religiosa se invierte, y se emiten leyes que le quitan toda influencia a las agrupaciones religiosas, a grado tal de no reconocerles ni siquiera personalidad jurídica.

Por su parte, el Constituyente de 1917 configuró el artículo 130 con un toque *anticlerical*, los rasgos son resumidos por José Luis Soberanes de la siguiente manera:

> a) "Educación laica entre 1934 y 1946, educación socialista.
> b) Prohibición a las corporaciones religiosas y a los ministros de culto de establecer y dirigir escuelas primarias.
> c) Prohibición de realizar votos religiosos y de establecer órdenes monásticas.
> d) El culto público solamente se podía realizar dentro de los templos.
> e) Desconocimiento de la personalidad jurídica a las agrupaciones religiosas llamadas iglesias.
> f) Los ministros de culto no podrán ocupar cargos públicos.
> g) Los ministros de culto no tienen derecho de voto, no pueden asociarse en materia política, ni hacer proselitismo político.
> h) No podrán en reunión pública o en actos de culto público oponerse a las leyes del país.
> i) No podrán celebrar en los templos reuniones de carácter político".[61]

Al día de hoy, la restricción sobre los ministros de culto religioso sigue funcionando, en el sentido de que pueden votar, pero no ser votados a menos que se separen de su ministerio con cierta anticipación; tampoco pueden asociarse con fines políticos ni discutir asuntos políticos en actos de culto público.

Finalmente, el debate no es menor, en muchos países de discute la relación que debe existir entre las Iglesias y el Estado. Un debate

[61] SOBERANES, Fernández José Luis, *El derecho de libertad religiosa*, México, CNDH-Porrúa, 2001, págs. 35 y 36.

interesante es el realizado en Estados Unidos, donde a pesar de la religiosidad de su población, se mantiene una separación entre cuestiones públicas y religiosas.

La Suprema Corte de Norte América en el caso *Everson vs. Board of edcuation,* bajo el voto de Hugo Black definió los alcances de la libertad religiosa, manifestando que ni el gobierno federal o los estatales pueden aprobar leyes que ayuden a una religión.

En México, el tema es polémico como se adelantó y podría hacerse un estudio completo sobre el tema, sin embargo para fines de esta investigación, en el capítulo atinente sobre las líneas argumentales del Tribunal Electoral, se analizará si la nulidad de elección por la causa abstracta o por principios constitucionales en los casos de Tabasco[62] y Yurécuaro[63], de la Sala Superior, o el caso de Zimapán[64] en la Sala Regional Toluca reúnen las características de un criterio garantista, y algunas de ellas por haber involucrado uso de símbolos religiosos en la contienda electoral.

En esta parte de la tesis, es oportuno comentar que en los Tribunales existe un criterio muy definido para defender el principio histórico de separación Iglesia – Estado, contenido en el artículo 130 constitucional, y que cuando se éste se ha vulnerado, el resultado ha sido la nulidad de la elección.

El tema es altamente controversial y tiene que analizarse en perspectiva histórica y crítica, dado que se trata de una pugna entre la elite política y la élite eclesiástica; durante los siglos XIX y principios del XX se

[62] Inequidad en la contienda electoral.
[63] Confirmación de una nulidad de elección por uso de símbolos religiosos en campaña.
[64] Nulidad de la elección por intromisión de ministros de culto religioso en el municipio de Zimapán, Hidalgo.

intentó reducir la influencia de la Iglesia; el tema se radicaliza con los Presidentes Obregón y Calles, a partir de las medidas liberales de las Constitución de 1917, la rebelión cristera y la confrontación del Papa y la jerarquía católica con el Estado Mexicano.[65]

Con los Presidentes Lázaro Cárdenas y Ávila Camacho, las relaciones con la Iglesia entraron en el plano de los hechos en una fase de reconciliación. Después del Concilio Vaticano II de 1962 y de reuniones episcopales en México, la Iglesia obtuvo la autorización de participar en actividades sociales, auspiciadas por ciertas ordenes religiosas, cuya orientación era trabajar con los pobres. La Iglesia adoptó un papel conservador en este periodo.

La reforma de 1992 fue de gran trascendencia, se dejó de lado la simulación e introdujo, entre otros elementos, los siguientes elementos:

a) "Reconocimiento del Estado Vaticano y del Papa como Jefe del mismo.
b) Otorgamiento de personalidad jurídica a las Iglesias.
c) Derecho a operar instituciones de asistencia privada y de enseñanza.
d) Derecho a la propiedad y administración de sus bienes.
e) Prohibición del voto público a ministros de culto o participación en cargos públicos, sin renuncia al carácter eclesiástico".[66]

[65] El concordato de 1930 del Papa Pio XI, en contra del artículo 130 Constitucional, marcaron un extremo del diferendo político y diplomático.
[66] ARIAS, Marín Alan, *La laicidad en México: las reformas en materia religiosa,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultable en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3101/33.pdf, 17 de julio de 2012.

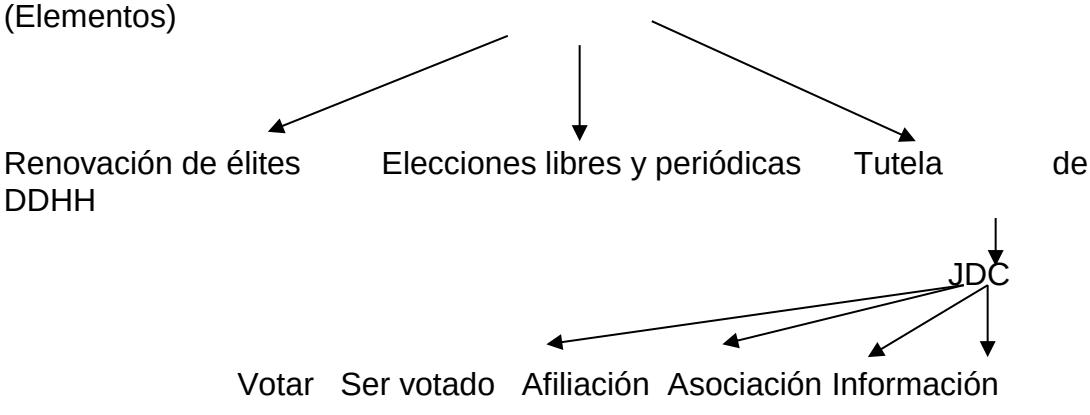
1.6. Derechos fundamentales vinculados a derechos político – electorales: *libertad de expresión y acceso a la información*.

Existen algunos derechos como el de petición, información y expresión políticas, que han sido ampliados en su protección por las Salas del Tribunal Electoral.

En el caso concreto del **SUP-JDC-40/2004**, promovido por Arturo Zarate Vite, la Sala Superior del Tribunal Electoral consideró al Derecho a la Información política como prerrequisito para poder ejercer libremente el derecho de afiliación a un partido político, ya que no contar con toda la información respecto de un instituto político, estaría prohijando ciudadanos desinformados, situación incompatible con un Estado democrático.

Para Santiago Nieto y Luis Espíndola Morales[67], dicho procedimiento se define como **alineamiento,** pues consiste en proteger un derecho político (que, por su propia naturaleza tiene paridad de rango con otros derechos), convirtiendo a dicho derecho como una precondición para el ejercicio de un derecho político-electoral protegido por el JDC.

Diagrama Uno



[67] NIETO, *et al*., *Manual del Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano*. Competencia de Sala Regional, Porrúa. México 2010.

A pesar de que los derechos humanos son horizontales, por lo que el Derecho a la Información se encuentra al nivel que el derecho de afiliación a un partido político, la Sala Superior decidió alinearlo a éste, con el objeto de poder protegerlo mediante el Juicio para la protección de los Derechos Político – Electorales del ciudadano.

En ese mismo orden de ideas, podrían desarrollarse líneas jurisprudenciales en torno a la libertad de expresión, de reunión política, entre otros, cuando estas tuvieran vinculación o afectaran directamente a los derechos político-electorales consagrados en el artículo 99 Constitucional.

En efecto, los diversos criterios que ha sostenido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en sus sentencias y, principalmente en la emisión de jurisprudencia, impactaron en la reforma así como al tratamiento que actualmente tiene el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano. Como referente de ello, las jurisprudencias con los rubros "**JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CONTRA ACTOS DEFINITIVOS E IRREPARABLES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS" y "MEDIOS DE DEFENSA INTERNOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, SE DEBEN AGOTAR PARA CUMPLIR CON EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD**",[68] que sostienen que los partidos políticos deben tener la garantía de tutela judicial efectiva de modo que el juicio ciudadano procede en contra de los actos y resoluciones de los órganos partidarios que los afecten, por lo cual deben agotarse previamente las instancias o mecanismos previstos en la normativa de los partidos para la defensa de

[68] Tesis S3ELJ03/2003 y S3ELJ 04/2003, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes* 1997-2005.

los derechos de los agremiados, a efecto de respetar la capacidad autoorganizativa de dichos institutos y la libertad de asociación.[69]

Como complemento de lo anterior, la jurisprudencia 09/2007, del rubro "***PER SALTUM*. EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO DEBE PROMOVERSE DENTRO DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL MEDIO DE DEFENSA INTRAPARTIDARIO U ORDINARIO LEGAL**",[70] que prevé como condición de la impugnación directa ante los tribunales la demostración de la subsistencia del derecho de acción. Es decir, el medio impugnativo jurisdiccional debe intentarse en el plazo previsto para hacer valer el recurso o el medio de defensa intrapartidario.

La relación de este criterio con la reforma electoral, se advierte respecto de las modificaciones a los artículos 10, párrafo 1, inciso g) y párrafo 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. En estos se reitera la determinación de que el Tribunal sólo podrá conocer del juicio ciudadano en contra de actos o resoluciones de los partidos políticos cuando se hayan agotado las instancias internas de solución de conflictos, a menos que no sean viables o idóneas para reparar la violación.[71]

Actualmente, es una realidad que el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano se inserta en el sistema jurídico mexicano como el medio de impugnación por excelencia con el que cuenta todo ciudadano para inconformarse por actos o resoluciones de las autoridades cuando considere que se violaron sus derechos político-electorales.

---

[69] *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo, Op. Cit*. pág. 13.
[70] Tesis de Jurisprudencia 9/2007, Tercera Época, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral,* Órgano de difusión de los criterios emitidos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 1, Número 1, México, 2008, págs.27-29.
[71] *Ídem.*

Capítulo II
El paradigma garantista de Luigi Ferrajoli

2.1. Luigi Ferrajoli: *La ley del más débil.*

Los derechos fundamentales tienen una base edificada en las distintas revoluciones burguesas inglesa, americana y francesa[72] junto a diversos movimientos sociales que se han encargado de plasmar los valores jurídicos de igualdad, libertad y fraternidad; a partir de los cuales se ha erigido y construido el Estado liberal de Derecho[73] y posteriormente, el Estado constitucional.

Teóricamente, se puede ubicar al garantismo en el paradigma neoconstitucionalista[74] , el cual nace posterior a la Segunda posguerra. Durante el siglo XIX, y parte del XX, no se concebía a la Constitución de acuerdo a principios y valores debido al esquema formalista y normativista en el que estaba sumergida la teoría del derecho. De esta manera, la tutela y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto uno de los ejes rectores y fundamentales de la concepción de Estado Constitucional.[75]

---

[72] *Vid Supra* pág.1.

[73] La diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional, es que, el primero nace con las revoluciones liberales, y representa el primer paradigma dentro de la teoría jurídica y política mientras que el Estado Constitucional, simboliza el actual paradigma de las democracias contemporáneas.

[74] PRIETO, Sanchis, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002. El citado autor concibe esta corriente como Neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno o simplemente constitucionalismo, lo ubica desde tres ópticas: **teórico, metodológico y como ideología**. Sintetiza las características del Neoconstitucionalismo teórico expuesto por diversos juristas ubicados en esta concepción como: **"más principios que reglas**; **más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria**; **omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una coexistencia plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios**". *Ibidem*. , pág. 121.

[75] DE VEGA, Pedro: "Constitución y Democracia" en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, 1983. Recordemos los principios Pedro de Vega ha descrito: el principio democrático, el principio liberal (que se compone del respeto a los derechos fundamentales y al principio de división de poderes recordando el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) y el principio de supremacía constitucional.

Actualmente, existe una interesante, abundante y prolija bibliografía de divulgación y crítica sobre el garantismo de Luigi Ferrajoli[76], pues desde mi punto de vista, es un autor sólido dentro del nuevo paradigma jurídico del neoconstitucionalismo, cuyas ideas siguen teniendo tanto una gran aceptación como una gran crítica en el mundo jurídico americano y europeo.

El propósito del presente capítulo en su primera parte, consiste en describir la estructura garantista de los derechos fundamentales; se analizarán los conceptos de derechos fundamentales y la relación intrínseca que propone el paradigma garantista con la democracia sustancial, así como la fundamentación de los mismos. Posteriormente, abordaré las variadas críticas realizadas por distintos juristas y expertos de la teoría del derecho, filosofía política y la filosofía de la justicia.

Lo anterior, tiene el fin primordial de contrastar el modelo garantista con las principales líneas jurisprudenciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a efecto de saber si realmente se pueden considerar como garantistas, y en su caso, saber qué elementos deben contar para asumirse como tales.

2.1.1. Teoría del Garantismo.

La teoría jurídica de Luigi Ferrajoli tiene sustento las ideas pertenecientes a la Escuela analítica italiana (Escuela de Turín), cuyo fundador fue Norberto Bobbio, dentro de la cual, se formó la tradición que

[76] FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, y *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, España, 2006, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2005. CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005. Entre otras obras colectivas y artículos en revistas de ciencia jurídica y política.

había separado la filosofía jurídica de la ciencia del Derecho y de la práctica judicial[77].

En el contexto de la filosofía analítica[78] participaron distintos teóricos y filósofos del derecho como *Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli[79], Giovanni Tarello[80], Giacomo Gavazzi, Mario Jori*, entre otros.

Desde esta perspectiva, la teoría garantista lleva a cabo un riguroso análisis del lenguaje normativo dentro del universo del discurso de la dogmática jurídica y la teoría del derecho[81], asimismo, se ha propuesto toda una arquitectura teórica compuesta por términos, definiciones y teoremas, a la cual denomina: Teoría axiomatizada del derecho, sobre la que reposa su Garantismo.[82]

Existen tres planos sobre los cuales gira el garantismo, según Ferrajoli, y son los siguientes:

---

[77] FERRAJOLI, Luigi, "La filosofía analítica" en El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 29. La interacción entre estas dos concepciones exigía que: "los filósofos aprendieran de la escuela de los juristas y viceversa, que los primeros se ofrecieran a actuar y experimentasen, y que los segundos adoptasen los métodos de análisis lingüístico y de la lógica en la construcción de los conceptos y teorías así como en el planteamiento y solución de los problemas jurídicos concretos".

[78] En este sentido, podemos expresar que "la filosofía analítica se utiliza para designar la reflexión filosófica como análisis del lenguaje y, en particular, en lo que se refiere a la filosofía del derecho, de los lenguajes jurídicos (del derecho y sobre el derecho), bien las aproximaciones metodológicas propias del empirismo lógico y de la filosofía de la ciencia". FERRAJOLI, *Ibid*., pág. 23.

[79] De este jurista Ferrajoli retoma los estudios de análisis del lenguaje jurídico, de semántica del lenguaje normativo y de metodología de la ciencia jurídica. FERRAJOLI, *Ibid*., pág. 30.

[80] De él destaca que: las normas no son el objeto preexistente sino el producto (opinable y mutable) de la interpretación y las manipulaciones de los juristas. FERRAJOLI, *Ídem*.

[81] Ferrajoli entiende por universo del discurso como: "el conjunto de cosas y/o experiencias de las cuales la (o una determinada) teoría del derecho habla" y por dogmática jurídica como "el conjunto de los conceptos y de los enunciados dedicados a la clarificación del sentido de las normas, elaborados y a la vez verificables o refutables mediante el análisis del lenguaje legal, formulado en un lenguaje metalingüístico respecto de éste y que de él extrae dogmáticamente sus propias reglas de uso" FERRAJOLI, Luigi, "La semántica de la teoría del derecho" en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004. págs. 17 y 52.

[82] FERRAJOLI, Luigi, "Expectativas y garantías, primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho" en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004. pág. 141.

“a) Modelo normativo de Derecho: Se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe a los derechos fundamentales como límites, a través del cual se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad, por parte del gobernante. Propone una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: *democracia formal (relacionada con el procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones).* Esta última concepción se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir de la redimensión del concepto de democracia”.[83]

“b) Teoría del Derecho y crítica del Derecho: El aporte de la positivización de los derechos es propia del positivismo jurídico la cual se relaciona directamente con el garantismo, argumentando que mediante la creación del Estado Liberal de Derecho se brindó seguridad jurídica al gobernado. Partiendo de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas[84]; propone un iuspositivismo crítico, frente al iuspositivismo dogmático. El iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. Por otro lado, el iuspositivismo crítico retoma las tres características ya referidas.

[83] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1998, págs. 854 - 868.

[84] BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1998, pág. 239. En esta obra, Bobbio concluye con tres aspectos del positivismo jurídico: como método, teoría y valor; en cuanto al primero, analiza si es idóneo para alcanzar determinado fin, el segundo derivará un juicio de veracidad o falsedad en cuanto pretende verificar la correspondencia entre la teoría y la realidad, y éste último, del cual se deberá decidir si una norma es buena o mala (justa o injusta). “De ahí el triple orden de problemas de la norma jurídica: la justicia, la validez y la eficacia”. BOBBIO Norberto, Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, 1998. pág. 33.

> El juez se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas, dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias en la ley, procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emite."[85]
>
> **c) Filosofía de la política**: Concibe al Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales. El garantismo como doctrina filosófica política permite la crítica de las instituciones jurídico positivas, conforme a la clásica y rígida separación (propia del positivismo), entre derecho y moral, o entre validez y justicia.[86]Ferrajoli retoma el concepto de autopoyesis, de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, repasa la división clásica que hace el autor alemán sobre las siguientes doctrinas:
>
> *(…)*
>
> "Las **autopoyéticas**, en las cuales el Estado es un fin y encarna valores ético políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos, y, por otro lado, están los doctrinas **heteropoyéticas**, en éstas, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola"[87].

De esta forma, el garantismo en sentido filosófico político, consiste, esencialmente, en la fundamentación heteropoyética del Derecho, separado de la moral en los diversos significados. De tal manera, que la deslegitimación externa de las instituciones jurídico positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.

[85] FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. *Op. Cit*., págs. 868 - 880.
[86] FERRAJOLI, *Ibídem*., pág. 880.
[87] FERRAJOLI, *Ibídem*., pág.881.

2.2. Estructura y naturaleza de los derechos fundamentales en el garantismo.

El diseño propuesto por Ferrajoli para los derechos fundamentales se basa de las propuestas de la Escuela analítica del derecho italiana, la cual confiere mucha importancia a la semántica jurídica, de ahí que su concepto de derechos fundamentales, sea calificado por él, como meramente teórico.

A su vez, propone una redimensión de democracia, la formal, relacionada con la forma en que se toman las decisiones, y la sustancial, la cual está íntimamente ligada al respeto de los derechos fundamentales. De esta manera, se configura el concepto propuesto, y a su vez, se fundamentan sus cuatro tesis sobre las cuales reposará el garantismo.

Complementando lo anterior, se encuentra la propuesta de los cuatro criterios axiológicos de los derechos fundamentales que respondería a la pregunta de la justificación y fundamentación deontológica de los mismos, en este contexto, podemos entrar al estudio de estas cuestiones.

2.2.1. Concepto de derechos fundamentales y su interrelación con la democracia sustancial.

Diversas teorías han tratado de explicar el concepto y el fundamento de la evolución de los derechos fundamentales[88] . Las posturas clásicas son el iusnaturalismo y el iuspositivismo, que tienen como fundamento la misma naturaleza humana y su peculiar visión del mundo[89], de esta manera,

[88] PEREZ, Luño Antonio Enrique, *los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.
La evolución de los derechos fundamentales comprende las fases de positivación, generalización, internacionalización y especificación.

[89] La corriente iusnaturalista, afirma que hay derechos naturales anteriores al Estado y al Derecho positivo, afirmando una superioridad de los mismos y la tradición iuspositivista afirma que es el Estado quien otorga esos derechos y coloca al Derecho positivo por encima del Derecho natural. Consideramos que la problemática es aún más compleja y sería irresponsable reducirla por nuestra parte, a unas cuantas líneas, pero nos

tenemos que todas las tesis explicativas de los derechos tienen una verdad relativa que va conduciendo a una sincronía de los derechos fundamentales[90]. La definición propuesta por Ferrajoli para los derechos fundamentales ha sido la siguiente:

> "Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas" [91]

Recordemos que la definición antes expuesta tiene, según Ferrajoli, las siguientes características:

> **"1) Teórica**. Porque aun estando elaborada con relación a los derechos fundamentales positivamente sancionados por

centraremos en un objeto distinto. PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1993.

[90] Existe gran discusión sobre el concepto derechos fundamentales, considerado por muchos como vago e impreciso, nosotros nos adherimos a la denominación de derechos fundamentales desde la postura de un positivismo moderado del maestro Peces Barba, quien afirma: "*los derechos fundamentales pueden comprender tanto los presupuestos éticos, como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento (…) expresan tanto una moralidad básica como una juricidad básica*" PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III, BOE, Madrid.1999. pág. 37

[91] FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales" en Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, p. 37. Cabe señalar que FERRAJOLI, con gran influencia positivista, abandona la concepción de "derecho subjetivo como mero reflejo de la obligación jurídica de otro" establecida por el jurista austriaco. KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, Porrúa. México, 2003, pág. 145.

> las leyes, no está basada conforme a normas de ningún ordenamiento concreto.
>
> **2) Puramente formal o estructural**. Porque prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación.
>
> **3) Neutralidad**. Nos explica el autor, que cualquiera que sea la filosofía política o jurídica, ya sea iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática ésta definición puede ser válida".[92]

2.2.2. Diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y patrimoniales.

Mientras que los derechos fundamentales son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos; los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables[93]. Éstos son producto de la filosofía iusnaturalista, propia del contractualismo liberal fundamentado en la filosofía del liberalismo político, cuyo máximo exponente fue John Locke.

Sobre la filosofía de Locke, podemos señalar que para él, el derecho a la propiedad privada era considerado un derecho fundamental, que se basaba en el esfuerzo y el trabajo del ser humano sobre la naturaleza. El descubrimiento de vastos territorios en América del Norte, ayudó a la tesis de fusionar el sentimiento de propiedad como un derecho no enajenable.

[92] FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", *Op. Cit*., pág. 1921.
[93] FERRAJOLI, *Ibid*., pág. 31.

De hecho, en sus tratados, el filósofo inglés emplea, frecuentemente, la palabra *property*, donde quiere significar un derecho natural como derecho básico y sumamente importante dentro de los derechos naturales de vida, libertad y posesión.[94]

A estas características sobre los derechos patrimoniales y fundamentales, podemos añadir, que, mientras estos, son horizontales, ya que el individuo actúa frente al Estado, los derechos patrimoniales son verticales, es decir las relaciones jurídicas de sus titulares pueden ser frente a otros particulares.

2.2.3. La segunda tesis: *La democracia sustancial*.

Existe un consenso generalizado sobre la definición contemporánea de democracia, como:

> "Un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos"[95]

Esta definición ha sido calificada como meramente procedimental o formal.

De esta manera, el autor florentino rediseña una estructura que propone dos dimensiones, *una formal*, explicada en el párrafo precedente, y la otra, denominada *democracia sustancial*, consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los

[94]SABINE, George, *Historia de la teoría política*, F.C.E., México, 1984, pág. 388.
[95]BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, F.C.E., México, 2003, pág. 24. También consultarse las obras: SARTORI Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México, 2003. SCHUMPETER, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, Nueva York, 1942, pág. 269 (Trad. cast.: Capitalismo, socialismo y democracia, Orbis, Barcelona, 1988).

derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas.

Por otra parte, la democracia formal significará quien está legitimado para decidir, mientras que ***la democracia sustancial se relaciona con lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo decidir***.

Es inevitable señalar, que en la actualidad el Estado moderno sufre una crisis sistémica, la cual viene acompañada de un debilitamiento en la esfera pública, que ha sido descrita por el autor florentino como crisis del Estado y de la razón jurídica, que consiste en:

> "Una crisis de legalidad, que permea a través de un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del Estado nacional donde las decisiones en materia militar, política monetaria y políticas sociales, son transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos."[96]

En el marco de esta crisis, surge el paradigma de la democracia constitucional, el cual está definitivamente ligado a la idea de contrato social; según Ferrajoli:

> "Dicho pacto es una metáfora de la democracia política, porque alude a un consenso de los contratantes; pero también, es una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato cuenta con cláusulas, consistentes en la tutela de los derechos fundamentales[97] Con los que el soberano complementa la legitimación formal o política."[98]

[96]FERRAJOLI. Luigi, *Derechos y Garantías*, *Op. Cit*., pág. 1520.

[98] FERRAJOLI. Luigi, Derechos fundamentales, *Op. Cit.,* pág. 38

De esta manera, el paradigma garantista mantiene la incorporación de los vínculos sustanciales, no importando que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos.

En cuanto a la metáfora del contrato social y su relación con la democracia sustancial ideada por el jurista florentino, existen opiniones encontradas en el sentido del fortalecimiento de la democracia participativa y una ciudadanía activa que sea el eje rector de una nueva generación de la sociedad civil y política.

El filósofo alemán *Jurgen Habermas* sostiene una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente de todo país democrático, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de este procedimiento discursivo y asambleario, y optaría por una salida de pacto constitucional hobbesiano, siguiendo la tradición positivista.

> "Sin duda, piensa *Habermas*, el déficit democrático no se va a eliminar por medio de una "reducción estatista" del problema, esto más bien lo agudizaría. Por eso, "hasta el momento faltan los presupuestos reales para una formación de la voluntad de los ciudadanos que esté integrada a nivel europeo"[99]

Habermas plantea tres requisitos funcionales o condiciones necesarias[100] para el establecimiento de una identidad política y jurídica de cualquier país democráticamente constituido:

> **"a) El nacimiento de una sociedad civil.** La formación de redes que amplíen las organizaciones, asociaciones, sindicatos, movimientos que ayuden a vertebrar la sociedad

[99]HABERMAS, "¿Necesita Europa una Constitución?" en La inclusión del otro (Estudios de teoría política), Barcelona, Paidos, 1999, pág. 138.
[100] HABERMAS, *Ibid*., pág. 58.

desde los valores fundamentales de pluralismo político e ideológico.

b) La construcción de una espacio público. El espacio público será el remedio o *farmakon* para el *déficit* democrático actualmente existente.

c) La creación de una cultura política susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos europeos. Para ello, es imprescindible el carácter de publicidad, visto lucidamente por Kant, que ayuda a establecer una conexión entre la constitución jurídica y la cultura política de una comunidad. El "incremento de la cultura" que conduce a "una más amplio acuerdo sobre los principios"[101]

Una vez establecida la premisa de la democracia sustancial, y comprendidos los elementos inherentes al Estado Constitucional diseñado por el autor italiano, podemos continuar con la fundamentación de su garantismo, relativa a la distinción realizada entre ciudadanos y personas que a continuación presentamos.

2.2.4. Tercera tesis: *naturaleza supranacional de los derechos fundamentales.*

La naturaleza supranacional de los derechos fundamentales tiene relación especial con la distinción que actualmente se tiene entre ciudadanía y persona. En su famoso ensayo *Citizenship and Social Class*, Thomas Marshall expone una tipología de derechos pertenecientes a la ciudadanía, los cuales están divididos en tres clases: derechos civiles, políticos y sociales.[102]

[101] HABERMAS, J., La idea kantiana de paz perpetua, *Op. Cit*., pág. 160
[102]MARSCHALL, Th. H. *Citizenship and Social Class*, 1950, (trad. cast.Marschall, Th. H, y Bottomore), T. Ciudadanía y Clase social, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid,

Ferrajoli ha expuesto una cierta inconmensurabilidad o incomunicabilidad entre los estudios jurídicos y sociológicos en materia de "ciudadanía" que deja al derecho sin las aportaciones de los estudios filosóficos y sociológicos para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía [103]

La naturaleza supranacional de los derechos es defendida por el jurista italiano desde un plano sociojurídico e historiográfico[104], ya que él expone, que los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios, han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad.

De tal manera, propone superar esta contradicción mediante la internacionalización de los derechos fundamentales, eliminando esta distinción, al pasar del *status civitatis* al *status personae*[105], ya que para él "la ciudadanía representa el último privilegio del *status*, el último factor de exclusión y de discriminación, el último residuo premoderno de la

---

1998. En esta obra define la ciudadanía como posesión de derechos y pertenencia a una comunidad. La noción marshalliana de ciudadanía se inscribe en la tradición ética republicana que tiene como antecedentes a Aristóteles, Maquiavelo y Rousseau.

[103] FERRAJOLI, Luigi, "De los derechos del ciudadano a los de la persona", en: Derechos y Garantías, *Op. Cit*., pág.98.

[104] Luigi Ferrajoli plantea que se ha generado una corriente iusnaturalista y antipositivista que recorre toda la doctrina sociológica sobre la ciudadanía que resulta inadecuada para ordenamientos codificados. Estas corrientes iusnaturalistas contemporáneas llevan a ampliar indefinidamente tanto la noción de ciudadanía globalización, integración mundial y fenómenos migratorios, han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad. De tal manera, propone superar esta contradicción mediante la internacionalización de los derechos fundamentales, eliminando esta distinción, **al pasar del *status civitatis* al *status personae.***

[105] ya que para él "la ciudadanía representa el último privilegio del *status*, el último factor de exclusión y de discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.

desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales"[106]

2.3. Las relaciones entre derechos y sus garantías.

Dentro de este complejo teórico destinado a la estructura de la protección de los derechos, se encuentran las garantías primarias, las cuales se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer, las cuales podemos identificar como derechos fundamentales y sociales respectivamente. Las garantías secundarias consisten en:

> "Las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad generadas, como efectos específicos, respectivamente por actos ilícitos y por los actos inválidos"[107.]

De igual forma, los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas, en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas; pero, fundamentalmente, a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y, a veces, nulo o inexistente.

---

[106] Hoy por hoy, en un contexto de explosión demográfica, aumento de la pobreza y los distintos problemas institucionales en América Latina, la solución aportada por Ferrajoli no es reducir los derechos del hombre a los derechos ciudadanos, y al mismo tiempo, pretender fundar aún sobre la ciudadanía la lucha por los derechos y por la democracia en nombre del universalismo.

[107] Desde un punto de vista jurídico, históricamente se ha distinguido entre *status civitatis* (ciudadanía) y *status personae* (personalidad). Hombre y ciudadano, *Homme* y *citoyen* conforman dos clases diferentes de derechos fundamentales: derechos de personalidad, que corresponden a todos los seres humanos como individuos o personas, y derechos de ciudadanía que corresponden de forma exclusiva a los ciudadanos. Desde una visión positivista, indudablemente esta distinción puede provocar confusión.

Luigi Ferrajoli observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías, imperfecciones o incluso aún su conculcación.

La ciencia jurídica no ha elaborado aún formas de garantías en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, como los de libertad y autonomía. Los derechos sociales imponen deberes de hacer por los que su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones o en carencias de prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables. Esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y como el número de derechos de ciudadanía, mientras que la positivista lleva a restringirlos por su falta de efectividad y garantías jurídicas.

Las garantías primarias y secundarias, van de la mano con la actividad denominada iuspositivismo crítico[108], propuesta por Ferrajoli, esta práctica consiste en: "la tarea científica del jurista de valorar la validez o la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales establecidas por normas de rango superior[109]".

[108] Al respecto, podemos mencionar lo que Norberto Bobbio caracteriza ejemplarmente las dos concepciones iusfilosóficas clásicas: "Por iusnaturalismo, entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por positivismo jurídico, entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo." En realidad cuando hablamos de iusnaturalismo o iuspositivismo cuestionando la difícil frontera existente entre moral y derecho, es por esta razón que nos remitimos a al problema de la compleja y laberíntica relación entre moral, política y Derecho. BOBBIO, N, *El problema del positivismo jurídico*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Editorial universitaria Buenos Aires, 1965. La postura de Bobbio respecto al Derecho natural es más moderada y comprensiva que la de Hans Kelsen o Alf Ross quienes tienen agudas y contundentes críticas hacia esta filosofía del derecho natural. *Véase*: KELSEN, H. y BOBBIO, N., *Crítica del Derecho Natural, Introducción y traducción* E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966.

[109] FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, *Op. Cit*., pág. 874.

Ante la existencia de lagunas deónticas las cuales son "generadas por la carencia de garantías" o las lagunas jurídicas consistentes en "la carencia de los presupuestos normativos u organizativos[110]" para hacer efectivos los derechos.

2.4. Fundamentación axiológica de los derechos fundamentales.

Los criterios o valores jurídicos universalmente aceptados por las Declaraciones, Tratados y Acuerdos Internacionales a lo largo de la historia de los derechos fundamentales han sido la igualdad, libertad y fraternidad (o solidaridad según los modernos); estos valores, junto con el valor de la dignidad[111]y de la libertad humana pueden ser vistos desde distintos enfoques, debido a su enorme riqueza conceptual.

Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía política estos conceptos aportan un alto grado de confusión en lo que respecta a su tratamiento técnico jurídico como principios fundacionales de los derechos humanos. Podemos hablar de libertad social, política, jurídica, psicológica, metafísica, moral, libertad, autonomía (Kant), libertad participación (Hegel), libertad prestación (Marschall), libertad positiva o negativa (I. Berlin).

---

[110] FERRAJOLI, Luigi, Expectativas y garantías, *Op. Cit*., págs. 161-165.

[111]CAMPS, V., "El descubrimiento de los Derechos humanos" en Muguerza, J.: El Fundamento de los derechos humanos, editorial Debate, Madrid, 1989.
Peter HÄBERLE plantea la idea de la dignidad humana como "*premisa antropológica cultural*" de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. El cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la "dignidad humana", y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal. HÄBERLE, Peter *El Estado constitucional*, traducido por Héctor Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. pág. 169. Ver también HÄBERLE, Peter, "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: en análisis comparativo" en Revista Española de Derecho Constitucional, 54, Sept-Dic. 1998, pág.1138. Sobre el concepto de dignidad humana ver el trabajo de CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría General de los Derechos Humanos*, León, Ed. León, 1987, pág. 67.

De esta forma, Ferrajoli propone una redimensión de los criterios axiológicos que fundamentan los derechos fundamentales, entre los que se encuentran la igualdad, democracia, la paz y la tutela del más débil, estos serán tratados en el presente apartado.

En el artículo *"¿Qué son los derechos fundamentales?"* publicado en 1999, en la Revista Teoría Política, Ferrajoli propone cuatro distintas respuestas a la cuestión planteada:

> "a) La razón o el fundamento teórico
> b) La fuente o el fundamento jurídico
> c) La justificación o el fundamento axiológico y;
> d) El origen o fundamento histórico y sociológico".[112]

La tercera cuestión enunciada anteriormente, ubica la justificación o fundamento axiológico, en el contexto de la filosofía política o de la justicia, para lo cual Ferrajoli propuso la creación de cuatro criterios axiológicos para decidir cuáles pueden ser o no los derechos fundamentales.

> - **"Nexo entre derechos fundamentales e igualdad**: este criterio se relaciona con el principio clásico de igualdad, que han incorporado las distintas revoluciones burguesas, de ahí la característica de universalidad, que le atribuye el maestro italiano al concepto de derechos fundamentales, y que pretende dar explicación desde la filosofía política y sociológica del derecho. También propone el establecimiento de una sociedad civil global mediante la creación del "constitucionalismo global", el cual estableciera niveles mínimos de subsistencia a las personas habitantes de países menos privilegiados."[113]

[112]FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 314.
[113] FERRAJOLI, Luigi, *Ibid*., págs. 329 – 338.

A este respecto, el filósofo del Derecho John Rawls, presenta una teoría peculiar sobre este apartado, puesto que la tradicional contraposición entre libertad e igualdad con todas sus interpretaciones posibles no aclara el intento de fundamentación filosófica ni constitucional de estos derechos fundamentales.

> "La filosofía política de Rawls trata de conciliar y compaginar los ideales de libertad e igualdad ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que dé lugar a la uniformidad, la mediocridad y la anulación de diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de libertad total, ni igualitarismo que venda la libertad y la descarte. Como buen liberal, la libertad es fundamental para Rawls."[114]

Sin embargo, los otros dos ideales ilustrados, igualdad y la fraternidad, esta última formulada en el segundo principio de justicia o principio de diferencia, están presentes en toda su obra.

2.5. Nexo entre derechos fundamentales y democracia.

Pasada la Segunda Guerra Mundial surge el paradigma de la "democracia constitucional", que tiene relación con la democracia sustancial, ya que los derechos fundamentales y sociales serán establecidos en las Constituciones de la época, y de esta manera, se garantizará su cumplimiento frente al poder.

> - **"Nexo entre derechos fundamentales y paz**: este nexo quedó establecido en la Declaración Universal de 1948; como valor surge y se fundamenta en la filosofía

[114] RAWLS, John., *El liberalismo político*, Barcelona, Gedisa, 1996. Pág.12

contractualista de Tomas Hobbes[115], de quien Ferrajoli ha tomado diversos criterios para sus tesis. Según Hobbes, el paso del *status naturalis* al *status civilis*, se consiguió a través del pacto social, mediante el cual se transfieren todos los derechos naturales al *Leviathan*. El objetivo prioritario de éste pacto social es, alcanzar a toda costa los bienes jurídicos de seguridad y paz.

El papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil: el profesor de la Universidad de Roma ya había establecido en su principal obra, una clasificación de los micro y macro poderes salvajes, tanto públicos como privados,[116]creadores de desigualdades sustanciales dentro y fuera del Estado, los cuales pueden consistir en los fenómenos de la criminalidad, narcotráfico, corrupción, clientelismos, en este sentido, desde un plano axiológico, fundamenta este nexo como:

Leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte políticamente, como en el Estado absoluto; de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista."[117]".

Los anteriores nexos deben estar íntimamente relacionados mediante una racionalidad instrumental de tipo weberiana que liga a medios con fines, de tal manera que:

[115] La fórmula *Auctoritas, non veritas facitlegem* aparece en la obra Leviatán de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. HOBBES, Thomas (1940) Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, trad. Manuel Sánchez Sarto, F. C. E., México (original en inglés 1651).
[116] FERRAJOLI Luigi, Derecho y razón, *Op. Cit*, págs. 936 -940.
[117] FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, *Op. Cit*., pág. 316.

> "La forma universal de los derechos fundamentales identificada por la definición teórica ferrajoliana es, según el autor, el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se refiere, para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados, sino postulados, que su concreta estipulación positiva persigue."[118]

2.6. *Principia Iuris*.

En su magna obra *Principia Iuris*, recientemente publicada el autor florentino argumenta sobre las siguientes cuestiones que a manera de síntesis se presentan:

> a) "El método axiomático en la construcción de la teoría formal del Derecho.
> b) La idoneidad de la teoría formalizada para sostener una teoría jurídica normativista y realista.
> c) La legitimidad científica de la aproximación interna de la ciencia jurídica, y las externas de la filosofía política, la sociología del Derecho y de la ciencia política.
> d) La especificad de la ciencia jurídica positiva o dogmática respecto a otras ciencias empíricas;
> e) La configuración del paradigma constitucional como un refuerzo del positivismo jurídico.
> f) La exigencia jurídica de la completitud del derecho positivo de los actuales ordenamientos constitucionales."[119]

Las cuestiones teóricas planteadas en su obra tienen que ver, en cambio, con temas específicos de teoría del derecho y de la democracia: el

[118] FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.,* pág. 317.
[119] FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris: teoría del Derecho y la Democracia*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, volumen II, 670 pags,

paradigma del constitucionalismo democrático, el concepto de igualdad, el problema de antinomias y de las lagunas, la relación entre la libertad y propiedad, la noción de federación y las prospectivas de la construcción europea.

Las cuestiones metateóricas, se refieren tanto a la dimensión sintáctica de la teoría del Derecho, es decir, al método axiomático empleado en su construcción, como a su dimensión semántica y pragmática, entre ellas vinculadas, una relativa a la relación entre la teoría y las diversas aproximaciones disciplinarias – jurídica, sociológica y politológica – del estudio del Derecho y, la otra, referente al rol normativo – además de explicativo - en las relaciones del propio objeto asignado, pasando por la estructura misma del paradigma constitucional, la teoría del Derecho y la ciencia jurídica en sus dimensiones rigurosamente iuspositivistas.

- **Formalismo y sustancialismo.**

Hay una segunda oposición que el paradigma constitucional permite superar; aquella entre forma y sustancia, o sea, entre formalismo y sustancialismo y, en consecuencia, entre ius-positivismo e ius-naturalismo, del mismo modo invocada por Azzariti con sus justas observaciones críticas en lo que hace al tendencial iusnaturalismo de las actuales doctrinas neo-constitucionales. Estas doctrinas, sobre la base de la configuración de las normas constitucionales no ya como reglas, sino como principios (o valores) morales – susceptibles de ponderación y hasta de derogación en vez de solo aplicación a causa de su vaguedad y de su tendencial conflicto – terminaron por debilitar el carácter vinculante del “texto normativo” de la Constitución y por avalar un “subjetivismo interpretativo” y un activismo judicial que corren el riesgo de debilitar también la legitimación de la jurisdicción.

“Las normas y su validez poseen una doble dimensión: por un lado, la formal”, relativa a la conformidad de las formas de la producción normativa y, “por otro lado, la sustancial”, relativa a la coherencia de la sustancia de las normas producidas con las normas constitucionales. Estas dos dimensiones de la validez, una impuesta por “normas formales” sobre él quien y sobre el cómo de las decisiones, y la otra por “normas sustanciales” sobre el qué es prohibido o es obligatorio decidir.

La esfera de lo decidible, una dimensión sustancial asegurada por los límites y por los vínculos impuestos a tal esfera por los derechos constitucionalmente establecidos, relativa a la que he llamado la esfera de lo indecidible, la esfera de lo no decidible que, conformada por los derechos de libertad, y la esfera de lo no decidible que no, conformada por los derechos sociales.

Una inversión diametral del orden de las relaciones entre ‘forma y ´sustancia´” que, “reclasificando radicalmente la pareja política-derecho, determina una sensible recaída sobre la definición misma de ´democracia.” Salvatore Senese identificó el problema recurrente en toda la historia de la filosofía política: “arbitrio *versus* norma, *voluntaris/ratio*, poder/ley, son estos los polos de la tensión que atraviesa el pensamiento político-jurídico del occidente y con el cual el teórico del Derecho se debe confrontar.”

El antiguo y recurrente dilema y contraste entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, entre razón y voluntad, entre el Derecho natural y Derecho positivo, entre Antígona y Creonte.

- **Teoría del Derecho, ciencia jurídica y sociología del Derecho.**

La divergencia deóntica entre “Derecho como norma” y Derecho como hecho” entre validez, vigor y efectividad, permite repensar no solo en

la ciencia del Derecho sino en el mapa entero del saber jurídico dentro de lo que recuerda Marella, un “modelo integrado” de ciencia del Derecho.

Es “la insidia del imperialismo disciplinario” que fue denunciada por Norberto Bobbio: una insidia “que enfrenta los historiadores a los filósofos, los juristas a los politólogos, los sociólogos a los historiadores a los filósofos, los juristas a los politólogos, los sociólogos, a los historiadores y así sucesivamente”.

En el vastísimo universo del saber”, agregaba Bobbio, “hay afortunadamente espacio para todos”, y la utilidad de la reflexión metodológica consiste en “hacer más consciente, a cada uno en su propio campo, de los límites del propio territorio y del Derecho a existir de otros terrenos lejanos o vecinos”.

Ferrajoli se cuestiona en *“principia iuris”* ¿cuál es el Derecho de un ordenamiento dado? y responde, que en sede de ciencia jurídica, consiste en un conjunto de normas, de las cuales es reconocible la existencia y la validez sobre la base de su producción de conformidad con las normas establecidas por el ordenamiento mismo. ¿Para qué sirve? y ¿qué significa el Derecho? y responder, en sede de filosofía política, que es un conjunto de normas destinado a asegurar el orden y la paz, o a satisfacer determinadas exigencias de justicia como las expresadas, por ejemplo, por un conjunto de principios y de derechos fundamentales.

En sede, de sociología del Derecho, que el Derecho es lo que hacen concretamente los Tribunales y los operadores jurídicos o, más en general, que es el conjunto de prácticas sociales por él determinadas y sobre cuya base es posible medir su grado de efectividad y de inefectividad.

- Positivismo jurídico y constitucionalismo.

El paradigma constitucional puede ser configurado como un complemento y un refuerzo del positivismo jurídico. En base a éste, de hecho, no solo el ser, sino también el deber ser (o no ser) del Derecho resulta positivizado en normas supraordenadas a cualquier otra norma del ordenamiento y es, en consecuencia, eliminado, con la sujeción al Derecho también del legislador, esta positivación del "deber ser" del Derecho se resuelve de carácter normativo de los *principia iuris tantum* de la coherencia (lo que el Derecho "no debe ser") y de la completitud (lo que el Derecho "debe ser") y comporta por ello el ya mencionado el rol crítico y proyectual de la ciencia jurídica en las relaciones con sus posibles violaciones o incumplimiento.

"La naturaleza normativa de los principios de coherencia y de completitud", consecuencia de la positivización del deber ser del Derecho, haría "ideológico", según el significado atribuido por Bobbio o "ideología", el paradigma constitucional por mí teorizado. Bobbio, en efecto, caracteriza la aproximación iuspositivista, según el tradicional modelo benthamiano y austiniano, como una aproximación puramente descriptiva, que excluye valoraciones o críticas al interior por parte de la ciencia jurídica.

2.7. Relación entre neo constitucionalismo y garantismo.

Desde el punto de vista histórico el Derecho Constitucional contemporáneo se expresa en dos modelos constitucionales surgidos de la posguerra: El neoconstitucionalismo y el garantismo. Entre uno y otro hay similitudes pero diferencias sustantivas.

Ferrajoli ha insistido sobre este punto al definir que en occidente ha surgido una ola llamada "*constitucionalismo democrático*"[120].

En términos generales, los elementos de este modelo constitucional y democrático, surgido y madurado en los países de Europa occidental pero, posteriormente, adoptado en América Latina y, después de la caída del muro de Berlín, en Europa del Este son los siguientes:

> "a) La vigencia de constituciones escritas, consideradas normas supremas y caracterizadas por su rigidez.
> b) Un amplio catálogo de derechos fundamentales, formulados en principios susceptibles de ser interpretados.
> c) Principio de separación de poderes.
> d) Mecanismos de control y garantía constitucionales en manos de Tribunales especializados (Cortes o Tribunales Constitucionales);
> e) Constitucionalización de las instituciones y reglas propias de la forma de gobierno democrática: voto igual y libre, partidos políticos regla de mayoría, protección de derechos fundamentales y de minorías."[121]

Este modelo de instituciones y reglas de operación entre el neoconstitucionalismo y el garantismo es el mismo, existen diferentes aproximaciones teóricas para explicar y prescribir su funcionamiento, es decir tienen un enfoque ideológico y una política constitucional similar, ocupándose del modelo democrático constitucional, sin embargo existen diferencias las cuales son útiles para arropar decisiones judiciales.

- **Similitudes y diferencias entre neoconstitucionalismo y garantismo.**

[120]FERRAJOLI, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" en M. Carbonell (Editor), Neocostitucionalismo Madrid, Trotta, 2003 págs. 13 a 29.
[121] *Ibidem.*

Para una mayor claridad sobre el punto bajo análisis, Pedro Salazar Ugarte del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, plantea en un ensayo, algunas similitudes entre neoconstitucionalismo y garantismo:

> "1.- La transición del Estado legalista decimonónico al Estado Constitucional contemporáneo es celebrada por ambos modelos. Se observa con beneplácito que el legislador deje de ser la fuente principal del Derecho y que la ley se subordine formal y materialmente a la Constitución. Con ello como ambos enfoques teóricos subrayan la validez de las normas secundarias quedo sujeta a la verificación del cumplimiento de criterios formales y sustantivos. Lo cual coloca al operador jurídico en una situación sin precedentes, porque los documentos constitucionales tienen como parámetro de validez material de las decisiones secundarias a principios de justicia, abstractos en determinados, sobre todo a los derechos fundamentales de las personas.
>
> 2.- Estos modelos reconocen y analizan los problemas que implica la vigencia efectiva del principio de separación de poderes, promueven la agenda de los derechos fundamentales y defienden su no regresividad, todo ello en el marco del contexto del sistema democrático de gobierno.
>
> 3.- Las ideas de Locke hasta Bobbio constituyen el presupuesto común tanto del garantismo como el neoconstitucionalismo. Ambas aproximaciones se construyen desde los pilares del constitucionalismo clásico liberal.

4.- Tanto el neoconstitucionalismo como garantismo comparten la idea que el poder político debe limitarse a través de instituciones y mecanismos jurídicos para ofrecer garantías a las libertades y derechos básicos de las personas. La teoría del poder que subyace en ambas aproximaciones propone el sometimiento del poder político al Derecho. Se trata de una tesis que, sobre todo los garantistas, hacen extensiva a los poderes privados. Proponen ambos también una concepción de igualdad y de garantía de ciertos derechos sociales. Por tanto es importante advertir que en ambos modelos el modelo de Bobbio ejerce influencia notoria.

5.- Una diferencia elemental radica en que el garantismo surge del Derecho penal y que después, en respuesta a las transformaciones constitucionales, transita a un ámbito más amplio del derecho y de la justicia Constitucional. Por su parte el neoconstitucionalismo es una categoría conceptual establecida por miembros de la escuela genovesa con la finalidad de ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas próximas que pueden considerarse como una misma. Por ello cuando se habla del neoconstitucionalismo hay que diferenciar el pensamiento de autores como Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Nino y Alexi hasta Carlos Bernal Pulido.

6.- El garantismo es una propuesta teórica especifica con rasgos propios; el neoconstitucionalismo es una noción creada por los miembros de una escuela para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos, que dicho sea de paso sostienen diferencias fuertes.

7.- El garantismo es una teoría jurídica que tiene aparejada una teoría política, en concreto una teoría de la democracia. Y aunque la primera nació con anterioridad, en ambas existe una simbiosis profunda. Tanto en Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal de 1989, hasta la obra mayor Principia Iuris una teoría del *Diritto e della democrazia*. Sin dicha dimensión política la teoría garantista pierde su horizonte de sentido y su encuadre conceptual. Es una teoría que observa el Derecho desde el balcón del poder y que ofrece una articulación compleja entre ambas dimensiones.

8.- Por su parte, el neoconstitucionalismo al no ser una teoría sino una categoría que sirve para conjugar el pensamiento de diversos teóricos del Derecho, se limita a reunir un conjunto de aproximaciones centradas en el fenómeno jurídico. Todas las teorías del Derecho que se denominan neoconstitucionalistas tienen rasgos comunes, es decir se ubican dentro del paradigma democrático pero no ofertan una teoría política propia. En todo caso promocionan una agenda robusta de derechos fundamentales, tienen una idea de una sociedad justa, sin tener una teoría del poder. Siguiendo a Bobbio el garantismo se desliza por las dos caras de la moneda: Poder y Derecho, mientras que el neoconstitucionalismo se ubica en el segundo plano.

9.- El punto de inflexión entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, reside en la adopción del positivismo metodológico que promueve el primero frente a las tesis de autores neoconstitucionalistas que aceptan la inclusión de algunos elementos de Derecho natural en el Derecho positivo. El neoconstitucionalismo puede aceptar siguiendo el positivismo jurídico que el Derecho sea una hecho social pero no que éste albergue cualquier contenido. Para autores como Dworkin, Nino, Zaglebelsky y Alexy las normas

jurídicas no solo son hechos sino también valores y con ellos se alejan del núcleo duro del iuspositivismo. Esto es así porque, dichos valores suponen, en mayor o menor medida la incorporación de la moral al Derecho.

10.- El garantismo, en cambio, para decirlo con Marina Gascón es ante todo una tesis metodológica de aproximación al Derecho que mantiene la separación del ser y el deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos de análisis jurídico: El meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del Derecho, el jurídico del enjuiciamiento, interno del Derecho y el sociológico de la relación entre Derecho y practica social afectiva.

11.- Para defender la constitucionalización de los derechos fundamentales, el neoconstitucionalismo abandona la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral. Y, en paralelo, propone un modelo axiológico y normativo para el desarrollo del Derecho, consistente en una proyección evolutiva, expansiva y necesaria del contenido del Derecho Constitucional positivo. En el plano ideológico esta última idea es compartida por el garantismo, sin embargo para el neoconstitucionalismo el método positivista resulta insuficiente para dar cuenta del funcionamiento de los nuevos ordenamientos de la posguerra. El nuevo modelo constitucional, desde esta perspectiva, suponen un vinculo entre Derecho y moral que escapa al método iuspositivista.

12.- Aunque que parezca contradictorio, el garantismo tiene una vertiente iusnaturalista ya que se desdobla en dos dimensiones: en el plano metodológico en el que sostiene al iuspositivismo y, en el plano político, en el que se adscribe al pensamiento liberal heredero del iusnaturalismo moderno. El iusnaturalismo de Bobbio no es el iusnaturalismo jurídico y

> metodológico propio del neoconstitucionalismo sino que se ubica en el plano de la filosofía política y descansa en la teoría liberal de los límites y vínculos a los poderes públicos. Los derechos fundamentales son principios o aspiraciones deseables que equivalen a las exigencias de la justicia del iusnaturalismo jurídico clásico y moderno pero solo son Derecho si, en su reconocimiento, media una decisión política. Para el garantismo sobre la línea trazada por Bobbio, la incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución y la implementación de sus garantías solamente son posibles mediante la decisión, contingente e históricamente determinada, al cargo de una autoridad política: el poder constituyente. Y en esta dimensión la relación entre Derecho y política se invierte: El Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que por el contrario, es la política la que tiene que ser asumida como instrumento del Derecho, por lo que puede verse es la vinculación entre el Derecho y la política y no entre Derecho y moral la que encuentre expresión plena en la teoría garantista".[122]

De lo anterior, podemos concluir que, en el modelo garantista se rechaza frontalmente el decisionismo en Derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, al principio de legalidad. El juez para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe a su vez actuar arbitrariamente. El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garantiza un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al Derecho, es un requisito para reducir la discrecionalidad sobre todo, la arbitrariedad del juez.

[122] SALAZAR, Ugarte Pedro en http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/239.pdf, consultado 24 de julio de 2012.

El neoconstitucionalismo resulta más flexible ante el tema de la discrecionalidad judicial, promueve una noción de activismo judicial que se encuentra estrechamente vinculada con la noción de derechos morales, es decir presupone cierta objetividad de principios morales, en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado. Alexy afirma que la principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de sus tres extremos arriba señalados: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido.

Para Juan Antonio García Amado una de las diferencias entre neoconstitucionalistas y positivistas estriba en que los primeros confían en una judicatura activista y comprometida en la imposición de óptimos. En cambio el positivista estima que el grado de satisfacción de cada uno de estos derechos (sociales) y el tipo de preferencia entre ellos es materia propia de una actividad legislativa que refleje el programa político respaldado por la mayoría de los votantes.[123]

Bajo la misma línea argumental García Amado afirma que las razones que mueven al neoconstitucionalismo a una función judicial activista radica en la existencia de principios morales extra jurídicos y juridificados que deben orientar la decisión de los jueces; en el garantismo, en cambio se promueve el activismo desde fuera del Derecho y, si es jurídicamente posible, en el Derecho como parte de un programa político que, debería orientar el que hacer de los juzgadores. La diferencia no es baladí: El juez neoconstitucionalista está autorizado a suplantar al legislador en aras de una justicia con asidero moral objetivo; el juez garantista está obligado a provocar que el legislador haga su tarea en aras de una agenda política liberal y democrática.

[123] GARCIA, Amado, J. A., “Derecho y pretextos” en Carbonell, M. *Teoría del Neoconstitucionalismo*, *Op, Cit.,* pág. 263.

Capítulo 3

La configuración constitucional de la justicia electoral en México y la evolución de la interpretación de los derechos político – electorales.

3.1. La configuración histórica de la justicia constitucional electoral en México.

Con la finalidad de estudiar la forma en cómo se han interpretado, desde el punto de vista histórico en México los derechos político – electorales es preciso, primeramente, clasificar las etapas en que se ha desarrollado la justicia electoral, para encontrar a partir de ahí la forma en cómo se tutelaban este tipo de derechos.[124]

De esta forma, el hoy Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fernando Franco señala cinco grandes etapas de la justicia electoral en el México independiente:

> **"a) De 1824 a 1860**, donde se introduce el principio de la autocalificación de las elecciones de diputados y senadores (sistema que prevaleció hasta 1993), y de heterocalificación de la elección del titular del Poder Ejecutivo (sistema que prevaleció hasta 1996). Se conoce a esta etapa como de un sistema de calificación puramente político;
>
> **b) De 1860 a 1870**, con la introducción de la figura de juicio de amparo a nuestro sistema jurídico nacional. En esta etapa, gracias a José María Iglesias, el Poder Judicial pudo

[124] Para la investigadora Karolina Mónika Gilas, del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México ha pasado por diferentes etapas del desarrollo de su modelo de justicia electoral. La primera se ubica en la discusión para determinar si en México debía haber justicia electoral; la segunda, fue la etapa de la disputa del problema sobre si los derechos políticos debían ser o no derechos fundamentales; la tercera, consecuencia de la anterior, si éstos debían ser protegidos mediante mecanismos procesales; la última es la etapa de justicia electoral actual, en Control Constitucional en materia electoral http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, 25 de julio de 2012.

conocer y resolver cuestiones relacionadas con los comicios;

c) De 1878 hasta 1976, donde se construyó la tesis de que el juicio de amparo no es vía para impugnar cuestiones electorales y también que el Poder Judicial no debe inmiscuirse en cuestiones políticas. La tesis del jurista Ignacio Vallarta fue la dominante durante todos esos años;

d) De 1977 a 1986, cuando se introdujo la reforma constitucional del recurso de reclamación, por el cual los partidos políticos podían inconformarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por las decisiones adoptadas por el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados;

e) De 1987 a 2003, la etapa de los tribunales especializados en materia electoral. Cuando nace el primer Tribunal especializado en la materia: el Tribunal de lo Contencioso Electoral (órgano jurisdiccional de carácter administrativo), en 1990 el Tribunal Federal Electoral (órgano jurisdiccional autónomo) y en 1996 el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (órgano especializado de competencia constitucional y legal)[125]."

Por otro lado, es importante considerar la reforma constitucional de 2007 y la reforma legal de 2008:

Con la Reforma Constitucional de 2007 y legal de 2008, las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación adquirieron permanencia como órganos jurisdiccionales; a su vez, la nueva

[125]FRANCO, González Salas, José Fernando, *Un testimonio de la conquista del control judicial en materia electoral y de su institucionalización*, *Testimonios sobre el Desempeño del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,* México, TEPJF, 2003, págs. 93-158.

configuración Constitucional y legal dotó a dichas Salas de competencia para conocer y resolver diversos medios de impugnación en materia electoral. Con esta reforma se modificó el contenido de nueve artículos constitucionales: 6º, 41, 99, 108, 116, 122, 134 y una adición al artículo 97.

Para Lorenzo Córdova existieron tres razones que inspiraron esta reforma:

> "La primera que tiene que ver con la necesidad de adecuar el marco normativo e institucional electoral a una realidad política sumamente diferente de la que había inspirado los cambios una década atrás. La segunda responde a las exigencias derivadas del proceso electoral de 2006 el cual colocó a las normas, a los procedimientos y a las instituciones electorales en una situación límite sumamente compleja, disruptiva e incluso peligrosa. La tercera se refiere al papel que los medios electrónicos de comunicación –entendidos como poderes de facto- llegaron a jugar en su relación –tensa y conflictiva- con la política y el Estado".[126]

De esta manera, se consolida al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como un Tribunal Constitucional Electoral, ya que se le otorga competencia para inaplicar normas que se consideran inconstitucionales; se fortalecen sus Salas Regionales y en general, la institución que debe controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales que se emitan dentro de los procesos electorales federales y locales.

La Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa en su ensayo *"La Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*

[126]CÓRDOVA, Vianello Lorenzo*, et al, coordinadores, Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, , Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2008, pág. 49.

como fuente de la Reforma Constitucional 2007-2008", la actividad jurisdiccional en general y la emisión de la jurisprudencia en particular, provoca la funcionalidad del sistema electoral democrático; se constituye en un control jurídico de lo político y del ejercicio de la soberanía popular para la legitimación de la renovación de poderes, lo cual evidentemente conduce a que sus criterios se traduzcan en referentes obligados de la actuación de las autoridades, incluidas las legislativas, como el motor del progreso y evolución, en primer momento, de la doctrina del derecho electoral y, posteriormente, del sistema jurídico electoral nacional.[127]

Ahora bien, si los derechos políticos electorales: *voto activo y pasivo; asociación y afiliación*, son derechos fundamentales, lo cierto que es que la evolución histórica y el contexto socio político en México los ha configurado de manera especial, razón por la cual es preciso adentrarse a los siglos XIX y XX, y verificar la integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como sus principales criterios jurisprudenciales para determinar la forma de protección de estos derechos; de igual forma, es necesario acudir a la legislación electoral vigente para saber cuáles eran las pautas sobre las que la autoridad jurisdiccional tenía que pronunciarse.

3.2. La interpretación jurisdiccional de los derechos políticos - electorales en México.

A fin de tener un panorama general sobre la interpretación que los órganos jurisdiccionales en México han desarrollado desde el siglo XIX es conveniente revisar algunas de las etapas más importantes en las que existieron cambios políticos traducidos en las leyes electorales de la época, y en su caso escudriñar el papel que se irrogaron los órganos jurisdiccionales, y con ello estar en condiciones de tener una idea de la

[127] *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, *Op. Cit*. pág.10.

manera en que se construyó en el pasado reciente la interpretación electoral.

3.2.1. Siglo XIX.

En este siglo existieron valiosos precedentes[128] sobre la procedencia del amparo en la materia que nos ocupa, analicemos algunos casos:

- **El amparo Hermenegildo Feliú**. Según Manuel González Oropeza, es el primer caso de importancia en la interpretación del artículo 16 constitucional. Los hechos radican en que, Luis Matavenia demandó civilmente a Hermegildo Feliú, español radicado en Querétaro.

Los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia Francisco Alfaro y Antonio Llata calificaron la causa y ordenaron el remate de los bienes. Feliú promovió amparo ante el juez de distrito, el fiscal alegó que existía una incompetencia de origen, porque la Constitución de Querétaro establecía que los Magistrados debían ser electos popularmente y quienes, en el caso, lo juzgaron fueron designados por la Legislatura y que por tanto, de interpretarse lo contrario, la jurisdicción federal se excedía de sus facultades.

Cabe mencionar que el juez de distrito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmaron la ilegitimidad de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, bajo el argumento de tutelar la forma de gobierno republicano, amen que justificar lo contrario bajo el argumento de la soberanía de los Estados, sería vulnerar los derechos del individuo, motivo de defensa del amparo.[129]

[128] Mariano Llanas Puente, Juan N. Rubio de Querétaro y Evaristo Esquivel de Yucatán.
[129] GONZÁLEZ, Oropeza Manuel, *El amparo Morelos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/645/4.pdf., consultado el 17 de julio de 2012.

En la presente investigación merece un comentario muy especial, el primer intento de judicializar la política en México, el cual se produjo en el último tercio del Siglo XIX, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por virtud del interesante debate entre dos, de los más grandes juristas de ese siglo, Don José María Iglesias y Don Ignacio L. Vallarta, el cual, si bien no es inmediato, porque Vallarta emitió su tesis años después, es menester efectuar algunas precisiones.

"*La tesis de la incompetencia de origen*" propuesta por Iglesias a partir del supuesto de que las dos primeras leyes de amparo de 1861 y 1869 no contemplaban explícitamente dentro de los derechos protegidos a los derechos de naturaleza política ni procedimiento judicial para ello; pero tampoco existía en aquel entonces causal de improcedencia como lo contempla a partir de 1936 el artículo 73, fracción III la legislación reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal vigente.

En esa época de la historia de México existía un ambiente de mucha tensión entre la Suprema Corte y el Congreso de la Unión[130] y a juicio del Ministro Iglesias, en aquel entonces Presidente de la Corte, era necesario reiterar la igualdad de ésta frente a los otros dos Poderes.[131]

De varios casos aislados que conoció la Corte sobresale el célebre "*Amparo Morelos*". En este caso, varios hacendados del Estado de Morelos, a través del juicio de Amparo, impugnaron a la Ley de Hacienda Estatal del 12 de octubre de 1873, por considerarla violatoria del artículo 16 de la Constitución federal de 1857; al integrarse el *quórum* de la Legislatura que aprobó dicha ley con el Diputado Vicente Llamas, el cual había sido electo,

[130]Apuntes de Derecho Electoral, varios autores, compilación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2000. pág. 390.
[131]MOCTEZUMA, Barragán, Javier., *José María Iglesias y la Justicia Electoral* UNAM, México, 1994. pág. 64.

a pesar de que la Constitución local prohibía su elección por ser jefe político de un Distrito; además de que el general Ley va -quien promulgó la ley- fue reelecto como Gobernador, en contra de la prohibición expresa de la Constitución estatal, que no había sido reformada en los términos prescritos por ella; y, que aun suponiendo debida y legalmente reformada la Constitución para permitir su reelección, el General Leyva fue reelecto por menos de las dos terceras partes de los votos que exigía la propia Constitución reformada.

Al resolverse en revisión este amparo turnado al Ministro Iglesias para su resolución, éste sostuvo en su ponencia la "*Tesis de la Incompetencia de Origen"*, bajo el argumento de que si el amparo cabría contra todos los actos de autoridad incompetente, procedía por lo mismo contra los actos de las falsas o ilegítimas autoridades que habían sido elevadas al poder sin contar con el voto popular o que resultaron electas infringiendo las bases electorales de la Constitución Federal o de las Constituciones de los Estados.

En contra de este criterio, se alzó el Ministro Vallarta presentando un voto particular en contra, que se puede resumir, esencialmente, en aquel famoso comentario que le hizo a Iglesias acerca de que éste trataba de evitar la dictadura política implantando una dictadura judicial.

El voto se fundamenta, básicamente, en que los conflictos político-electorales no podían tener soluciones judiciales, es decir, que sobre ellas no podía plantearse controversia alguna que los tribunales tuvieran competencia para resolver, ya que estos conflictos inciden en las relaciones políticas de los poderes públicos, o en la organización misma del gobierno y por lo tanto, no afectan los derechos reales o personales protegidos por las garantías individuales reconocidas en la Constitución vigente, ni se trataba de invasiones a la soberanía de los Estados o leyes y actos de éstos que

invadieran la esfera de autonomía federal; y, que la Suprema Corte no estaba facultada expresamente por la Constitución de 1857 para revisar los títulos de legitimidad de las autoridades locales, por lo que resultaba igualmente inconstitucional la actuación de la Suprema Corte dejando en entredicho el apotegma de Iglesias:

"Sobre la Constitución nada; nadie sobre la Constitución"[132]

Esta breve historia concluyó cuando Vallarta llegó a la Presidencia de la Corte y lo que había sido su voto particular en contra de la tesis Iglesias se convierte en jurisprudencia, que tuvo vigencia plena hasta 1977 y sus efectos duraron hasta 1996.

Por su parte, Iglesias, en su calidad de Presidente la Suprema Corte, desconoce la elección presidencial por la que se pretendía reelegir Lerdo de Tejada y, aprovechando la huida de éste ante las derrotas que sufre a manos de Don Porfirio Díaz en la llamada revolución de Tuxtepec, asume el poder como Presidente Sustituto por Ministerio de Ley, el 31 de octubre para ser destituido por el General Díaz el 28 de noviembre del mismo año de 1875.

Finalmente, decepcionado Iglesias de la vía judicial para alcanzar el poder presidencial, contiende abiertamente por la Presidencia de la República y sufre una derrota electoral aplastante, por lo que se refugió en la vida privada, hasta su muerte en 1891.

3.2.1.1. La Suprema Corte en el Porfiriato.

Don Silvestre Moreno Cora en sus memorias dice de sus compañeros Ministros, por ejemplo de don Justo Sierra, que:

[132] Apuntes de Derecho Electoral, *Op. Cit*., pág. 925.

"Me olvidaba de Justo Sierra, que no hacía nada, que tenía la opinión de que el amparo no procede en negocios civiles y que iba a la Corte a escribir sus artículos literarios.[133]"

Respecto de los criterios que predominaban en su época, dijo:

"...Hay que advertir que en la Corte se habían acentuado dos opiniones, la de los que tendían a dar al amparo la mayor amplitud posible, a cuya cabeza estaba el señor Zamacona; y los que intentaban restringirlo, que tenían por jefe, si así puede decirse, aunque no le atribuían gran autoridad al señor Dorantes"[134].

La influencia Porfirio Díaz en la función jurisdiccional que tuvo en aquella época la Suprema Corte de Justicia fue evidente, como se advierte del contenido de la Carta que dirigió al Ministro Eleuterio Ávila el diez de enero de mil ochocientos ochenta y dos, en la que le pide "*procure caminar de acuerdo con el gobierno*", en los siguientes términos:

"Señor Lic. Eleuterio Ávila: México. Muy estimado amigo y compañero: Con gran pena he notado el desacuerdo que existe entre los ilustrados miembros de la Suprema Corte de Justicia y el Ejecutivo de la Unión, siendo tanto más lamentable, cuando que viene a ser una traba que se opone a la marcha de los negocios administrativos que pasan a la esfera judicial, con la circunstancia agravantísima de que por tratarse de asuntos de interés público, salen del dominio privado, para ser comentados acre y desfavorablemente por la prensa y por todas aquellas que se imponen y siguen con interés el curso de ellos. Como no podrá ocultarse a su buen

[133] *Ibídem,* págs. 25, 583 y 584
[134] *Ibídem*, págs. 7 y 19.

> juicio la trascendencia de semejante situación, omito manifestarle los conflictos graves y los fatales resultados que es fácil prever, continuando en ella. Así pues, me limito únicamente a rogar a Ud., fiado en sus buenos sentimientos patrióticos y en sus naturales ideas por el bienestar de la República, que procure caminar de acuerdo con el Gobierno, no solamente prestándole su personal ayuda, sino procurando también la cooperación de los buenos amigos con quienes Ud. cuenta en la respetable Corporación a que pertenece... Porfirio Díaz".[135]

El anterior documento, visto con más detenimiento, nos permite advertir que la Suprema Corte no siempre estuvo sumisa y dependiente del General Díaz, sino que éste, tuvo que recurrir al peso de su influencia y a la amenaza para obtener las resoluciones según conviniera a sus intereses o la de sus adeptos. En síntesis, el siglo XIX como se pretende sostener en esta tesis, la protección y tutela de los derechos político – electorales en México fue nula.

3.2.2. Siglo XX.

En el paradigmático siglo XX, la justicia electoral tuvo una evolución constante; su historia y formación está influida notablemente por los acontecimientos políticos del país, por los intereses de la élite gobernante y en los pactos entre los grupos de poder por fijar reglas claras de acceso a los cargos públicos.

[135] La Suprema Corte de Justicia durante el fortalecimiento del Porfiriato, 1882-1888, Suprema Corte, México 1991, pág. 454.

a) 1917 A 1945.

Es una etapa que se denomina de la sobre posición de la política a la justicia. Durante su vigencia, la Corte no entró nunca a la esfera de la disputa de las cuestiones electorales.

Este es un ciclo histórico donde los órganos electorales están bajo el control del presidente municipal, del gobernador, o del grupo mayoritario en las Cámaras de Diputados y Senadores, que como ya sabemos, en el período que va de 1920 a 1935, lo serán los diputados y senadores adheridos y serviciales a los generales Álvaro Obregón o Plutarco Elías Calles.

Por otra parte, ya que esta época sí está marcada por la enorme reglamentación electoral de las entidades federativas, es necesario al menos proporcionar los elementos comunes que nos permiten estudiarlas en conjunto.

Casi todas nuestras entidades comparten los elementos fundamentales o irreductibles de todo proceso electoral, como son: *organismos electorales, participación ciudadana, electores, mecánica y cronología electoral, requisitos de elegibilidad, formatos de documentación electoral, conductas sancionables por la Legislación Electoral, órganos de calificación, causas de nulidad de votos, de votación en secciones, y de la totalidad de la elección*, entre otros.

Si bien existen diferencias precisas, tomando en cuenta el quehacer político de las entidades, entre las Leyes Electorales promulgadas entre los años 1917 a 1945, es evidente que desde entonces se inició la tendencia a enriquecer la presencia y participación de los ciudadanos y de las organizaciones de éstos, así como el tratamiento a hechos y conductas que

propician la orientación del sufragio, el manejo indebido de documentación electoral y la posibilidad de alterar resultados electorales, como se advierte de la regulación que hace el legislador en esos años sobre una cronología electoral, más rígida y clara, el diseño en el texto de la Ley de formas para la documentación electoral como las boletas y actas, y la aplicación de sanciones para el incumplimiento de los deberes electorales.

Al expedirse la Constitución Política de 5 de febrero de 1917, se introducen importantes cambios en la vida política electoral, a partir de los cuales las leyes de la materia desarrollan sus nuevos contenidos.

Las Constituciones de las entidades no sólo reproducen los principios sobre los que descansa la forma de gobierno, republicana, representativa y popular, sino también *la división de poderes; la elección periódica de los gobernantes; la elección directa del titular del Poder Ejecutivo, de los diputados y de los ayuntamientos; la integración del Poder Legislativo en razón del número de habitantes; los requisitos de elegibilidad para los cargos de elección popular; la ciudadanía estatal; el régimen de derechos y obligaciones de los ciudadanos, las causas de su pérdida y suspensión; la calificación de las elecciones de diputados y de gobernador por el Colegio Electoral de la Legislatura.*

b) 1946 A 1976.

Son treinta años que se convierten en la época más oscura y deprimente de la justicia electoral en México. La intervención del Poder Ejecutivo Federal en la organización de las elecciones queda establecida en la Ley Electoral Federal de 1946. El artículo segundo de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado desde años atrás estableció las funciones de la Secretaría de Gobernación, en su fracción IX, señalaba la facultad de:

"Intervención y vigilancia que en materia electoral le señalen las leyes[136]".

La Ley Electoral Federal de 1946 no sólo sentó las bases sobre las cuales habrían de desenvolverse los ordenamientos electorales subsecuentes, sino además otorgó expresamente al Poder Ejecutivo la facultad de intervenir en los procesos electorales.

Esa medida contribuyó a consolidar el poder presidencial, centralizando la toma de decisiones.

Por ejemplo, las entidades federativas dejan de generar reformas electorales propias a su dinámica política interna. En materia electoral a partir de 1946 y hasta la fecha, los estados de la República aceptan a pie juntillas, lo que el poder central de la Federación establezca[137].

El reformismo electoral de esta etapa se explica tomando en cuenta los conflictos en el seno de la familia revolucionaria, además de considerar la función que los procesos electorales fueron adquiriendo como fuente principal de legitimación, debido a la institucionalización de la lucha política y al abandono de las acciones militares para acceder al poder.

Son años a los que muchos autores identifican como la "*paz del PRI*". La esencia del sistema está en la capacidad y voluntad negociadora de manera autoritaria de un régimen que se sujeta siempre al margen del Derecho.

[136]Diario Oficial de la Federación, 30 de diciembre de 1939.
[137]Las excepciones serían en la década de los años noventa, en el estado de Baja California, la promoción de su propio registro electoral y en varias entidades la promoción de partidos regionales o locales.

Son tiempos como los define Gabriel Zaid, donde:

> "El supremo maquiavelismo del sistema consiste en ceder una y mil veces, ceder aquí y allá ante unos y otros; no antes de tiempo, no más de lo necesario, no fácilmente, no gratis, arrebatando muchas veces lo que ya había concedido; nunca ante la violencia, ni siquiera ante el Derecho, pero siempre ante la voluntad negociada[138]".

La transformación electoral justiciera tiene sólo como fin el ampliar un poco los espacios políticos para ciertos sectores sociales, ya fuera acrecentando el número de electores (el voto a la mujer, por ejemplo) o permitiendo una mayor representación a los partidos existentes.

El primer aspecto tuvo como fin ampliar el consenso acerca de las medidas practicadas por el cada vez más fuerte sistema presidencialista.

Es así como se inicia el paulatino otorgamiento de plenos derechos políticos a las mujeres. En esta etapa se modernizan los requisitos para que una organización se presente como partido político. Se formalizan las bases de un sistema de elección interno para designar a los candidatos que el partido político sostuviera en las elecciones; métodos de educación política de sus miembros; funciones, obligaciones y facultades de sus órganos de representación, y sanciones para aquellos de sus militantes que infringieran sus disposiciones internas.

Ninguna de las reformas electorales, entre 1946 y 1976, modificaron sustancialmente el sentido de la legislación electoral mexicana: se afirmó la intervención del Poder Ejecutivo en la organización de los comicios y se eliminó cualquier posibilidad de elecciones verdaderamente competitivas. El

[138]ZAID, Gabriel, *La economía presidencial,* México, Vuelta, 1987, pág. 105.

resultado no podía ser más desastroso, para el modelo paternalista, pues en las elecciones presidenciales de 1976, los mexicanos más que vivir una nueva elección presidencial asistieron a las urnas a validar con su voto un plebiscito electoral, pues solo hubo un candidato a ocupar la silla presidencial.

El abstencionismo llegaba en esos años a niveles del 60% o más, evidencia que convenció a los entonces gobernantes a discutir por primera vez desde la Revolución una reforma integral en materia político electoral.

Desde luego, la anterior clasificación y comentario no es la única, Jaime Cárdenas hace el siguiente estudio:

1. “El Poder Judicial es un poder débil en comparación con Estados Unidos y Europa.
2. **Perfil histórico:** Tradicionalmente sometido al Ejecutivo en turno.
3. **1824 a 1882**, el Poder Judicial tuvo un papel centralizador, ajeno a asuntos políticos, un mero tribunal de legalidad.
4. Durante el Porfiriato, fue sometido completamente.
5. **1917 a 1928**, el Poder Judicial vive una etapa de relativa independencia, pues la Constitución de 1917 estableció las bases de independencia judicial y suprimió la Secretaría de Justicia.
6. **1928 a 1940**, el Poder Judicial se somete a un régimen no democrático institucionalizado, se suprime la independencia judicial y se deroga la inamovilidad judicial.

7. **1944 a 1986**. Es un periodo de auto atención interna, se recupera la inamovilidad judicial de 1917."[139]

De igual forma, el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en su obra sobre la teoría constitucional de México, realiza un singular estudio sobre el papel del Poder Judicial Federal a partir de la Constitución de 1917, clasificando las siguientes etapas:

1. **1916 -1917**. Órgano cuya competencia estuvo encaminada a proteger derechos individuales.
2. **1928 – 1944**. Se incorporaron cambios para satisfacer las pretensiones de Álvaro Obregón.
3. **1951 – 1982**. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se dedica combatir el rezago.
4. **1988 – 1999**. Nuevo diseño constitucional para satisfacer las exigencias de la nueva comprensión constitucional.
5. Para el Ministro Cossío, la función del Poder Judicial es ser garante de Derechos Fundamentales.[140]

De las clasificaciones previas, se puede deducir como elemento común, que la función del Poder Judicial se ha valorizado con el tiempo, convirtiéndose, a través de reformas y de la transición al régimen democrático en un poder que equilibra la arquitectura constitucional. Las primeras dos clasificaciones son muy críticas de la función judicial, principalmente, en cuanto a garante de derechos político – electorales.

Es importante revisar las principales tesis que sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante esta etapa, a fin de evidenciar que

[139] CÁRDENAS, Gracia Jaime, *Una Constitución para la Democracia: propuestas para un nuevo orden constitucional*, 1ª. Reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 171 y siguientes.
[140] COSSÍO, Díaz José Ramón, *La Suprema Corte y la Política Constitucional, Política y Gobierno*, Vol. VIII, núm. I, Ier. Semestre, 2001, páginas 61 a 115.

efectivamente no existía una tutela de los derechos político – electorales en México y que el juicio de amparo estuvo restringido en su procedencia[141]:

Rubro	Criterio	Datos de identificación
DERECHOS POLÍTICOS (CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR)	El caso típico de derechos políticos es de los derechos para desempeñar cargos de elección popular, y su violación no da lugar al juicio de amparo, pues no es posible confundir garantías individuales con los derechos políticos, porque aquéllas están consignadas en los primero veintinueve artículos de la Constitución y en ninguno de ellos se garantiza el derecho a desempeñar cargos de elección popular. Además, las garantías son las taxativas impuestas al poder público, en relación con todos los habitantes de la República, mientras los derechos políticos son sólo para ciudadanos. La afectación de los derechos no es materia del juicio de garantías, pues aun cuando se pierdan los emolumentos por parte de aquel a quien se priva de un derecho político, pues siendo estos emolumentos consecuencia legítima de la función pública, y no procediendo el amparo en cuanto al derecho de que emanan, lógica y jurídicamente tampoco puede proceder en cuanto a sus efectos.	Quinta época. Amparo administrativo en revisión 8577/48. Eduardo Ochoa y coagraviados, 30 de abril de 1949. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	**No procede el amparo por no ser una garantía**	Quinta Época. Amparo

[141] NIETO, *et al, Op. Cit.,* p. 66.

Rubro	Criterio	Datos de identificación
	individual.	administrativo en revisión. 1518/49. Emilio Patatuchi y coagraviados. 6 de junio de 1949, mayoría de cuatro votos. Ponente: Nicéforo Guerrero.
DERECHOS POLÍTICOS.	**El juicio de amparo sólo procede por violación de garantías individuales.**	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 3174/45. Luis Felipe Benitez y coagraviados 21 de febrero de 1949. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Nicéforo Guerrero.
DERECHOS POLÍTICOS. (REGIDORES, PRIVACIÓN A LOS, DE SU CARGO)	Debe sobreseerse el amparo contra los actos consistentes en la **privación** del cargo de regidor de un ayuntamiento y las consecuencias y efectos de dicho acto	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 989/48. Felipe Palacios. 30 de agosto de 194º. Mayoría de 3 votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS. AMPARO EN CASO DE.	Si el quejoso está en un cargo esencialmente administrativo, aun cuando en determinados casos tenga funciones políticas, como la privación de él pudiera ser punto de estudio sobre si puede ser separado por disposición de la autoridad responsable, y si los procedimientos empleados tienen o no apoyo legal, de donde resultaría que las infracciones pudieran constituir una violación de garantías individuales, lo que no se puede juzgar *a priori*.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. 1141/47. 19 de abril de 1947. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Franco Carreño.
DERECHOS POLÍTICOS.	Si bien se ha establecido la jurisprudencia respecto de	Quinta Época. Amparo

Rubro	Criterio	Datos de identificación
	que el amparo no procede contra la violación de derechos políticos, si además de vulnerarse éstos, se conculcan derechos políticos individuales, como lo es la privación de los sueldos a que tenga derecho el agraviado, entonces cabe la concesión del amparo.	administrativo 1439/47. López Rasgado Adrián y coagraviados. 22 de marzo de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS. VIOLACIÓN DE	La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales, no sólo en los casos en que las autoridades gozan de facultades soberanas, discrecionales, sino en términos absolutos.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 9047/45. Medardo Castro J. y coagraviados. 1 de febrero de 1946. Unanimidad de cinco votos. Relator Franco Carreño.
DERECHOS POLÍTICOS.	No es el Poder Judicial Federal el competente para conocer de los problemas que se suscitan con motivo de la remoción de funcionarios que desempeñan cargos de elección popular, aun tratándose de los derechos patrimoniales que de tales cargos se derivan.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 8847/45. Chávez Anselmo Jr. 21 de febrero de 1946. Mayoría de tres votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	La tesis de que el amparo es improcedente es aplicable no sólo a casos en que las autoridades gozan de facultades, sino en términos absolutos.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 8847/45. Chávez Anselmo Jr. 21 de febrero de 1946. Mayoría de tres votos No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	**La violación de los derechos políticos no da lugar al amparo, porque no se trata de garantías individuales.**	**Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 3287/45. Carrola Antuna**

Rubro	Criterio	Datos de identificación
		Enrique. 23 de agosto de 1945. Mayoría de tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	La tesis de que el amparo no procede contra la violación de los derechos políticos, sólo se refiere a aquellos actos ejecutados en el ejercicio de una facultad soberana y no limitada.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 381/38. Ríos Martínez Cuauhtémoc. 1 de junio de 1938 unanimidad de cuatro votos. Relator: Alonso Aznar.
DERECHOS POLÍTICOS.	Aunque se ha establecido que es improcedente el amparo cuando se trata de reclamar contra un acto que prive a un individuo del derecho de ser nombrado o designado en el desempeño de un puesto público, esta tesis es insostenible cuando hecha la designación o el nombramiento, se ve injustamente separado de su puesto.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 3813/37. Federico Arrieta.18 de agosto de 1937. Unanimidad de cuatro votos Relator: Agustín Gómez Campos.
DERECHOS POLÍTICOS.	Cuando las constituciones locales correspondientes, no confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente acerca de la elección, suspensión o remoción de funcionarios, el amparo contra uno de esos actos puede no ser improcedentes.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 3813/37. 18 de agosto de 1937. Unanimidad de cuatro votos Federico Arrieta.
CARGOS PÚBLICOS NO SON DERECHOS POLÍTICOS.	Los derechos a desempeñar cargos públicos no son políticos y, por tanto, el amparo es procedente contra la privación de aquellos.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 5850/36. José Bello. 26 de noviembre de 1936. Unanimidad de cuatro votos. No se

Rubro	Criterio	Datos de identificación
		menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS. AMPARO CONTRA LA VIOLACIÓN DE	Si el presidente municipal y los regidores de un ayuntamiento, tienen funciones que en determinados casos sean políticas, las órdenes para que hagan entrega de sus puestos los afectan en lo individual, por lo que deben ser analizados y no desecharse la demanda.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. 2091/36. Ayuntamiento del pueblo de San Pedro Anicano, Municipio de San Acatlán, Estado de Puebla. 11de junio de 1936. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS, AMPARO POR VIOLACIÓN DE	**Es improcedente el amparo que se enderece por los miembros de un Ayuntamiento, contra la deposición de sus cargos, porque el derecho de desempeñar un empleo político es un derecho político, en cuanto que es una función inherente a la ciudadanía.**	**Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. 5636/35. Tintos Florencio. 28 de noviembre de 1935. Mayoría de cuatro votos. Relator Agustín Gómez Campos.**
DERECHOS POLÍTICOS. AMPARO POR VIOLACIÓN DE	La pérdida del cargo de un diputado, aprobada por el Congreso de la Unión es un asunto que tiene un carácter exclusivamente político, por lo que el Poder Judicial de la Federación no podría, sin sustituirse al criterio político de la mayoría de la propia Cámara de Diputados, examinar e problema constitucional. Razón por la cual debe desecharse la demanda.	Quinta Época. Amparo administrativo 5790/35. Balderas Manuel y coagraviado. 12 de diciembre de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Relator: José Ma. Truchuelo.
DERECHOS POLÍTICOS VIOLACIÓN DE	Si el quejoso solamente puede ser privado de los derechos políticos mediante un procedimiento previo establecido por la ley, no debe sobreseerse el juicio	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 4929/34. Nájera Rojas Mariano.16 de julio de

Rubro	Criterio	Datos de identificación
	de amparo, sino entrarse a estudiar el fondo de la cuestión.	1935. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Alonso Aznar.
DERECHOS POLÍTICOS, CONTRA ELLOS ES IMPROCEDENTE EL AMPARO.	El juicio de amparo es improcedente cuando no se trate de garantías, como sucede si se endereza contra la orden para suspender al quejoso como miembro de un ayuntamiento, ya que aquél resulta afectado en el derecho de desempeñar un cargo público, que es de naturaleza esencialmente política.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 224/34. Rafael Hernández Madrigal. 3 de marzo de 1934. Unanimidad de cinco votos. Relator: Luis M. Calderón.
DERECHOS POLÍTICOS	Si el acto reclamando consiste en la negativa de las autoridades a inscribir las planillas de candidatos para las elecciones, es evidente que se trata de un acto de carácter político, y siendo el amparo únicamente para la protección de las garantías individuales, es improcedente el amparo.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 4040/30. Arnulfo Morales.7 de abril de 1931. Unanimidad de cuatro votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	El amparo es improcedente cuando en él se reclaman derechos políticos y no garantías individuales, sin que pueda tomarse en consideración la circunstancia generalmente alegada por los quejosos, de que se les priva de los sueldos, toda vez que dichos sueldos no son sino consecuencias de la investidura política.	Quinta Época. Amparo en revisión 3309/28. Vidrio Guerra Manuel. 26 de septiembre de 1930. Unanimidad de cinco votos. Relator: Daniel V. Valencia.
DERECHOS POLÍTICOS.	**El amparo tiene por objeto reparar las violaciones que las autoridades cometan contra las garantías individuales, pero no contra los derechos**	Quinta Época Amparo administrativo 2251/29. Zincunegui. 18 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos. Tercero

Rubro	Criterio	Datos de identificación
	políticos.	Leopoldo. Relator: Luis M. Calderón.
DERECHOS POLÍTICOS.	Los derechos políticos no pueden ser objeto de la protección federal, porque el artículo 14 de la Constitución, al proteger los derechos, clara y expresamente se refiere a los derechos privados de la persona o de la propiedad privada, que caen dentro de la jurisdicción del Poder Judicial. Como los derechos políticos no son justificables ante los tribunales, y no puede haber contienda sobre ellos, es inconcuso que no han quedado protegidos por el citado preceptos constitucional.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión 2936/28. Manuel Viena. Mayoría de cinco votos, Disidentes: Gustavo A. Vicencio, Ricardo B. Castro y Francisco M. Ramírez. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	**El amparo se ha instituido para proteger derechos del hombre y no los del ciudadano.**	Amparo administrativo en revisión. Salvador Zuno.12 de junio de 1928. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	**Es improcedente conceder la suspensión.**	**Quinta Época. Amparo administrativo revisión del incidente de suspensión. González Francisco D. 16 de marzo de 1921, Unanimidad de 8 votos. No se menciona el nombre del ponente.**
DERECHOS POLÍTICOS	**Si bien se ha establecido la jurisprudencia respecto de que el amparo no procede contra la violación de derechos políticos, si además de vulnerarse éstos se conculcan derechos**	**Quinta Época. Amparo penal en revisión 774/26. Chávez J. y coagraviado. 19 de agosto de 1926, mayoría de seis votos. Disidentes:**

Rubro	Criterio	Datos de identificación
	político individuales, entonces cabe la concesión del amparo	**Francisco Modesto Ramírez y Teófilo H. Orantes, Excusa: Jesús Guzmán Vaca. No se menciona el nombre del ponente.**
DERECHOS POLÍTICOS	**Cuando en su violación puedan existir, involucrados, violaciones de garantías individuales, cabe la demanda de amparo que por la primera se pida.**	**Quinta Época. Amparo administrativo. Peniche Morales Diego y coagraviados. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Francisco Díaz Lombardo. No se menciona el nombre del ponente.**
DERECHOS POLÍTICOS	Cuando conjuntamente con la violación de un derecho político, se reclaman actos que entrañan la violación de garantías individuales, no cabe aplicar la jurisprudencia de la Corte que los limita	Quinta época.- Amparo administrativo en revisión 2132/24. José Guerra Alvarado. 29 de diciembre de 1925. Mayoría de 8 votos. Disidentes: Ernesto Garza Pérez y Francisco Díaz Lombardo. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	Aun cuando se trate de derechos políticos, si el acto que se reclama puede entrañar también la violación de garantías individuales, hecho que no se puede juzgar a priori, la demanda de amparo debe admitirse.	Quinta Época. Amparo 3560/24. Emeterio Flores y coagraviados.23 de enero de 1925. Unanimidad de nueve votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	La suspensión de ellos por virtud de lo dispuesto en la fracción II del artículo 38	Quinta Época. Amparo Penal. Domínguez Ulrico. 14

Rubro	Criterio	Datos de identificación
	constitucional es de orden público y, en consecuencia, no puede ser interrumpida por la suspensión del amparo.	de noviembre de 1924. Unanimidad de once votos. José María Sánchez. 19 de diciembre de 1924. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	Cuando su violación puede entrañar también la de garantías individuales, la demanda debe admitirse.	Quinta Época. Amparo mixto. Revisión del auto de improcedencia José María Sánchez. 19 de diciembre de 1924. Mayoría de cinco votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	**Contra su violación es improcedente admitir el juicio de garantías.**	Quinta Época. Amparo administrativo. Jesús Botello como síndico del ayuntamiento de Zaragoza. 4 de enero de 1924. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	Cuando el amparo se endereza contra actos que violan garantías político individuales, es procedente admitir la demanda.	Quinta Época. Amparo administrativo. Raymundo Aragón y coagraviados. 28 de marzo de 1924. Mayoría de siete votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	Si la violación de derechos políticos involucra la de garantías constitucionales, debe admitirse.	Quinta época. Antonio Alcocer y coagraviados. 27 de junio de 1924. Mayoría de siete votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	Para reclamar su violación es improcedente el juicio de garantías	Quinta Época. Amparo administrativo. Revisión del auto de

Rubro	Criterio	Datos de identificación
		improcedencia. Andrés Galeana. 17 de agosto de 1923. Unanimidad de 11 votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	Cuando el amparo se refiere no sólo a derechos políticos, sino a actos que importan la imposición de una pena, no es procedente desechar la demanda.	Quinta Época. Amparo administrativo. Epitacio González y coagraviado. 21 de septiembre de 1923. Unanimidad de 10 votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	Juntamente con el derecho adquirido para desempeñar el cargo, nacen otros derechos de carácter civil, que, de ser vulnerados, tienen que afectar directamente a las personas electas.	Quinta época. Amparo administrativo en revisión. José Falcón y coagraviados. 25 de octubre de 1923. Mayoría de cinco votos.
DERECHOS POLÍTICOS	Cuando conjuntamente con los derechos políticos, se reclaman en el amparo, los derechos individuales, no es aplicable la jurisprudencia de la SC	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. José Falcón y coagraviados. No se menciona al ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	Habiéndose instituido el juicio de amparo para proteger las violaciones de derecho que sean inherentes al hombre, no puede reclamarse por ese medio las violaciones de derechos políticos, supuesto que éstos no constituyen una garantía individual.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. José Falcón y coagraviados. No se menciona al ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	Por ellos debe entenderse toda acción que se encamine a la organización de los poderes públicos, a la conservación de los	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. José María Sánchez. 26 de

Rubro	Criterio	Datos de identificación
	mismos, o a la de su funcionamiento, todo acto que tienda a establecer esos poderes, impedir su funcionamiento o destruir la existencia de los mismos o su funcionamiento, son actos que importan derechos políticos.	octubre de 1923. Mayoría de 8 votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	Todo acto de amparado por las leyes constitucionales o de derecho público, venga a fundar el modo como se afirme el poder público o se desarrolle en sus funciones o venga a hacerlo desaparecer, debe calificarse como un derecho político.	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. José María Sánchez. 26 de octubre de 1993. Mayoría de 8 votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	Contra la violación de los derechos políticos es improcedente el juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales.	Quinta Época. Amparo administrativo. Revisión del auto de improcedencia. Díaz Asunción. 16 de febrero de 1923. Unanimidad de 10 votos. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS	La violación de los derechos políticos no puede ser reclamada vía amparo.	Quinta Época. Amparo administrativo. Willibaldo Murillo y coagraviados. 29 de julio de 1922. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	**No pueden ser reclamados en la vía de amparo, porque su violación no ataca ninguna garantía individual**	Quinta Época. Amparo penal. José Rocha y coagraviados. 1 de agosto de 1922. Unanimidad de 8 votos. No se menciona el nombre del ponente.

Rubro	Criterio	Datos de identificación
DERECHOS POLÍTICOS	Si bien es cierto que el amparo es improcedente, también lo es que cuando juntamente con la privación de esos derechos se impone alguna pena, debe admitirse el amparo.	Quinta Época. Amparo administrativo. José Enríquez. 11 de agosto de 1922. Unanimidad de 9 votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	**Cualquier infracción de un derecho político no puede remediarse por medio del amparo, supuesto que no es la violación de una garantía individual.**	Quinta Época. Amparo administrativo en revisión. Basilio Vadillo. 26 de octubre de 1922. No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	La jurisprudencia no puede aplicarse a los casos en que se pida amparo contra determinaciones judiciales que imponen una pena que, si bien puede afectar los derechos políticos, también puede violar garantías individuales.	Quinta Época. Amparo penal. Eustaquio Mendoza. 24 de febrero de 1922. Mayoría de nueve votos No se menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	No pueden ser reclamados mediante el juicio de garantías.	Quinta Época. Amparo administrativo. Guadalupe Carcaño y coagraviados.
DERECHOS POLÍTICOS.	**Los actos que lesionan derechos políticos no son reclamables en la vía de amparo, porque no se trata de garantías individuales.**	Quinta Época. Amparo administrativo. Casiano Basave y coagraviados. 16 de febrero de 1921. Unanimidad de diez votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	Contra ellos es improcedente conceder la suspensión porque no tratándose de derechos patrimoniales los prejuicios que sufre el quejoso, no son de difícil reparación.	Quinta Época. Amparo administrativo. Francisco González. 16 de marzo de 1921. Unanimidad de ocho votos. La publicación

Rubro	Criterio	Datos de identificación
		no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	**La violación de los derechos políticos no puede reclamarse en vía de amparo.**	Quinta Época. Amparo administrativo. Presidente y los ediles del ayuntamiento de Acayucán.4 de septiembre de 1920. Unanimidad de diez votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS.	**La lesión de garantías individuales no importa la lesión de derechos políticos.**	Quinta Época. Amparo administrativo. Alfredo Robles Domínguez. 15 de diciembre de 1920. Unanimidad de 11 votos.
DERECHOS POLÍTICOS.	Las disposiciones del artículo 14 constitucional, respecto de la retroactividad de la ley, no excluyen a las personas morales, ni a los derechos políticos.	Quinta Época. Amparo administrativo. Presidente municipal de Tehuacán. 18 de marzo de 1919. Mayoría de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
DERECHOS POLÍTICOS. ACTOS DERIVADOS DE SU EJERCICIO.	La solicitud de nulidad de votos es un acto derivado de otro de carácter político. Por ello, es improcedente el amparo.	Quinta Época. Amparo 965/46. Partido Liberal nuevoleonés y coagraviados.
DERECHOS POLÍTICOS. NO ES IMPROCEDENTE EL AMPARO CONTRA ELLOS, CUANDO SON ENJUICIABLES CONFORME A LA LEY RELATIVA.	Cuando en el amparo se reclaman derechos políticos, si el quejoso no puede ser privado de ellos sino mediante un procedimiento previo estatuido por la ley que rige tales derechos, no es el caso sobreseer sino de entrar a estudiar el fondo.	Quinta Época. Amparo 4064/34. Regidores del Ayuntamiento Municipal de Apetatitlán.
DERECHOS POLÍTICOS. DESAFUERO ORDENADO	El amparo sólo es procedente cuando se	Amparo 2452/29. Abraham Araujo.

Rubro	Criterio	Datos de identificación
POR UNA LEGISLATURA	reclaman en él garantías individuales y no derechos políticos.	

De los anteriores criterios que sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación podemos comentar que:

Los argumentos para declarar la improcedencia del juicio de garantías en materia político - electoral no han sido pocos. Si bien la Suprema Corte ha abandonado dicho criterio, considerando a los derechos políticos son derechos humanos, discusiones impulsadas por la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, argumentos que históricamente, los podemos reconstruir de la siguiente forma:

a) **Los derechos políticos no son garantías individuales**, por no estar contemplados en el título primero de la Constitución. Esta visión se considera sumamente cerrada, pues es evidente que su ubicación en un texto, no es el único elemento que puede ser considerado para considerar a un derecho como garantía individual.

Además, el concepto garantías individuales ha tenido una connotación restrictiva y se encuentra en retirada en muchos países donde el término derechos fundamentales emerge como la categoría de ejercicio de libertades básicas más importante.

b) **El segundo argumento, que tiene que ver con la desvinculación entre la Suprema Corte y la política es inválido si se considera que aquélla es cabeza de sector de uno de los poderes del Estado mexicano**. Por otra parte, tiene la función de intérprete constitucional supremo y, en tal virtud, su papel es fundamental para el desarrollo del Estado y la regulación del sistema político.

El hecho de que el Poder Judicial interprete la Constitución, lo faculta para conocer de asuntos de carácter político (por ejemplo las acciones de inconstitucionalidad o las controversias constitucionales) y, en consecuencia, no puede desvincularse de esta función.

c) **Los derechos políticos no tienen la misma estructura que las garantías individuales**: son temporales y están limitadas a los ciudadanos. Se trata de restricciones adecuadas, pero se tiene que considerar, además, que la temporalidad (cada tres años) puede variar en caso de elecciones extraordinarias o mecanismos de participación ciudadana, y que, incluso, no todas las garantías individuales (o sociales) se ejercitan a diario (como podría ser el derecho de petición o de asociación, o los derechos de protección a la salud, por ejemplo).

c) De las leyes de1977 al 2006.

Esta etapa es la que en el complejo mundo electoral mexicano proporciona los mayores cambios y las más profundas reformas en el tema de la justicia electoral. Son 30 largos años hasta hoy día, donde la realidad política supera con mucho a la norma escrita y obviamente a cualquier aparato de justicia.

José López Portillo, en la exposición de motivos de la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, producto de la llamada "*reforma política*" de 1977, dice que la reforma tiene como objetivo sólo "***reducir el margen de lo arbitrario***", el presidente de entonces nunca mencionó erradicar la arbitrariedad electoral, sólo dijo: "reducirla"[142].

[142] LÓPEZ PORTILLO, José, "Exposición de Motivos a la Iniciativa de Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales", *Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales*, México, *Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral,* junio de 1978, págs. 7-19.

Por cierto, es necesario señalar que en México ya se conocía el vasto catálogo de las múltiples maneras en que se podía violentar la legalidad electoral y, por ello, muchos explican también entre otras razones, el abstencionismo acelerado:

> "Casillas electorales que no se instalan, mesas directivas de casilla que no se presentan, casillas que cerraban temprano y no recibían la votación que todavía estaba fluyendo, representantes de partidos no aceptados en las casillas, electores trashumantes que van de casilla en casilla engrosando la votación de un partido, falta de listas electorales en las casillas, amenazas a los funcionarios de casilla, casillas en que el escrutinio solo arroja votos para un partido y ni uno solo, ni siquiera el de los representantes de éstos, a los partidos de oposición, candidatos ganadores que tenían en su contra órdenes de aprehensión por fraude, abuso de confianza y hasta homicidio, paquetes electorales alterados, urnas quemadas o perdidas, etcétera.[143]

- Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Otro aporte de la reforma de 1977, lo es la adición que hizo el legislador al artículo 60 Constitucional cuando se crea el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contra las resoluciones dictadas por el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados al calificar la elección de los aspirantes a formar parte de la misma.

La Suprema Corte, al conocer el recurso, verificaría los planteamientos que formulara el reclamante y determinaría si existieron

[143] GRANADOS, Chapa, Miguel Ángel, *Votar para qué*, México, Océano, 1985, pág. 103.

violaciones en el desarrollo del proceso electoral o en la calificación de la misma.

En la exposición de motivos esta reforma sustancial requería de una explicación, el legislador señaló:

> "Es propósito dejar asegurada la independencia de la Suprema Corte de Justicia, por lo que en los casos (de anulaciones) actuará sólo como tribunal de derecho y no como un órgano político electoral; analizará los hechos tal como aparezcan probados y resolverá de acuerdo con los elementos de convicción que se le presenten. Las resoluciones que se emitan tendrán carácter declarativo y, en consecuencia no convalidarán ni anularán la calificación hecha por los colegios electorales[144]".

La ley secundaria determinaría los requisitos de procedencia y el trámite a que se ajustaría el recurso de reclamación, con el fin de que, a través del mismo, exclusivamente se plantearan los casos de violaciones sustanciales, cuya trascendencia fuese determinante en los resultados de una elección particular. Las resoluciones de la Corte se harían de conocimiento de la Cámara de Diputados, la que teniendo en cuenta la declaración de la Corte, resolvería en forma definitiva.

No está por demás recordar cómo funcionó esta reforma en 1979; en el primer año de su aplicación el extinto Partido Auténtico de la Revolución Mexicana presentó dos reclamaciones y cuatro el Partido Acción Nacional. En los seis casos la Corte resolvió que eran infundadas las reclamaciones de esos partidos.

[144]LÓPEZ Portillo, José, "Exposición de motivos a la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Reforma Política. Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral*, junio de 1978, págs. 9-30.

> “Los seis casos presentados a la Corte fueron examinados en una sola sesión y resueltos, todos, por unanimidad del os 18 ministros presentes.[145]”

Como ya señaláramos, a partir de 1977 se incrementaron paulatinamente y en forma gradual las reformas constitucionales que inciden en la historia de la justicia electoral. Llegó el momento histórico en que las elecciones pasaron de ser mecanismos legitimadores, sin mayores conflictos para el Estado, a un terreno de disputa, en el que la oposición partidaria fue ganando espacios de acción política, con votos.

Esto se ejemplifica de mejor manera si recordamos las elecciones estatales que suceden a partir de la década de los años ochenta, donde se fue rompiendo el modelo de pluralismo político sin alternancia, por un sistema competitivo incipiente, pero real. Los años ochenta se distinguen por la intensa presencia electoral de los partidos de oposición que ya no mostraron el aislamiento, la singularidad y la excepción de triunfos electorales como los de León en 1946, San Luis Potosí en 1958 o Mérida en 1967.

En 1987, se vuelve a reformar el artículo 60 constitucional para restablecer el sistema clásico de autocalificación, es decir aquel en que cada Cámara, como máxima autoridad de la representación popular, califica las elecciones de sus propios miembros y resuelve las dudas que haya sobre ellas.

El entonces presidente, Miguel de la Madrid, comentó que:

[145]GRANADOS, Chapa, Miguel Ángel, *Votar Op. Cit.,* pág.106.

> "De una renovación electoral integral que mantenga, perfeccione y fortalezca nuestro sistema mixto de representación; que uniforme los procedimientos de autocalificación electoral confiados a las cámaras; que enfatice y traduzca en nuevos instrumentos concretos de acción la corresponsabilidad que en el proceso electoral pertenece a la sociedad entera; partidos, asociaciones, ciudadanos y gobierno en fin, que instituya un sistema adecuado de planteamiento y solución de las diferencias que correspondan al contencioso electoral".[146]

- Tribunal de lo Contencioso Electoral (TRICOEL).

En esta nueva ley se deroga el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia y se propone la institución de un Tribunal

> "que tendrá la competencia que la propia ley le fije y cuyas resoluciones serán obligatorias[147]".

Sus resoluciones sólo podrían ser modificadas por los Colegios Electorales de cada Cámara, que serían la última instancia en la calificación de las elecciones; resoluciones que tendrían el carácter de definitivas e inatacables.

De conformidad con lo anterior, el Código Federal Electoral de 1987 señaló que el Tribunal de lo Contencioso Electoral sería el organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de plena autonomía para resolver los recursos de apelación y queja.

---

[146] DE LA MADRID, Hurtado, Miguel, *Iniciativa de reforma a los artículos 52, 53, 54, 60, 77 y 18 transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Código Federal Electoral, México*, Comisión Federal Electoral s/f, págs. 15-49.
[147] *Ibídem*, pág. 42.

Las elecciones presidenciales de 1988 fueron el detonante para desconfiar en la legitimidad de los colegios electorales y a su vez, en la prepotente fórmula de la "*decisión por mayoría*". Se había agotado ya el modelo político de la autocalificación.

Otro magistrado lo recuerda bien:

> "Mediante entendimientos y negociaciones entre los partidos políticos e imposiciones de la mayoría, se recompuso la integración de la Cámara, inclusive llegando al absurdo de no modificar las votaciones de las elecciones en que se alteraba el resultado final, en lo que algunos candidatos que recibieron la acreditación de sus triunfos lo lograron con menos votos, formalmente, que el que resultó perdedor. Sin duda, agosto-septiembre de 1988 fue el inicio real del proceso en el que se sentenció a muerte a los colegios electorales".[148]

Sin duda, las elecciones de 1988 sirven para hacer evidente la necesidad de judicializar la solución de los conflictos político electorales.

- Instituto Federal Electoral y Tribunal Federal Electoral.

En 1990, se reforma nuevamente la Constitución; los daños provocados por una elección cuestionada de 1988, trajeron un resultado apetecible para quienes veían cómo se cerraba el proceso democrático en nuestro país. Consecuencia de ello, fue el nuevo Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, de 15 de agosto de 1990.

Este nuevo ordenamiento establece que la función estatal de organizar elecciones se realice a través de un organismo público al que se

[148]FRANCO, González Salas, José Fernando, "Testimonios….*Op. Cit.,* pág.107.

dota de personalidad jurídica y patrimonio propio, el Instituto Federal Electoral (IFE) que será autoridad en la materia, profesional en su desempeño y autónomo en sus decisiones. Se le exige que al ejercer dicha función, oriente sus actividades *conforme los principios rectores de certeza, legalidad, imparcialidad, objetividad y profesionalismo*. Se integra por consejeros y consejeros magistrados designados por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y por representantes de los partidos políticos.

Asimismo, se dispone que la ley establezca un sistema de medios de impugnación de los que conozcan el nuevo IFE y un Tribunal autónomo, en cuanto órgano jurisdiccional en materia electoral, el llamado Tribunal Federal Electoral (TRIFE).

En los términos de la reforma de aquel año, y de la ley reglamentaria, le correspondió al IFE resolver los recursos administrativos de aclaración y revisión en tanto que al Tribunal Federal Electoral se le confirió competencia para resolver los recursos jurisdiccionales de apelación e inconformidad.

El Tribunal Federal se fue fortaleció a pesar de competir con el Poder Legislativo en la calificación de diputados y senadores. Un *sui géneris* sistema mixto de heterocalificación electoral.

En 1991, y ante una increíble victoria electoral del Partido Revolucionario Institucional en las elecciones federales de ese año, siguió la crítica de los partidos de oposición a los colegios electorales.

Se esgrimía como argumento principal en su contra que nadie podía ser juez y parte de su propia causa, en virtud de que esas instancias se integraban precisamente con los presuntos legisladores, o representantes

de ellos, cuya elección se trataba de calificar para, en su caso, hacer la declaratoria de validez y apego de la misma a la legalidad.

Ahora bien, desde finales de la década de los años ochenta, la competencia política fue toda una novedad en el país. Las elecciones se convirtieron en la apuesta principal de todos los actores políticos organizados. Es un espacio donde algunos partidos de oposición van a preferir actuar con la estrategia reformista y gradualista que acompaña nuestra historia electoral. Se buscan primero los favores gubernamentales más que el reconocimiento a la alternancia del poder.

Hasta el año 2000, esta manera de actuar se define por ser un escenario donde las burocracias de los partidos y los burócratas de las oficinas ejecutivas se convierten en los verdaderos centros de responsabilidad y decisión. Las burocracias se erigen en los únicos focos de control y definición de las disputas político electorales.

En pocas palabras, las concertacesiones, como bien lo resume Arturo Núñez:

> "La consolidación gradual en el país de la cultura de la legalidad, la construcción progresiva de un Derecho Electoral sustantivo y adjetivo, la formación de una magistratura capacitada y experimentada en las especificidades de los litigios comiciales y la disponibilidad en los partidos políticos de cuadros especializados en la materia, llevaron en 1993 a las fuerzas políticas a dar un paso decisivo en la judicialización plena de las controversias electorales".[149]

[149] NÚÑEZ, Arturo, "La Justicia en México. Un testimonio sobre el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación", *Testimonios…, Op. Cit.,* págs. 266 y 267.

Así en 1993, cuando se eliminan los colegios electorales de las Cámaras de Diputados y de Senadores, transfiriendo a los órganos del IFE, a nivel distrital en el caso de los diputados de mayoría relativa, a nivel local de entidad federativa en el de los senadores, y a nivel nacional en tratándose de los diputados de representación proporcional, hacer la declaratoria de validez de la elección correspondiente, facultándolos para otorgar las respectivas constancias de mayoría y de asignación proporcional, siempre que así procediera.

El viejo sistema de autocalificación se elimina en 1993, y se asume la heterocalificación con criterios jurídicos a cargo del TRIFE, cuyas resoluciones pasaron a ser a partir de entonces definitivas e inatacables sobre la elección de diputados y senadores. La calificación final de la elección presidencial, como sabemos, siguió en manos de los diputados por última vez hasta 1994.

- Participación del Poder Judicial de la Federación.

La Reforma de 1993 trajo la incorporación del Poder Judicial en la integración del Tribunal Federal Electoral, a través de los magistrados que formarían parte de la también entonces creada Sala de Segunda Instancia.

Sería la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que propondría a dichos magistrados, cuya designación era responsabilidad, para cada proceso electoral, de la Cámara de Diputados o de la Comisión Permanente.

Se concretaron reformas en la Constitución General de la República, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Código Penal Federal y la

nueva Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

El Senado, en su exposición de motivos para aprobar dichas reformas constitucionales precisaba:

> "Que todas las fases de los procesos electorales deben ajustarse estrictamente a las normas jurídicas aplicables y a su recta interpretación, desde la fase previa al registro y empadronamiento de los ciudadanos con derecho al sufragio, hasta la etapa casi final de la decisión de los recursos y el paso definitivo de la calificación electoral. En ningún momento el proceso debe abandonar el cauce legal. Debemos evitar de una vez y para siempre que los conflictos poselectorales se diriman al margen del derecho y que se destierren las negociaciones cupulares que negocian, al margen de la voluntad ciudadana, los votos emitidos"[150].

Esta posición daba un golpe fuerte a la negociación burocrática y contraria como cultura, a toda transparencia política. Con estos cambios legales el acceso al poder en México, por primera vez en su historia se pretendía completar delimitando tanto la legalidad como la legitimidad democráticas.

- Incorporación del Tribunal Federal Electoral al Poder Judicial de la Federación.

Son muchas e importantes decisiones adoptadas en relación con la justicia electoral, pero la de mayor trascendencia fue la de incorporar al

[150] Génesis de la reforma político electoral de 1996", *Revista del Tribunal Electoral del Estado de México*, Toluca, México, número 3, octubre 1996, pág. 223.

Tribunal Federal Electoral al Poder Judicial de la Federación como órgano especializado del mismo.

Las elecciones federales de 1997 y las elecciones locales en la República hasta el año 2000, son ejemplos de que la judicialización de los comicios fue una decisión acertada. Sin embargo, las elecciones presidenciales de 2000 y 2006 nos mostraron la parte negativa de la justicia electoral, en la insensibilidad de los encargados de organizar y dar certeza al voto popular.

En el año 2000, los partidos PRI y PAN comprobaron que violar la ley era *peccata minuta*. Ni el llamado "*Pemexgate*" ni las transgresiones de "los amigos de Fox", impactaron en el espacio de la representación política. El PRI pagó una multa de 900 millones de pesos y el PAN de 400, pero no perdieron ni el poder ni el registro partidario. Aprendieron de inmediato que aun considerando el monto de la sanción es mayor la ganancia que se obtiene y la infracción se justifica, así sea el de romper topes de campaña, o solicitar apoyo del exterior.

En el 2006, como dijo un reputado periodista, al PAN le resultó más barato quebrantar la ley que en el año 2000:

> "Sólo un rozón, ni siquiera una reprimenda al presidente de la República, que con su indebida intervención afectó el proceso de este año, pero no de modo determinante", como lo dijo el Tribunal Electoral[151].

La historia que construyó el Tribunal en diez años no era mínima. El Tribunal se acreditó al dirimir todo tipo de asuntos. Basta recordar que no

[151]GRANADOS, Chapa, Miguel Ángel, "Plaza Pública", *Reforma*, 9 de septiembre de 2006.

aceptó doblegarse al cacicazgo cerverista en el estado de Yucatán y que anuló comicios tramposos para elegir gobernador en Tabasco y Colima.

Las tesis de jurisprudencia emitidas a lo largo de los años son ejemplares, particularmente si se toma en cuenta que el sistema de justicia evolucionó de un órgano jurisdiccional que contaba con atribuciones limitadas a otro de plena jurisdicción, en el cual el Tribunal tiene atribuciones para resolver, en forma definitiva e inatacable, los asuntos de su competencia y, en su caso, decretar las nulidades correspondientes, como lo recuerda el ex magistrado Jesús Orozco.[152]

3.3. La Reforma Constitucional y legal 2007 y 2008.

Las últimas reformas constitucionales en materia electoral propuestas inicialmente en el Senado de la República, como Cámara de Origen y aprobadas por el Poder Constituyente durante el mes de octubre y finalmente publicadas por el Ejecutivo el 13 de noviembre de 2007, inauguran desde mi punto de vista, la cuarta etapa de reformas electorales desde que el 6 de febrero de 1917 apareció la primera ley electoral de la posrevolución, que ayudan a explicar el gradualismo y la consecuencia a partir de la definición que hacen los grupos de poder de la justicia electoral mexicana de los últimos 90 años.

Una primera etapa que va de 1917 a 1945, donde se privilegió la política y la moral por encima de la legalidad escrita. Una segunda que transcurre de 1946 a 1976, la cual representa el modelo más autoritario de control sobre los procesos eleccionarios. La intervención del poder ejecutivo sobre todas las etapas del proceso comicial, sigue siendo históricamente la etapa más oscura de la justicia electoral. El período de 1977 a 2006 se

[152]OROZCO, Henríquez, J. Jesús, "Panorama sobre el régimen federal de nulidades en materia electoral", *Testimonios…, Op. Cit.,* pág. 507.

define como el escenario donde la competencia partidista y los Tribunales Electorales se enfrentaron a un régimen tramposo por antonomasia.

Esta etapa, que se inició en noviembre de 2007, nos confirma dos situaciones: la inicial es que se corrobora el papel histórico que está intentando jugar el Poder Legislativo pues es allí donde se promueve una reforma integral por encima de la decisión del Poder Ejecutivo, y, otra más trascendente, donde finalmente se acepta que ***las elecciones mexicanas han sido claramente ejemplo y producto de una grave desigualdad social y de un enfrentamiento constante entre los intereses poderosos de los políticos y los grupos económicos fuertes.***

La Reforma en estudio trató, entre otras cuestiones, de mejorar los siguientes temas:

> 1. Que no vuelva a ocurrir otro escenario como el producido por la ríspida contienda presidencial del 2006.
>
> 2. Se trata de impedir que actores ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales y sus resultados a través de los medios de comunicación, como quedó comprobado, particularmente, en las pasadas elecciones presidenciales.
>
> 3. Es importante que en esta Reforma el Constituyente Permanente haya elevado al rango de norma constitucional las regulaciones a que debe sujetarse la propaganda gubernamental, de todo tipo, tanto durante las campañas electorales como en periodos no electorales.
>
> 4. Ofrece una respuesta a los dos grandes problemas que enfrenta la democracia mexicana***: el dinero y el abuso de los medios de comunicación***", con esa definición

> reconocen una realidad histórica electoral donde el abuso de quienes más poder económico tienen hizo frenar constantemente el tránsito a la democracia.
>
> **Los legisladores exhiben lo que muchos hemos señalado durante años: en muchas elecciones no pocos gobernantes negociaron con los poderosos hoy denominados poderes fácticos.**
>
> 5. Las bases del nuevo modelo que impulsó el consenso de los partidos representados en el Congreso, con el nuevo artículo 41 constitucional está orientado a un objetivo trascendental de tal forma que ni el dinero ni el poder de los medios de comunicación se erijan en factores determinantes de las campañas electorales y sus resultados, ni de la vida política nacional.[153]

3.4. La interpretación constitucional de los derechos político - electorales en el siglo XXI.

En la última ola de transiciones a la democracia, entendiendo por ésta:

> "Un conjunto de transiciones de un régimen no democrático, que ocurre en determinado periodo de tiempo y que superan significativamente a las transiciones en dirección opuestas durante ese mismo periodo."[154]

Cabe mencionar que el Estado Constitucional se implantó a lo largo y ancho de América Latina. Estas transiciones se llevaron a cabo en algunos países mediante la expedición de nuevos textos constitucionales, en otros

[153] Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y puntos constitucionales, en http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/archivo/SAD-02-08.pdf, consultado 25 de julio de 2012.
[154] HUNTINGTON, Samuel., *La tercera Ola*; Paidós; pág. 19.

mediante la reforma de las constituciones existentes, y en otros, simplemente, mediante la interpretación constitucional o por medio de *mutaciones constitucionales*.[155] Hay que señalar que México no ha estado aislado de estos grandes cambios.

Por su parte, en el Estado Constitucional, los derechos fundamentales son la piedra angular del sistema jurídico. Su contenido irradia todas las áreas del Derecho, que sufren un proceso de constitucionalización y de iusfundamentalización.

El sistema jurídico deviene a la medida de los derechos fundamentales. En México, la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[156] ha introducido al ordenamiento jurídico algunos de los elementos básicos de la dogmática de los derechos fundamentales, al llevar a cabo una reinterpretación de las entonces así llamadas "*garantías individuales*", previstas de forma originaria por el Capítulo Primero del Título Primero de la Constitución de 1917.

Estos elementos básicos de la dogmática de los derechos fundamentales han producido un profundo cambio en la forma de interpretar y aplicar el derecho electoral, que, sin lugar a dudas, se enarbola como el pilar de la democracia representativa en el Estado Mexicano.

---

[155] *Cfr.* Sobre el concepto de mutación Constitucional: G. Jellinek, *Verfassungswandlungund Verfassungsänderung*, Häring, Berlín, 1906, pág. 3. De acuerdo con Jellinek, una mutación constitucional es una reforma de la Constitución que deja inalterado el texto formal del documento constitucional y que se lleva a cabo en la práctica jurídica. La mutación no está acompañada de la intención de reformarla Constitución ni de la conciencia de estar haciéndolo.

[156] *Cfr.* O. Sánchez Cordero de García Villegas, "La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de México", disponible en internet en: http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/01junio-conferenciaderechos-fundamentales.pdf; Consultado el 8 de septiembre de 2010.

> "Para citar sólo un ejemplo, puede destacarse la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado los derechos de participación política - que se encuentran protegidos por la Constitución, tanto en el apartado de las garantías individuales como en el artículo 35 del capítulo IV, referido a los ciudadanos mexicanos - como derechos fundamentales.
>
> En virtud de esta interpretación y de la atribución del carácter fundamental, tales derechos gozan de la protección constitucional encomendada al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con sus respectivas esferas de competencia jurisdiccional".[157]

Incluso, cabe señalar que aunque la existencia de esta protección constitucional reforzada no es una propiedad constitutiva de la importancia de los derechos fundamentales, sino más bien una consecuencia de dicha fundamentalidad, es cierto que la protección constitucional reforzada sí representa un mecanismo *sine qua non* para que los derechos fundamentales dispongan de una eficacia apropiada.

En lo concerniente a la protección de los derechos de participación política en México, en el conocido caso Castañeda, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había recomendado que se creara un mecanismo judicial de protección constitucional reforzada para tales derechos, a fin de que pudieran gozar de una eficacia apropiada.

[157] *Cfr.* Tesis P/J. 83/2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número de registro: 170783, acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, pág. 984: "Los derechos de participación política establecidos en las fracciones I y II del artículo 35 Constitucional **son verdaderas garantías individuales o derechos fundamentales**…".

Tal eficacia, no es otra que aquella que los mecanismos de control de constitucionalidad brindan a los derechos fundamentales. Pues bien, la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, en especial, del juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano (fortalecido por las reformas Constitucional y legal de 2007 y 2008) supuso el origen de un verdadero mecanismo de control de constitucionalidad que permite ofrecer una eficacia apropiada a los derechos de participación política y a sus derechos conexos[158] y, en consecuencia, permite tutelar de manera adecuada el carácter de derechos fundamentales que tienen todos estos derechos.

Este análisis pretende definir cuál es el modelo adecuado para interpretar y argumentar los conflictos que versan sobre los derechos fundamentales, en general, y en el orden jurídico mexicano y en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en particular.

Asimismo, se pretende establecer cómo se relacionan los derechos fundamentales protegidos por el Tribunal Electoral con los derechos

[158]Sobre la protección de derecho fundamental a los derechos de participación política y a sus derechos conexos mediante el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, *cfr.:* la siguiente tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: "el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano debe considerarse procedente no sólo cuando directamente se hagan valer presuntas violaciones a cualquiera de los siguientes derechos político-electorales: I) De votar y ser votado en las elecciones populares; II) De asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país, y III) De afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, sino también cuando se aduzcan violaciones a otros derechos fundamentales que se encuentren estrechamente vinculados con el ejercicio de los mencionados derechos político-electorales, como podrían ser los derechos de petición, de información, de reunión o de libre expresión y difusión de las ideas, cuya protección sea indispensable a fin de no hacer nugatorio cualquiera de aquellos derechos político-electorales, garantizando el derecho constitucional a la impartición de justicia completa y a la tutela judicial efectiva". Esta tesis ha sido aplicada en los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-117/2001, SUP-JDC-127/2001 y SUP-JDC-128/2001. Véase: Revista Justicia Electoral 2003, suplemento 6, pp. 40-41, Sala Superior, tesis S3ELJ 36/2002. Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, págs. 164-165.

humanos consagrados en las normas convencionales pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos y protegidos por la jurisprudencia de la Corte de San José de Costa Rica.

El problema central que pretende abordarse en esta tesis doctoral es: ***¿Cuál es el modelo de interpretación y argumentación en general y constitucionalmente adecuado, para tutelar derechos político – electorales?***

Y en segundo término, establecer si el modelo empleado, en la interpretación y argumentación jurídica de algunos casos resueltos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación puede asumirse como garantistas, entendido esto último, en los términos planteados por el filósofo italiano Luigi Ferrajoli.

3.5. Paradigmas contemporáneos de interpretación constitucional en materia de derechos políticos – electorales.

En primer orden, es necesario establecer que:

> "La legitimidad ha dejado de fundarse exclusivamente en la aplicación de la ley. Con la transformación del Estado en el siglo XX, la legitimidad del ejercicio del poder se obtiene, tanto de la ley misma como de las garantías de la posición institucional del juez y los recursos instrumentales y procedimentales que posee para encontrar la solución"[159].

Aunado a lo anterior, el razonamiento jurídico podrá otorgar legitimidad al operador jurídico.

[159] SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 1994, pág.91.

En ese tenor, Santiago Nieto sostiene que:

> "En el ámbito electoral, la legitimidad de los órganos electorales deviene del cumplimiento de su misión constitucional, de la aceptación social de sus resoluciones, de la aplicación de las normas electorales, de las garantías judiciales que proporcionen estabilidad e independencia a los integrantes de las instituciones electorales: Tribunales, Institutos y Fiscalías.[160]

Conforme el sistema jurídico se torna más complejo, es evidente que los criterios clásicos de resolución de controversias vinculados a la subsunción no proporcionan elementos para satisfacer las demandas de una sociedad más exigente y menos convencida de que el derecho se compone exclusivamente de casos difíciles.

> "En el positivismo jurídico existen casos fáciles y casos difíciles. En el primer caso los jueces deben identificar el derecho y aplicarlo; no obstante, desde el momento en que se plantean ante los tribunales surge una duda sobre su interpretación.
>
> Los casos difíciles son aquellos en los que no hay consenso de la resolución del caso concreto en la comunidad de juristas, los que no son rutinarios o de aplicación mecánica de la ley, los que no son fáciles o decidibles solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos, los que requieren para su solución un razonamiento basado en principios, y aquellos en que la solución al caso concreto involucra necesariamente juicios morales.

[160]NIETO, Castillo Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral: una propuesta garantista*, UNAM, México, págs. 53 y ss.

> Finalmente, los casos trágicos son aquellos en los que no es posible encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde la óptica jurídica o moral.
>
> Existen dos tipos de casos trágicos: cuando una situación en el mismo ordenamiento no le permite alcanzar ninguna solución correcta. En estos casos, la solución debe ser siempre racional, se debe acudir al criterio de racionalidad."[161]

3.5.1. La insuficiencia de los criterios tradicionales de interpretación.

Santiago Nieto efectúa una crítica a los criterios tradicionales de interpretación en el siguiente tenor:

> - "**Criterio gramatical**. Se trata de un criterio conservador, así como lo absurdo de un método que pretende la existencia de un sólo significado de los términos, cuando la realidad nos dice que el vocabulario, frecuentemente, posee un carácter polisémico en el leguaje común. Entre las reacciones a este criterio se encuentran la teoría de la institución (el derecho es algo más que una suma de normas, y las normas son la resultante de un proceso del que forma parte de la sociedad y las teorías sociológicas.
>
> - **Criterio sistemático**. Considera una visión integral del ordenamiento jurídico que se encarga de regular una determinada rama del derecho. El problema consiste en que el sistema jurídico no es coherente; por tanto, siempre

[161] ATIENZA, Manuel, *Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos*. Doxa, Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Nº 6, abril 1997, p 7 y ss.

> existirá una indeterminación desde este criterio. Además, existe el problema del aspecto externo del derecho. El criterio sistemático no da cuenta de los factores externos del derecho, los cuales son indispensables para entender el momento histórico de la aplicación de la norma.
>
> - **Criterio histórico**. Examina la norma jurídica en relación con el acontecer histórico, tanto en sus antecedentes como en el proceso de aprobación. Es una interpretación auxiliar de la teleológica, cuyo fin es determinar el sentido que el legislador quiso imprimir a la norma."[162]

Dicha crítica se comparte plenamente y más en una materia como la electoral en la que están de por medio, derechos fundamentales de tipo político, pues una inadecuada interpretación conduce, necesariamente, a dejar en estado de indefensión al justiciable, llámese este candidato o partido político; de ahí que en esta materia exista la necesidad de acudir a criterios de interpretación que tutelen efectivamente los derechos en conflicto, es decir, que la respuesta no se efectúe solo en el plano de lo formal sino de lo material o sustancial.

Más aún, en la experiencia personal y en un análisis eminentemente empírico en sede administrativa electoral, los partidos políticos y autoridades de facto y de derecho ejercen una presión fuerte para aplicar la norma a su conveniencia, por lo que es necesario contar con un método de interpretación favorable a la parte débil en el proceso, a fin de reequilibrar las fuerzas en una relación de poder.

En ese orden de ideas, hay que destacar que existen criterios contemporáneos de interpretación, entre ellos podemos encontrar,

[162] NIETO, *Op. Cit., pág*. 302.

hipotéticamente, un modelo que nos sirva para interpretar derechos político – electorales.

Así, Guastini menciona como un criterio contemporáneo de interpretación a la denominada interpretación liberal. Esta clase de comprensión del ordenamiento de tipo liberal[163]es aquella que maximiza el ejercicio de los derechos fundamentales. Su finalidad es ampliar los márgenes de liberalidad de la actuación de los integrantes del contrato social.

En ese sentido, consta de dos pautas interpretativas:

a) Interpretación restrictiva de las disposiciones que confieren facultades a los órganos del Estado.

b) Interpretación extensiva de las disposiciones que confieren derechos a los ciudadanos.

Estas pautas tienen su origen en los posicionamientos del Estado liberal de derecho: *los particulares pueden hacer todo aquello que no se encuentre prohibido por la norma, y la autoridad sólo lo que la ley* le permite. La primera parte refiere que las atribuciones del Estado se encuentran circunscritas en la norma. Los integrantes de la colectividad, por medio de las pautas de organización social reflejadas en la Constitución y en las leyes, presuponen que su actuación se encuentra regulada por el Estado, pero que éste en ningún momento puede convertirse en represor de la libertad. Por tal motivo, la interpretación de las normas del Estado debe restringirse, en tanto que debe ampliarse la actuación de los individuos.

[163] GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, *Op. Cit*., pág.262.

Este tipo de interpretación tiene singular relevancia cuando se aplica al ámbito penal. No sólo por el mandato constitucional de interpretación restrictiva, sino por la posición ideológica que sirve de base a dicho planteamiento constitucional: la idea de maximizar libertades y reducir, en la medida de lo posible, el error en la sanción a los integrantes de la sociedad. Estos principios originarios del liberalismo se ven reestructurados durante el siglo XX y se convierten en la base del garantismo.

3.5.2. La interpretación evolutiva.

Este tipo de interpretación consiste:

> "En atribuir al texto un significado diverso al histórico tradicional. Se entiende que la norma, en su sentido original tenía algún significado; sin embargo, al evolucionar el contexto histórico de la sociedad esa interpretación deja de tener vigencia, por lo que el aplicador debe buscar el tipo de significado que corresponda a su momento histórico. Los argumentos que defienden este tipo de interpretación son los siguientes:
>
> a) La norma (incluyendo la Constitución) disciplina las relaciones políticas y ésta cambian con el tiempo. Por tanto, la interpretación debe darse en el sentido de las relaciones políticas del momento.
>
> b) Para el caso de la Constitución específicamente, en virtud de ser un contrato social, debe ajustarse a los valores ético – políticos de la comunidad en un momento determinado. Esto ocurre con la interpretación electoral constitucional."[164]

[164] NIETO, *Op. Cit*., p. 303.

Un caso que podría resultar paradigmático es el derecho a la información. Al establecerse la Reforma Constitucional de 1977, se consideró en la exposición de motivos el derecho a la información como una garantía de carácter social para los partidos políticos. En la actualidad nadie podría sostener una interpretación tan restrictiva del derecho a la información, menos de una óptica democrática.

De igual manera, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

> "**La interpretación conforme**. Enfatiza la función de máxima permanencia del ordenamiento jurídico. Se trata de impedir la anulación de determinadas reglas del sistema, al interpretarlas de un sentido determinado para hacerlas conforme al texto Constitucional.
>
> **La interpretación pragmática**. El pragmatismo desarrolla los siguientes postulados: el texto no es el único punto de partida para efectuar la interpretación; la necesidad de valorar el presente y el futuro sin anclarse en las decisiones y modelos históricos que poco aportarán a la solución de los problemas reales; la ausencia de una imperiosa necesidad de crear modelos universales."[165]

3.5.3. Criterios de interpretación a favor del ser humano.

Dentro de esta clasificación contemplamos al criterio de interpretación *pro homine*, que en opinión de Miguel Carbonell se encuentra compuesto de los sub principios: *favor libertatis, favor debilis, in dubio pro operario, in dubio pro reo e in dubio pro actione.*[166]

[165] VEGA, Juan, *Seguridad jurídica e interpretación constitucional*, tesis doctoral.
[166]CARBONELL, Sánchez Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005, págs. 130 y 131.

Veamos en qué consisten y cuál ha sido su aplicación en México.

1.- ***Pro Homine.***

Este criterio de interpretación sostiene la necesidad de acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva, con la finalidad de reconocer derechos protegidos o no por la norma Constitucional.

Conforme a este principio, el operador jurídico debe adoptar la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria de los mismos.

Néstor Pedro Sagües opina que la aplicación de este postulado reviste dos variantes:

> a) ***"La preferencia interpretativa***: que opta por la interpretación que más optimice un Derecho Constitucional.
>
> b) ***La preferencia de normas***: aplicada para escoger la ley más favorable a la persona, con independencia de su jerarquía normativa."[167]

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver un proceso de amparo en materia administrativa (tributaria), determinó que si la concesión de amparo contra una norma inconstitucional en vez de provocar un beneficio al promovente ocasiona un perjuicio, deberá

[167] "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", en PALOMINO MANCHEGO, José y REMOTTI, José Carlos (coords.), *Op, Cit*., pág. 36.

negarse la protección de la justicia federal por inoperancia de los conceptos de invalide argumentados.[168]

Con este fallo, el máximo Tribunal parece coincidir con una de las variantes del principio *pro homine,* en específico aquella que permite al operador jurídico aplicar la ley más favorable a la persona, con independencia de su jerarquía normativa; sin embargo, lo que hace interesante al pronunciamiento de la Corte no es la excusa para decretar la negativa del amparo, sino el hecho de aplicar una norma inconstitucional cuando sus efectos resultan más benevolentes que los de un precepto constitucional. Quizá esta razón hubiese sido más consistente que negar el amparo con base en un argumento falaz que califica de inoperantes a unos conceptos de violación que en principio no resultaron insuficientes, sino que, por un lado, demostraron la asistencia de razón al promovente y, por otro, que decretar la inconstitucionalidad de la norma reclamada implicaría inmiscuir al quejoso en una situación "Constitucional", pero más lesiva a la recurrida.

Como mera referencia, vale la pena mencionar que el principio *pro homine* es comúnmente aceptado en gran parte del mundo y de explorada aplicación por parte de la jurisdicción europea e interamericana de Derechos Humanos.

Un posible antecedente lo encontramos en una ley de Digesto que establece:

[168]Tesis 2ª CCII/2002: "CONCEPTOS DE VIOLACION INOPERANTES. DEBEN DECLARARSE ASÍ Y NEGAR EL AMPARO, CUANDO DE CONSEDERSE ÉSTE, SE CAUSEN PERJUICIOS AL QUEJOSO", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, enero de 2003, t. XVII, pág. 726.

> "***Semper in dudiis benigniora praeferenda sunt***, es decir, ante casos dudosos deberá preferirse lo que fuera más benigno".[169]

2.- ***Favor Libertatis.***

Postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego.

Este criterio ha sido desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana cuando reconoce que toda limitación legal a la libertad de expresión debe ser entendida de forma estricta, de suerte que entre dos interpretaciones posibles y razonables de una forma legal, siempre deba preferirse aquella que favorezca un ejercicio más amplio del Derecho fundamental en juego.[170]

En México, la preferencia a la libertad de expresión se concede siempre y cuando el ciudadano no conculque los símbolos patrios, o el ministro de culto no se oponga a las leyes del país, a sus instituciones o agravie en cualquier forma a las citadas insignias o símbolos nacionales.[171]

3.- ***Favor Debilis.***

> "En su aplicación deberá considerarse al sujeto que, en relación con otro, se halla en condiciones de inferioridad".[172]

---

[169] Un ejemplar brindado por los glosadores de la Universidad de Bolonia consiste en que para el caso de empate, en una votación, de modo que el mismo número de votos sea para dar o para quitar, para sancionar o para liberar; es más favorable y equitativo seguir la opinión de aquellas que están por dar; por liberar, en lugar de quitar o sancionar. *Cfr*. BRONCHORST, Ever, *Titulo del Digesto. Reglas de Derecho antiguo*, trad. de Pedro Ruano, México, Imprenta Lara, 1968.

[170] Sentencia constitucional C-101/2000*. Cfr.* OLANO GARCIA, *Interpretación Constitucional y neoconstitucionalismo*, cit., pág. 186.

[171] Véase, *infra*, capítulo noveno, apartados III, punto 3, A y B, y VII, puntos 2 y 3.

[172] BIDART Campos, Germán, "Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*", en BIDART Campos, Germán y GIL Domínguez, Andrés (coords.), El Derecho Constitucional del siglo XXI: *diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires, Ediar, 2000 pág. 18.

Su observancia se hace extensiva a las ramas del Derecho que tutelan intereses sociales, agrarios o de sectores marginados.

En México, opera la suplencia de la queja en tratándose de un amparo promovido por núcleos de población ejidal o comunal, así como de sus respectivos miembros. En las materias laboral y civil, aplica a favor de la parte obrera, menores de edad o incapaces.[173]

4.- ***In dubio pro operario.***

Ordena que en caso de duda sobre el sentido de una norma, el operador jurídico opte por la interpretación más favorable al trabajador.

En México, tal principio se acoge en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, cuya parte in fine dispone que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al obrero.

> "Rafael Tena Suck considera que el postulado en referencia no aplica tratándose de la valoración de pruebas, por lo que la duda que sobre un hecho genere el material probatorio ofrecido en juicio nunca podrá formar convicción a favor del trabajador".[174]

Sin embargo, el artículo 841 de la Ley en cita permite el dictado de los laudos a verdad sabida y buena fe guardada, sin sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de pruebas, lo cual permite una aplicación extensiva y no restrictiva del principio en comento.

---

[173] Artículos 212-234 y 76 bis de la Ley Amparo, en TRUEBA Urbina Alberto y TRUEBA Barrera. Jorge, *Nueva legislación de amparo reformada. Doctrina textos y jurisprudencia*, cit., págs. 195-202.

[174] *"In dubio pro operario", Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, cit*., t. VI, pág. 219 y 220.

En la República del Perú, el *in dubio pro operario* es contemplado en similares términos. Así se desprende de su propia Constitución, que dispone: "Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".[175]

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano considera que existen situaciones de hecho que permitan discutir la aplicación de un criterio formal para valorar circunstancias reales que escapan al material probatorio, se deberá optar por el método valorativo que otorgue mayores beneficios al trabajador.[176]

En otro sentido, la Corte mexicana, de una interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 123, apartado A, fracciones I, II y VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 59, 61, 72 y 83 de la Ley Federal del Trabajo, llegó a la conclusión de que si bien por regla general el patrón está obligado a pagar al trabajador, cuando menos, el salario mínimo general o profesional, ello no aplica cuando por naturaleza del trabajo o por las condiciones físicas del empleado, éste no pueda laborar la jornada legal completa; ante lo cual el patrón puede válidamente pactar con el trabajador una jornada inferior o por unidad de tiempo, según corresponda, con un pago de salario mínimo general o profesional vigente.[177]

Como puede verse, los vacíos normativos respeto a situaciones emanadas de una relación laboral donde la naturaleza del trabajo o las condiciones físicas del obrero permitan que éste pueda laborar durante

[175] Artículo 26, inciso 3, Constitución del Perú.
[176] RUBIO, Correa Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, cit., págs. 120-124.
[177] Tesis 2ª LXI/2002: "Salario mínimo general o profesional. El pago de una retribución proporcional al tiempo realmente trabajado, no es violatorio de la fracción VI del apartado A del artículo 123 de la Constitución Federal., cuando por naturaleza del trabajo o por las condiciones físicas del trabajador, éste sólo pueda laborar durante lapsos menores a la jornada legal de trabajo", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, mayo de 2002, t. XV, pág. 309.

lapsos menores a la jornada legal de trabajo, opera a favor del patrón, a quien la propia Corte le reconoce el Derecho a pagar cantidades inferiores al salario mínimo, sin que ello transgreda lo dispuesto en la fracción VI, del apartado A, del artículo 123 Constitucional.

Ante esta circunstancia, cabría preguntarse si el fijar un salario inferior al mínimo general vigente configura el delito de fraude laboral contemplado en el artículo 1004 de la Ley Federal del Trabajo, cuya parte conducente impone una pena privativa de la libertad a los patrones que hagan entrega, a uno o varios de sus trabajadores, de cantidades inferiores al salario fijado como mínimo general. O bien, si el caso sujeto a estudio, vía jurisprudencia, constituye una excepción, pues de ser así se estaría violando el principio *in dubio pro operario,* coincidente con los fines de la Ley Federal del Trabajo, que generalmente se orientan a la protección del trabajador frente al patrón, sin que la discapacidad física del empleado tenga por consecuencia el merecimiento de un pago inferior al salario mínimo general o profesional vigente.

*5. -**In dubio pro reo.***

> "Consistente en que no será posible aplicar una pena cuando exista duda respecto a la responsabilidad del sujeto activo en la comisión de un delito".[178]

Nuestro máximo Tribunal, a través de una interpretación ordinaria, esto es, armónica y sistemática, de los artículos 14, párrafo segundo, 16 párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo de la Constitución, llegó a la conclusión de que la presunción de inocencia, reconocida implícitamente en los principios

[178] COSACOV, Belaus, Gustavo, *"In dubio pro reo",* Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, cit., t.VI, págs. 220-222.

constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio, se identifica con el *in dubio pro reo,* pues el sistema legal previsto por la Constitución federal reconoce, *a priori*, que el ciudadano no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito e impone al órgano persecutor la obligación de probar los elementos constitutivos del ilícito penal, así como la responsabilidad del inculpado.[179]

A partir, de este criterio, la Corte mexicana confirma la existencia del principio consistente en que todo ser humano es inocente hasta en tanto no se demuestre lo contrario, lo que implica no solamente la presunción de inocencia sino también la procedencia del postulado en estudio, cuya esencia conlleva a la absolución del inculpado cuando los datos de convicción existentes en el proceso pongan en duda su participación en los hechos delictuosos que se les imputan. Sin embargo, aún queda pendiente implementar, como regla general y en forma eficaz, la defensa en libertad, impedimento para gozar de la libertad provisional bajo caución no sólo va en aumento, sino que además presenta serias incongruencias.

Nos referimos a las hipótesis normativas que de entrada niegan el beneficio de mérito pero en sentencia, dada la penalidad que los mismos ostentan como sanción, permiten su obtención. Situación que implica serias desventajas para la sociedad, incluso más caras que las que el legislador busca subsanar.[180]

---

[179] Tesis P. XXXV/2002: "Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita de la Constitución Federal", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, agosto 2002, t. XVI, pág. 14.

[180] Se trata del caso de aquellas personas que son privadas de su libertad a consecuencia de un proceso, y con el dictado de la sentencia, dos o tres años después, les es impuesta una pena menor a cinco años que les otorga el Derecho a gozar de la condena condicional; y nos preguntamos: ¿fue justa la prisión preventiva?, ¿cuál fue la verdadera sanción: el seguimiento de un proceso privado de la libertad o la sentencia que a final de cuentas permitió la condena condicional?, ¿existe en México una aplicación coherente de la presunción de inocencia?...

6. ***In dubio pro actione.***

Consiste en facilitar al ciudadano el acceso a la justicia. Dicho principio, también considerado como de accionabilidad, establece que todo ser humano debe tener garantizada la posibilidad de exigir respeto y cumplimiento de un Derecho o libertad fundamental a través de instancias imparciales.

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que:

> "Toda persona tiene Derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial…"[181]

En México, el artículo 17 Constitucional dispone el Derecho a la tutela judicial efectiva, y la Corte de Justicia, al interpretar su alcance, ha establecido que tal numeral contiene cinco derechos. A saber:

1. "La prohibición de "hacerse justicia por su propia mano"
2. El Derecho a la tutela jurisdiccional.
3. La abolición de costas judiciales.
4. La independencia judicial, y
5. La prohibición de la prisión por deudas del orden civil."[182]

Ahora bien, de esta gama de derechos, sólo nos ocuparemos del acceso a la justicia y de las costas judiciales.

---

[181] "Artículo 8° Garantías Individuales", en CARBONELL, Miguel *et. al*. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Textos básicos, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, t. I. pág. 255.

[182] Tesis 1ª LIII/2004: "Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Federal. Sus alcances" *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* México, SCJN, mayo de 2004, t. XIX, pág. 513.

En efecto, nuestro máximo Tribunal considera que el Derecho a la tutela judicial puede verse conculcado por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si es que tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente pueden perseguir el legislador.[183]

No obstante, la tendencia garantista de este precedente federal, en la práctica son múltiples los ejemplos de leyes y normas individualizadas que "legal" y "constitucionalmente" limitan el acceso a la justicia Constitucional.

En el proceso de amparo, proceso de control Constitucional "al alcance del pueblo" nos encontramos con diversas ordalías contemporáneas que obstruyen el acceso a la justicia federal, entre ellas:

> a) "El amplio catálogo legal y jurisprudencial sobre causales de improcedencia, cuya observancia es de orden público.
> b) Las famosas y numerosas jurisprudencias a favor de la negativa de amparo por insuficiencia de los motivos de inconformidad alegados por el quejoso.
> c) El interés jurídico fundado en documentos anexos a la demanda y no el agravio producido por el acto, y a la demanda y no en el agravio producido por el acto, y
> d) El estricto Derecho en las materias civil y administrativa."[184]

En flagrante violación al principio *pro homine*, en una modalidad *in dubio pro actione*, la Corte de Justicia, de una interpretación literal del artículo 73 de la Ley de Amparo, reiteró que el examen de las causales de

[183] *Ídem.*
[184] ZALDÍVAR, Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, México, 2006, p.6.

improcedencia es oficioso, "…por ser una cuestión del orden público y de estudioso preferente al fondo del asunto"…".[185]

De este modo, antes de valorar si la violación a un Derecho fundamental es fundada o no, el órgano de justicia Constitucional deberá presumir la constitucionalidad del acto reclamado, pese a lo alegado por el agraviado, y, en su caso, determinar la improcedencia del proceso instaurado.

Este tipo de precedentes permite observar cómo en México no existe cabal aplicación del principio en comento, pues lo contrario hubiera permitido privilegiar aquella interpretación del artículo 73 de la Ley de Amparo, que mayor beneficio, respecto y vigencia otorgara a los derechos y libertades fundamentales del ser humano. Sin embargo, nuestro máximo Tribunal faculta al titular del órgano judicial para indagar y allegarse de pruebas que le permitan sobreseer el proceso y hacer nugatorio del Derecho ciudadano de acceder a la justicia federal.[186]

Además, la Corte presupone un interés de la sociedad por sobreseer los procesos de amparo, lo que en suma podría vislumbrar la intención de eludir un problema de fondo ante el riesgo de encontrarse con una injusticia extrema cuya solución podría generar un conflicto de poder.

En relación con las costas judiciales, podemos afirmar que el tema no ha sido objeto de gran discusión en México. Salvo un caso aislado, al cual nos referiremos en el párrafo el tema mediante múltiples interpretaciones literales al artículo 17, de la Carta Magna, que a su vez le permiten reiterar la gratitud de la administración de justicia y la prohibición

[185]Tesis 1ª/J. 163/2005: "Improcedencia del juicio de amparo. Ante la existencia de algún indicio de una causal de esa naturaleza, el juzgador debe indagar o recabar de oficio las pruebas necesarias para así estar en posibilidad de determinar fehacientemente si opera o no esa causal", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2006, t. XXIII, pág. 319.
[186]*Ídem.*

expresa de realizar pagos por la actividad que realiza un órgano jurisdiccional.[187]

Un precedente federal interesante sobre el tema es aquel en el que el Pleno de la Corte declaró inconstitucional el artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León, que imponía a las partes la obligación de proporcionar al actuario o funcionario judicial correspondiente los medios de conducción o traslado necesarios para el desahogo de una actuación judicial.

El alto Tribunal consideró que:

> "La obligación impuesta a las partes viola el…"principio Constitucional de gratuidad en la impartición de justicia, interpretado en el sentido de que ninguna persona debe erogar cantidad de dinero en calidad de honorarios o como contraprestación a los funcionarios que intervienen en la administración de justicia…"[188]como condición para que efectúen su trabajo.

No obstante, en Derecho comparado, la República de Argentina ha tenido que sufrir ciertos excesos en relación con las cosas judiciales, pues su sistema jurídico permite al Estado cobrar la función desplegada por los órganos de justicia.

En efecto, en aquel país, el ciudadano tiene la obligación de erogar ciertos porcentajes económicos, cuantificables con base en el precio de los

[187] La Suprema Corte de Justicia opina que la impartición de justicia está garantizada y sufragada por el Estado. Cfr. Tesis P. /J. 72/99: "Costas judiciales. Alcance de su prohibición Constitucional". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 1999, t. X, p. 19.

[188] Tesis: P. XVI/2000: "Gratuidad de la administración de justicia. El artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León, es violatorio de esa garantía", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, marzo de 2000, t. XI, pág. 91.

bienes en litigio, con la finalidad de acceder tan sólo a la justicia ordinaria; pues para el caso de interponer un recurso habrá de solventar otros gastos.[189]

Esta situación fue generalizada hasta que se hizo del conocimiento de la Corte Interamericana, la cual resolvió que las cosas judiciales no eran óptimas, pero dada su existencia, el gobierno argentino debía exentar del pago de las costas a personas en extrema pobreza o de recursos financieros limitados.[190]

Ante este elenco de impedimentos el acceso a la justicia, previstos tanto en México como en algunos otros países del mundo, el criterio *pro homine*, en cualquiera de sus variables, ostenta la irrevocable intención de reconocer la supremacía de los derechos fundamentales o humanos frente a las normas que regulan el ejercicio del poder o contemplan restricción a las libertades o derechos del ser humano.

***7. In dubio pro civie*.**

En atención al principio *in dubio pro cive*, se establece que la autoridad electoral, administrativa o jurisdiccional, debe procurar que los derechos de los ciudadanos se observen, con un criterio más flexible para permitir al promovente participar en la vida política del país.

Bajo este principio, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por conducto de sus Salas Superior y Regionales ha tutelado efectivamente los derechos político – electorales de votar, ser votado, afiliarse y asociación, así como los derechos fundamentales que son pre condición para su ejercicio.

---

[189] *Cfr*. Asociación por los derechos civiles (ADC), La Corte y los derechos. *Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el periodo 2003-2004,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, págs. 54-58.
[190] *Ibidem*, pág. 55.

El ejemplo típico de este principio, lo podemos encontrar en la revocación de las negativa de la autoridad electoral administrativa a entregar la credencial para votar con fotografía a algún ciudadano, por razones formalistas.

Finalmente, puede citarse como ejemplo de este principio, la siguiente tesis jurisprudencial de la Sala Superior:

Jurisprudencia 20/2011.

> **SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. CONCLUYE CUANDO SE SUSTITUYE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD QUE LA PRODUJO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y SIMILARES).-** *(…)* Tal criterio se sustenta en ***los principios de readaptación social del individuo y pro cive,*** así como en la tendencia observada en el orden jurídico internacional y en el derecho comparado, de proscribir la limitación de los derechos político-electorales cuando ella no está justificada. *(…).* Esto resulta también conforme al principio *in dubio pro cive,* ya que debe entenderse que en determinados casos, la suspensión de derechos político-electorales pierde su razón de ser, a partir del adecuado equilibrio entre las necesidades de readaptación del delincuente, sus derechos, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

3.5.3.1. Preferencia en la interpretación de Derechos Fundamentales.

> "Este criterio encuentra su origen en un fallo conservador de la Corte Suprema norteamericana (*Lochner vs. New York, 1905),* donde consideró que los derechos fundamentales no

> pueden ser limitados con el objeto de satisfacer derechos colectivos.[191] Con posterioridad (*Schenck vs. United States, 1919),* la Corte exigió que las limitaciones a un Derecho fundamental, como es la libertad de expresión, sólo se justifican ante un peligro claro y presente".[192]

En Colombia, el Tribunal Constitucional identifica al criterio en estudio con el principio de efectividad Constitucional,[193]que postula adoptar la interpretación que mayor eficacia otorgue a una norma dogmática. Como mera referencia a este criterio, también conocido como *preferred freedoms,* podemos decir que se relaciona con la teoría de *Herbert Kruger*, quien afirma que si antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales.[194]

Desde mi punto de vista, la posición preferente de ciertos derechos y libertades fundamentales de la persona, se avala en un escrito análisis de las limitaciones que sobre su contenido erige el Constituyente. En esencia, se trata de valorarlos alcances de las limitaciones o colisiones entre derechos provenientes de la Norma Suprema, pues para el caso de leyes ordinarias tendrá que aplicarse el principio de proporcionalidad o razonabilidad.

Como parte de este criterio, algunos autores sustentan la existencia de derechos fundamentales axiológicamente más valiosos que otros. Mientras que diversos doctrinantes se apegan a la teoría democrático-

---

[191] BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ García, Julio V., *Las sentencias del Tribunal supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pág. 163.
[192]*Ibídem*, pág. 117.
[193] MONROY, Cabra, Marco Gerardo, *La interpretación Constitucional,* Bogotá, Librería del Profesional, 2002, págs. 87 y ss.
[194] KRUGER, Herbert, *El Derecho Constitucional alemán en la mitad del siglo XIX, y su desenvolvimiento hasta nuestros días*, *Op. Cit*., págs. 3 y ss.

funcional consistente en otorgar preferencia al Derecho, en razón de la función pública y política que desempeña en el Estado.

El Tribunal Constitucional alemán no acepta la preferencia de los derechos con base en la corriente democrático-funcional. Al respecto, *Böckenförde* opina que:

> "Lo problemático de aplicar dicha teoría estriba en determinar si la función política del Derecho es idónea para hacer una libertad preferida, pues de ser así el problema consiste en determinar quién decide aquella función".[195]

En relación con la preferencia de normas constitucionales que prevén derechos fundamentales, conviene citar un criterio del máximo Tribunal Mexicano que proscribe la supremacía de una Norma Constitucional sobre otras.[196]

En efecto, de una interpretación gramatical al artículo 133 Constitucional, la Corte arriba a la conclusión de que es inaceptable que algunas de las normas Constitucionales no deban observarse por ser contrarias a otras, ya que todos sus preceptos tienen igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás.

---

[195]BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Grundrechstheorie und Grundrechtsinterpretation*, idem, pp. 115 y ss. (se trabaja con la versión española de *Escritos sobre derechos fundamentales*; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlgasgesellschaft, 1985, pp. 100 y ss., hay versión en español "Teoría de los derechos fundamentales", Madrid, CEC, 1997; Häberle, Peter, "Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania", Pensamiento Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Maestría en Derecho Constitucional, s. a., s. n., 1994, pp. 45 y ss.; Kröger, Klaus Grundrechsteorie als Verfassungsproblem, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 13-30; asimismo, Pérez Luño, Antonio, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 295-316. "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", pág. 62.

[196] Tesis XXXIX/90: "Constitución, todas sus normas tienen la misma jerarquía y ninguna de ellas puede declararse inconstitucional", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, enero-junio de 1990, t. V, primera parte, pág. 17.

Conforme al criterio, llama la atención el que no se pueda preferir un precepto Constitucional frente a otro, y menos considerarlo axiológica o funcionalmente superior, pues en ese contexto cabría preguntarse si la ponderación de derechos, ante la colisión de derechos fundamentales, podría ser aplicable en México.

Sin embargo, el método más aceptado en países desarrollados para determinar qué Derecho fundamental deber ser preferido, limitado o sacrificado en relación con otro, es precisamente la teoría de *balancing* de Robert Alexy, la cual exponemos más adelante.[197]

3.5.3.2. Técnica de protección de derechos fundamentales.

Se trata de una técnica interpretativa no aplicada en todo Estados Unidos de América. Actualmente se discute la viabilidad de su admisión en el ordenamiento comunitario europeo.

En opinión de Ángel Rodríguez, el origen de este criterio se remonta a la inserción de las enmiendas de 1791 a la Constitución norteamericana de 1787, en específico aquella que establece límites a los Estados parte de la unión americana para determinar; en sus ordenamientos, niveles inferiores de protección a los reconocidos en la declaración de derechos federales (*Bill of Rights*).[198]

Edgar Carpio opina que dicha tendencia se hizo más frecuente durante la década de los años setenta, en que las cortes de diversos estados de Norteamérica plantearon la posibilidad de entender a los

[197] Véase, *infra*, apartado VII, de este capítulo.
[198]"La mayor protección de los derechos fundamentales: dos ejemplos norteamericanos y algunas enseñanzas para el caso europeo", en varios autores, *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, t. I, pág. 367.

derechos reconocidos en las Constituciones estaduales un mayor nivel de protección que aquel que dispensaba la Constitución Federal.[199]

Así, la Convención Europea de Derechos Humanos es considerada como un estándar mínimo de derechos fundamentales que otorga a las Constituciones nacionales la oportunidad de darles un mayor nivel de protección.

El Tribunal Constitucional del Perú también adopta el criterio en estudio, lo que se advierte en un caso donde privilegió la protección individual que su Constitución otorga tanto a la libertad de expresión como a la libertad de información, pese a que la Convención Americana sobre Derechos Humanos las contempla en una misma libertad.[200]

En el ejemplo anterior, la aplicación preferente de una norma interna frente a otra de índole externo, se realiza con el afán de brindar la mayor salvaguarda a un Derecho; sin embargo, también puede aplicarse en forma inversa cuando un Derecho se encuentre mejor tutelado a través de un tratado internacional de que el Estado sea parte.

Lamentablemente, la Suprema Corte de Justicia en México declaró inconstitucional un ordenamiento tendente a la creación de un *ombudsman* municipal.

El máximo Tribunal consideró que la facultad de crear organismos municipales descentralizados de protección a los Derechos Humanos no está contemplada en la Constitución Federal o demás ordenamientos vigentes, por lo que:

---

[199] "La interpretación de los derechos fundamentales", en FERRER Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional, cit.,* t. I, pág. 344.
[200] Caja Rural de Ahorro y Créditos de San Martín, expediente 0905-2001-AA/TC.

> "…la bondad de que se multipliquen los organismos protectores de los Derechos Humanos y se promueva la cultura de la legalidad y defensa de tan trascendentales derechos…"[201] carece de sustento legal.

En la especie, la Corte no tuvo en cuenta que la Constitución es un mínimo de derechos donde la ampliación de su protección no debe ser valorada conforme a un criterio riguroso de legalidad, sino conforme a un criterio riguroso de legalidad, sino conforme a la realidad social y al fin perseguido por la autoridad, ciudadano o asociación propugnante, siempre y cuando el ejercicio del *ombudsman* municipal no constituya un obstáculo para acceder a la protección estatal o nacional.

Al respecto, vale destacar que en el Estado de Oaxaca, origen de la decisión judicial en comento, cuenta con más de 500 municipios, por lo que el tiempo invertido para trasladarse a la capital del Estado y presentar una queja por violación a los Derechos Humanos, en algunos casos, podría demorar más de 10 horas. Sin soslayar, claro está, la imposibilidad de aquellos habitantes que no pueden viajar sin perjuicios económicos y laborales.

3.5.3.3. Fuerza expansiva de los derechos fundamentales.

En este criterio de interpretación, el alcance de los derechos fundamentales debe extenderse hasta donde sus propios límites lo permitan.

Por regla general, salvo algunos casos previstos en la Carta Magna mexicana (donde la defectuosa redacción del Constituyente y del poder

[201] Tesis: P/J.134/2001: "Comisión Municipal de Derechos Humanos de Huajuapan de León, Oaxaca. El reglamento que le crea, expedido por el ayuntamiento, transgrede el artículo 16 de la Constitución Federal", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2002, t. XV, pág. 916.

revisor de la Constitución viene a configurar normas a detalle – artículos 14 y 16 Constitucionales -, cuyos contenidos pormenorizados limitan a grandes rasgos la prudente interpretación del Juez Constitucional)[202]el Derecho o libertad tutelados a nivel Constitucional son de gran abstracción y generalidad, lo cual legitima la acción creativa y delimitadora de los derechos fundamentales con la finalidad de hacer compatible su ejercicio con el de otros derechos y libertad.

En observancia a este criterio, el operador jurídico debe identificar las limitantes al Derecho fundamental aplicable y determinar si el contenido esencial del mismo puede ser llevado a su máxima expresión.

Puede ocurrir que al interpretar el Derecho se tenga que valorar la constitucionalidad de las limitaciones con el objeto de estar en condiciones de expandir los efectos del Derecho fundamental más allá de sus fronteras, en cuyo caso tendrá que observar el criterio interpretativo que analizamos en el apartado siguiente (respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales).

Al respecto, cabe advertir sobre la insuficiencia del argumento genérico que pretende justificar una limitante "legal" con base en la finalidad de armonizar el ejercicio de un Derecho con otro del mismo rango, pues podría llegar a tratarse de uno de los males mexicanos, como el que el artículo 191 del Código Penal Federal recoge al establecer el delito de ultraje verbal o escrito a los símbolos patrios como limitante de libertad de expresión e imprenta, cuando la tutela Constitucional del pabellón e himno nacionales se da en exclusiva con el objeto de evitar el uso indiscriminado

[202] Así se aprecia en la argumentación de la mayoría de criterios donde la Corte pretende interpretar lo que debe entenderse por fundamentación y motivación; y reitera lo ya expresado en la Constitución, en especial de un precedente federal donde Felipe Tena Ramírez aparece como ponente. Cfr. Tesis s/n: "Fundamentación y motivación", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, junio de 1961, t. XLVIII, pág. 36.

de cualquier signo o canto diferentes a los oficialmente reconocidos como distintivos del país.[203]

Es importante recalcar que las limitantes a los derechos fundamentales en todo momento han de ser interpretadas en forma restrictiva, dada la fuerza expansiva de los derechos y libertades del ciudadano.[204]

De ahí que sólo puedan ser "aceptables", previa valoración, aquellos límites que sólo la Constitución determina o el Legislativo impone en aquellos casos donde el Derecho Constitucional es de configuración legal.

Con base en una tendencia similar, el entonces ministro de la Corte, Genaro David Góngora Pimentel, proyecta el exacto cumplimiento de la Constitución e interpretación de su contenido a una labor creativa del Derecho. El jurista destaca que el intérprete de la Constitución tiene por misión esencial:

> "…magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita [a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático], sino también la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho…"[205]

---

[203] *Cfr.* Sentencia recaída al uso del poeta "Maldito", amparo en revisión: 2676/2003, México, Suprema Corte de Justicia Nación.

[204] PEREZ, Tremps, Pablo, "La interpretación de los derechos fundamentales", en LÓPEZ Guerra, Luis (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 126.

[205] Tesis s/n: "Interpretación de normas constitucionales y de normas legales. Sus diferencias", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* México, TCC, 1989, t. III, pág. 419.

El criterio jurisprudencial en comento reconoce diferencias entre interpretar la Constitución y las normas legales; además precisa el deber de magnificar los valores y principios previstos en la Norma Suprema.

Se trata de un precedente importante en el tema, pues en ninguna otra jurisprudencia se advierte una posición seria respecto a la implementación de técnicas adecuadas para la determinación del alcance y contenido de un precepto Constitucional.

Un ejemplo contrario a lo referido se encuentra en una tesis de la Corte mexicana que limita un Derecho fundamental. Veamos en qué consiste esta restricción. La Constitución federal, en su artículo 16, establece que toda autoridad tiene la obligación de fundar y motivar los actos de molestia que dirija a los particulares. Se trata de una regla general que no admitía excepciones, hasta que nuestro máximo Tribunal tuvo la idea de exentar parcialmente a las autoridades judiciales de su cumplimiento.

Así, se desprende de un criterio jurisprudencial en cuyo texto se argumenta que el cumplimiento a la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 Constitucional se verifica de manera distinta en actos administrativos que en resoluciones jurisdiccionales. Aduce que:

> "En el acto administrativo se afectan de manera unilateral los intereses del gobernado [denominación un tanto despectiva del ciudadan y, por ende, la autoridad administrativa debe cumplir con la "formalidad" de invocar los preceptos en que funda su determinación con el objeto de brindar al ciudadano la posibilidad de conocer el sustento jurídico del acto de molestia.[206]

[206] Tesis s/n: "Fundamentación y Motivación. El cumplimiento a dicha garantía tratándose de resoluciones jurisdiccionales se verifica sin que se invoquen de manera expresa sus

La Corte concluye que la fundamentación de las resoluciones judiciales no necesariamente tiene que ser a través de un precepto legal, sino también mediante el análisis exhaustivo de los puntos que integran la Litis.

Resulta novedoso el criterio en comento, pues exenta a las autoridades judiciales de cumplir con la obligación de fundar una resolución cuando de las manifestaciones vertidas en el fallo se pueda advertir el fundamento de donde provienen. Lo interesante del precedente consiste en que los argumentos que al efecto toma en consideración la Corte para relevar a los jueces de la obligación de fundar sus resoluciones, son precisamente las razones que lo hacen insostenible.

Con este fallo vemos cómo nuestro máximo intérprete judicial de la Constitución, por una parte, restringe un Derecho fundamental en total contravención al criterio interpretativo en estudio y, por otra, nos permite recordar las drásticas consecuencias de la Real Cédula del 23 de junio de 1768, expedida en España por Carlos III, que prohibió a la Audiencia y al resto de los jueces de Mallorca fundar y motivar sus sentencias.[207]

Existen múltiples principios que en el ámbito procesal prohíben la falta de fundamentación de las sentencias. Olsen Ghirardi opina que la obligación de velar por el adecuado sustento de las resoluciones judiciales también se funda en el principio de razón suficiente, según el cual:

> "…siempre hay una razón por la cual alguien hace lo que hace…"[208]

---

fundamentos, cuando los razonamientos de éstas conduzcan a las normas aplicadas", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 2000, t. XII, pág. 143.

[207] MALEM Seña, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en CARBONELL Sánchez Miguel *et. al*. (comps.), *Jueces y Derecho*. *Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, págs. 33-35.

[208] OLSEN, Ghirardi*, Lógica del proceso judicial*, Córdova, Lerner, 1987, pág. 84

En México, no sólo la Constitución y la doctrina reconocen la obligación de fundar las resoluciones judiciales, sino que también las propias codificaciones adjetivas.[209]Ovalle Favela también considera que las sentencias, como todo acto de autoridad, deben satisfacer los requisitos de motivación y fundamentación establecidos en los artículos 14 y 16 Constitucionales.[210]

Al respecto, Cappelletti postuló:

> "Cifrar la legitimidad de los jueces por medio de las llamadas virtudes pasivas, entre ellas el cumplir con exigencias formales, como la obligatoriedad de fundar las resoluciones".[211]

Afortunadamente, la Corte de Justicia, en otro precedente, si se apegó, aunque de manera implícita, a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales.

En efecto, se trata del fallo que declaró inconstitucional el contenido del artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, que sólo permitía el trasplante de órganos, entre vivos, a personas relacionadas por parentesco, matrimonio o concubinato.

El máximo Tribunal sostuvo que la norma tildada de inconstitucional privaba a la población de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad y, por ende, transgredía los derechos a la salud y a la vida

---

[209] Por ejemplo, artículo 219 del Código Federal de Procedimientos Civiles: *"…las resoluciones judiciales expresarán…sus fundamentos legales…*" TRUEBA Urbina, Alberto y TRUEBA Barrera, Jorge, *Nueva legislación*…, Cit., pág. 475.
[210]OVALLE, Favela, José,*Teoría general del proceso*, 6ª ed., México, Oxford, 2002, pág. 296.
[211]CAPELLETI, Mauro*, Giudice legislatori*, Milán, Giuffré, 1984, págs. 63 y ss.

salvaguardados en el artículo 4° de la Constitución, "…sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador…" al no ser indispensable la drástica limitación a un Derecho fundamental para fomentar el altruismo y evitar el comercio de órganos vitales.

Otro ejemplo lo encontramos en materia electoral, especialmente en un caso donde el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación establece que la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales de asociación y de afiliación en materia política electoral, implica desconocer los valores tutelados por las normas Constitucionales. Con este precedente se reconoce que las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcance de un Derecho fundamental, no permiten restringir o hacer nugatorio su contenido y ejercicio.

En estos dos últimos casos, la interpretación expansiva de la Constitución se hizo patente, pero responsable, margen de acción en pro de los derechos fundamentales.

3.5.3.4. Respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Este criterio apela a la cabal observancia de aquella frontera que permite evaluar si la restricción al Derecho fundamental afecta o no en su contenido esencial.

Si bien tanto el Constituyente como el legislador pueden establecer diversas limitaciones a los derechos fundamentales, ello no impide al operador jurídico enfocar su atención a si tales restricciones trastocan o no el contenido esencial de un Derecho.

Mientras que en la fuerza expansiva de los derechos fundamentales el intérprete procura respetar los límites que sobre tal Derecho se

establecen, en el respecto al núcleo esencial de un Derecho, el Juez Constitucional debe valorar si las limitaciones impiden o no su adecuado ejercicio.

Tomás Requena López opina que la aplicación de este criterio constituye un límite a la hermenéutica de las Normas Constitucionales que reconocen derechos fundamentales, en el entendido de que no pueden reconocerse un Derecho en demérito de otro.

Su aplicación constituye una variante del proceso de ponderación de derechos, ya que a través del criterio en estudio el intérprete valora si las medidas impuestas trastocan o limitan en exceso el núcleo de un Derecho fundamental en disputa.

En pocas palabras, postula que la restricción a un Derecho fundamental nunca debe tener el efecto de hacer nugatoria su vigencia o eficacia.

El Tribunal Constitucional español expresa que el contenido esencial de los derechos fundamentales lo constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el Derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito.

Al respecto, la Corte mexicana, al interpretar el acceso gratuito a una justicia independiente e imparcial, en forma implícita, determinó que el contenido esencial del principio de imparcialidad consiste en el deber que tienen los jueces de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a algunas de ellas.

Una de las ventajas que el respecto al núcleo esencial de los derechos fundamentales aporta a la ciencia del Derecho, se perfila hacia el análisis de las consecuencias de los actos de autoridad en relación a si limitan o no, en exceso, las prerrogativas o derechos originalmente previstos en la Constitución. Se trata de valorar en forma intensa que los límites impuestos a un Derecho o no contravengan su contenido en forma total o injustificada.

En este aspecto, el criterio mérito sirve como elemento de valoración en la ponderación de derechos que, como se verá en el apartado siguiente, procede ante la colisión de derechos fundamentales y valores protegidos en la Constitución.

3.5.3.5. Ponderación de derechos fundamentales.

Sin pretender adentrarnos en forma exhaustiva al criterio de referencia, podemos decir que se trata de uno de los métodos mayormente utilizados en la solución de conflictos que atañen a derechos fundamentales.

Hoy en día se discute si la ponderación es un criterio interpretativo o sólo una técnica de interpretación para resolver conflictos entre derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. Dos actividades que en el plano abstracto pueden ser distinguidas pero en la práctica sus límites están muy compenetrados.

En este procedimiento, la interpretación recae sobre una disposición Constitucional y la ponderación sobre intereses o bienes que esa norma contiene.

> “Su forma más usual de aplicación es ante el caso de colisión entre derechos fundamentales; donde habitualmente

se parte por identificar los bienes o intereses en conflicto y luego se proceda a realizar un balance que parte de una estructura tripartita de metodologías, las cuales consisten en:

1. Ley de la ponderación,
2. Fórmula del peso, y
3. Cargas de argumentación.

La ley de la ponderación se basa en que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

La fórmula del peso atiende a la determinación de cuál de los principios debe prevalecer en relación con otro.

Las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso.

Así, el criterio de interpretación en comento, derivado de la teoría del *balancing* de Robert Alexy, en una forma de resolver la incompatibilidad entre normas cuando existe colisión entre principios que guardan identidad jerárquica."[212]

3.5.3.6. Derechos humanos conforme a tratados internacionales.

Este criterio no genera mayor problema que la disponibilidad de los países miembros para adecuar el contenido de las disposiciones constitucionales o de Derecho interno, al instrumento internacional pactado con la comunidad internacional en *pro* de una mejor optimización de los derechos fundamentales o humanos.

[212] ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 11, enero – junio, 2009, págs., 3-14.

Como por ejemplo podemos citar el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al confirmar que la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica denominada: “La última tentación de Cristo” es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El punto que relaciona a esta determinación con el criterio de interpretación en estudio es la recomendación que realiza al gobierno de Chile para autorizar la exposición del filme y adoptar las medidas legislativas necesarias que adecuen su Derecho interno a la Convención Americana.

Otro caso que ejemplifica este criterio es la conclusión a que arribó la Corte mexicana en 2002 cuando proscribió el aborto sin causa justificada, y reconoció la protección a la vida del feto conforme al Derecho interno y los tratados internacionales.

De lo anterior, podemos concluir que la Constitución es un complejo normativo de contenido político, económico, jurídico, social y ambiental. Incorpora valores, principios generales y específicos, derechos subjetivos y objetivos, así como las garantías procesales e institucionales para su vigencia. Tales elementos hacen de su texto un objeto de interpretación que brinda solución a problemas específicos y no idénticos a los que por lo regular se suscitan en la aplicación e interpretación de las normas ordinarias.

Por ello, la aplicación de criterios de interpretación de derechos fundamentales o humanos significa un gran avance en la solución de conflictos de índole Constitucional e internacional, pues no debe desconocerse que en un Estado Constitucional de Derecho que se prepara para la llegada de una Estado supranacional, es de suma importancia que los operadores jurídicos desciendan de sus tribunas y se percaten de que

no sólo existen los tradicionales y eficaces métodos de interpretación de las leyes secundarias, sino también aquellas técnicas interpretativas nacidas en el seno de la magistratura Constitucional en *pro* de los derechos y libertades fundamentales.

De esta manera, al ser la Constitución una norma jurídica abierta en proceso permanente de integración nacional y supranacional, es dable que el juzgador reconozca y aplique la diversidad de técnicas y principios con los que cuenta para el desempeño de su función y continuar la nueva cultura hermenéutica de preceptos constitucionales y Derechos Humanos acorde al constitucionalismo moderno que hoy nos tocó vivir; donde sin duda alguna, como señala Jorge Carpizo, las escuelas de Derecho, y agregamos a las judiciales, habrán de sumar esfuerzos en la impartición de módulos específicos de este tipo de interpretación, que permitan su difusión, conocimiento y operatividad en consenso.

También es dable no perder de vista que las reglas del juego cambian cuando se trata de una sociedad que vive al amparo de un verdadero Estado Constitucional de Derecho, pues la ideología en que se basa el actual constitucionalismo implica la abrogación de la vieja fórmula, imperante en el Estado legal de Derecho, que permitió la vigencia de una ley por el simple hecho de emanar de una autoridad competente, sin importar si su contenido era o no acorde con los derechos, principios y valores contemplados en la Carta Magna.

3.5.3.7. La interpretación conforme de los derechos fundamentales en sede judicial electoral.[213]

El Magistrado Santiago Nieto Castillo en el voto particular contenido en la sentencia recaída al diverso **ST-JDC- 401/2012**, fijó algunas orientaciones interpretativas de cómo operar la reforma constitucional de junio de 2011 y particularmente, la forma de realizar interpretación conforme, algunos de sus razonamientos, en una apretada síntesis, son del tenor siguiente:

1. La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de diez de junio de dos mil once, modificó el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer:

> "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Además que las normas relativas a los derechos humanos **se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."**

[213] **NOTA ACLARATORIA Y METODOLÓGICA**. Aun y cuando el objeto de investigación de la presente tesis de doctorado es el estudio, análisis y sistematización de las líneas interpretativas y argumentativas sobre los derechos político – electorales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación hasta el año 2010, no podemos pasar desapercibida la reforma Constitucional de junio de 2011 y los principales criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que impactarán en la forma de aplicar el Derecho en México; sin embargo, tampoco podríamos aplicar de manera retroactiva estos nuevos criterios a las resoluciones del Tribunal, pues lo que estamos analizando es el carácter de garantista de estas sentencias, el cual por supuesto, fue un mecanismo para potencializar y maximizar la interpretación de los derechos político – electorales en México.

1. Las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por lo que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

2. En virtud de esa reforma constitucional en el sistema jurídico mexicano se reconocen cuatro elementos fundamentales en torno a los derechos humanos:

3. **Extensión del catálogo de derechos humanos:** los derechos humanos reconocidos y garantizados a todas las personas por el Estado Mexicano no sólo se encuentran en el propio texto constitucional, sino también en los tratados internacionales en los que México sea parte, con lo cual el catálogo de tales derechos adquiere una mayor extensión, pues el rango constitucional de este tipo de derechos ya no dependerá de la circunstancia de estar o no incluidos en el propio texto de la Ley fundamental, sino que mediante una norma de remisión se dispone que también los derechos humanos contenidos en tratados internacionales tendrán tal carácter.

4. En ese sentido, para la determinación del derecho aplicable, así como de su sentido, alcance y la determinación de su contenido esencial, debe realizarse una auténtica labor interpretativa acorde con la propia naturaleza de los derechos fundamentales. Por tanto, ***en términos de la reforma no existe jerarquía alguna entre las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y aquellas de los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual se corrobora con lo manifestado en el dictamen de las***

Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la minuta del proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, con que se presentó el proyecto de reforma el 7 de abril de 2009 en la Cámara de Senadores, donde se precisó que: "con este reconocimiento se evita crear derechos de primera y segunda categoría según estén o no en la Constitución, ya que actualmente los derechos que se contienen en las garantías individuales gozan de una protección más amplia y directa que aquellos que se encuentran consagrados en los Tratados internacionales".

5. **Normas de interpretación:** se establece que los derechos humanos deben ser interpretados acorde con la Constitución y los tratados internacionales, y que la interpretación de esos derechos debe realizarse buscando la protección más amplia de los mismos, lo cual encuentra su razón de ser en que los derechos humanos no constituyen una excepción o un privilegio, sino derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos o suprimidos.

   En ese orden, acorde con la Constitución, las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma jurídica no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, sino que, por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica debe ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental.

6. Por tanto, los derechos humanos deberán ser interpretados de conformidad con el principio "*pro personae"*, según establecen los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por medio del cual se privilegian los derechos y las interpretaciones de los mismos que protejan con mayor eficacia a la persona. El contenido básico de este principio (*"pro personae"*), refiere tres posibles aplicaciones: a) ante la existencia de dos o más normas aplicables a un caso concreto, se prefiere el uso de la norma que garantice de mejor manera el Derecho; b) ante dos o más posibles interpretaciones de una norma se debe preferir aquella que posibilite el ejercicio del Derecho de manera más amplia; y c) ante la necesidad de limitar el ejercicio de un derecho se debe preferir la norma que lo haga en la menor medida posible.

7. **Normas de aplicación:** se dispone que todas las autoridades sin establecer ningún tipo de distinción o excepción tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de tal forma que en la aplicación de los mismos deben observar los **principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad**.

8. De ahí que el Constituyente impone a todas las autoridades cuatro clases de obligaciones en torno a los derechos humanos a saber: a) **Obligaciones de respeto:** las cuales consisten básicamente en el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. b) **Obligaciones de protección:** las cuales consisten esencialmente en impedir que terceros, como son las personas físicas y jurídicas de carácter privado, injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. c) **Obligaciones de garantía:** suponen establecer los mecanismos necesarios a fin de permitir que el titular del derecho

acceda al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo. d) **Obligaciones de promoción:** se caracterizan por el deber de desarrollar las condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien y que puede traducirse en la directa provisión de medios para ello.

9. Asimismo, en la aplicación y cumplimiento de este repertorio de obligaciones se deben observar los principios siguientes: a) **Universalidad**, conforme al cual se reconoce a todas las personas todos los derechos sin discriminación de ninguna índole, lo que trae como consecuencia que tales derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, y cultural, así como en cualquier momento y lugar. El principio de universalidad permite la ampliación de los titulares de los derechos y/o de las circunstancias protegidas por esos derechos. b) **Indivisibilidad e interdependencia**, por el que se reconoce que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes para ello.[214] El principio de **indivisibilidad** implica observar de forma holística[215] los derechos humanos, esto es, como una estructura en la cual el valor e importancia de cada derecho se va incrementado por la presencia de los otros, de tal manera que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto.

[214] Parágrafo 101 de la sentencia de primero de julio de dos mil nueve dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, 2009.

[215] De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, el término holismo se define como: (De holo- e -ismo). "*1. m. Fil. Doctrina que propugna la concepción de cada realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen".*

Por su parte, el principio de **interdependencia** implica la existencia de relaciones recíprocas entre todos los derechos humanos, en cuanto son todos indispensables para realizar el ideal del ser humano libre como establece el preámbulo de los dos pactos internacionales referidos, de tal forma que las autoridades deben promover y proteger todos esos derechos en forma global. **Progresividad,** por el que se busca un desarrollo constante de la satisfacción de los derechos humanos, lo cual necesariamente implica la no regresividad, de tal forma que todo derecho reconocido, o bien, el contenido y alcance que se ha atribuido a ese derecho no puede perder ya ese carácter, salvo que ello se encuentre justificado por razones de suficiente peso.[216]

10. **Reparabilidad de las violaciones a los derechos humanos:** se establece que el Estado no sólo debe prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, sino también y, principalmente, tiene la obligación de reparar estas violaciones, lo que implica, en primer término, restituir en el goce y ejercicio del derecho violado y, en su caso, utilizar mecanismos de reparación complementaria, subsidiaria o compensatoria.

Así, debe considerarse que la plena protección de los derechos humanos implica que ante cualquier violación o conculcación de los mismos, el deber primario del Estado para reparar esta violación consiste precisamente en restituir al afectado en el pleno uso y goce del derecho le haya sido violado, lo que supone el restablecimiento en lo posible de las cosas al estado que guardaban antes de producirse la violación, de manera tal, que se repare completamente la afectación generada al actor.

[216] Parágrafo 103 de la sentencia de primero de julio de dos mil nueve dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú,* 2009.

Lo anterior responde, además, a los deberes y obligaciones previstas por los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es Parte, en particular, con lo dispuesto por los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que disponen, entre otros derechos, el de un recurso sencillo, rápido y efectivo que ampare los derechos fundamentales; además, los numerales 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos imponen el deber de los Estados, y de todos sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, de respetar y garantizar los derechos humanos, lo que implica, entre otras cosas, el deber de prevenir y reparar adecuadamente las violaciones a tales derechos, así como el deber de adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos.

En ese tenor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que el deber general de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos, incluye el deber de prevenir y reparar en el ámbito interno las violaciones a los mismos, asimismo, ha precisado que la efectividad de los recursos judiciales conlleva asegurar a las víctimas una adecuada reparación.[217]

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al señalar que los Estados incumplen la obligación general de respeto y garantía prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando no adoptan las medidas apropiadas, entre otros aspectos, para reparar

[217] Parágrafo 174 de la sentencia del veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, así como Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8o. Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párrafo 24.

la violación a los derechos humanos consagrados en dicho instrumento. En particular, el Comité destaca que la adecuada reparación forma parte de la noción de "recurso efectivo", al señalar que el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas en el sentido siguiente: "Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple." [218]

La importancia de esta norma, implica que cualquier falta de reparación supone el incumplimiento de un deber por parte de los órganos estatales, por lo que la reparación debe garantizar, en la mayor medida posible, la restitución en el goce o ejercicio de los derechos.

Como se advierte, con esta reforma constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte integrante de la Constitución, habiendo adquirido el estatus y la jerarquía de normas constitucionales, y las disposiciones tanto de la Carta Magna como de dichos tratados se deben aplicar de manera directa por todas las autoridades federales, estatales y municipales e interpretarlas “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” y con base en los principios de “universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano son obligatorios, acorde con lo previsto en los

[218] Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Partes por el Pacto. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, pág. 16.

artículos 27 y 28 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, el cual fue ratificado por México el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco, en el cual se establece el principio del "*pacta sunt servanta"* que exige el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y le impide a este alegar disposiciones de su propio derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado que de acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un Estado Parte *"no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado"*.

De igual manera, se ha señalado a los Estados Parte que tienen una estructura federal que, de acuerdo con el artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos las disposiciones de este tratado se extenderán a todas las entidades federativas de los Estados, sin ninguna limitación ni excepción. [219]

En esa misma línea de pensamiento, en nuestro sistema jurídico, la reciente reforma constitucional eleva a rango constitucional las normas de derechos humanos que se encuentren consagradas en los tratados internacionales de manera que la

[219] Parágrafo 4 de la Observación general número 31 "La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte del Pacto" emitido por el Comité de Derechos Humanos de veintiséis de mayo de dos mil cuatro.

obligatoriedad de las mismas deriva de la propia supremacía constitucional.

De particular relevancia resulta la interpretación conjunta de los artículos 76, fracción I y, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establecen el alcance normativo de los tratados internacionales otorgándoles un valor normativo de "Ley Suprema de la Unión".

Asimismo, se tiene que conforme al artículo 4, segundo párrafo, de la Ley sobre la Celebración de Tratados, conforme la cual "los tratados para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación".

Ahora bien, estas obligaciones internacionales y de derecho interno en torno a la obligatoriedad de los tratados internacionales encuentra una mayor fuerza e importancia respecto de los instrumentos referentes a los derechos humanos, puesto que los mismos tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales, reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, en tanto que los tratados de derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión atribuidos a entes internacionales y se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva.

Lo anterior, es acorde con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el parágrafo 29 de la Opinión Consultiva **OC-2/82** de veinticuatro de septiembre de mil

novecientos ochenta y dos “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en el cual manifiesta:

> “…los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección, de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción…".

En la misma línea argumental, el parágrafo 24 de la Opinión Consultiva OC-1/82 de veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y dos “Otros tratados sobre objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

A idéntica consideración ha arribado la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, en el cual sostuvo que “a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención (Europea) comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una garantía colectiva” (Parágrafo 239 de la decisión del veintiséis de enero de mil

novecientos setenta y ocho en el caso Irlanda vs. Reino Unido y parágrafo 87 de la decisión de veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve en el caso *Soering vs. Reino Unido*, ambas emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos).

En esas condiciones, tanto por imperativo constitucional como por la especial naturaleza de los tratados internacionales se advierte que el cumplimiento de los mismos por parte de todas las autoridades estatales (federales o locales) resulta ineludible y de la mayor trascendencia, al implicar el cumplimiento de compromisos internacionales relacionados con la protección y desarrollo del ser humano.

Ahora bien, con relación a la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir la sentencia condenatoria de veintitrés de noviembre de dos mil nueve en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, notificada formalmente el nueve de febrero de dos mil diez, en cuyo parágrafo 339 determinó:

> "**339.** En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos."

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En atención a lo resuelto por dicho Tribunal internacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó formar el expediente **Varios 912/2010** relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución del siete de septiembre de dos mil diez, dictada en el expediente Varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el veintitrés de noviembre de dos mil nueve, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En sesiones públicas de doce y catorce de julio de dos mil once, ese Alto Tribunal determinó que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenen al Estado mexicano son obligatorias para el Poder Judicial; que las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se deben aplicar de manera directa e inmediata (control de convencionalidad *ex officio*) por todos y cada uno de los jueces del Estado mexicano federales y locales y que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte son orientadores para los jueces mexicanos.

Asimismo, se determinó que el control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse es en el sentido de que (último párrafo de la página 14 y primer párrafo de la página 15 de la Versión Taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el catorce de julio de dos mil once):

"POR MAYORÍA DE SIETE VOTOS DE LOS SEÑORES MINISTROS COSSÍO DÍAZ, FRANCO GONZÁLEZ SALAS, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, VALLS HERNÁNDEZ, SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, ORTIZ MAYAGOITIA Y PRESIDENTE SILVA MEZA, se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, contra los Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133, de la Constitución Federal, propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, es en el sentido de que:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los Tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.

2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los Tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y

4. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.

   Votaron en contra los señores Ministros: AGUIRRE ANGUIANO, PARDO REBOLLEDO, por estimar que ésta no es la instancia adecuada para realizar este análisis, y AGUILAR MORALES, por la razón aducida por el señor Ministro Pardo Rebolledo".

   Acorde con lo anterior, los jueces tienen la obligación de aplicar de manera directa las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no obstante que las partes involucradas en el litigio no los hagan valer.

   En el mismo tenor, todas las autoridades (jurisdiccionales o no) se encuentran obligadas a: 1) promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; 2) interpretar las normas de derechos humanos con un criterio extensivo y, 3) aplicarlas acorde con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

3.5.3.8. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

Con motivo de la entrada en vigor del artículo 1° de la Constitución federal, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró dejar sin efectos las tesis de jurisprudencia P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros:

“CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. Tal y como se desprende de la Tesis número P. I/2011 (10ª) con el rubro **“CONTROL DIFUSO.”,** aprobada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada de veintinueve de noviembre de dos mil once.

En ese orden, el Pleno de la Suprema Corte de justicia de la Nación, al resolver el asunto varios 912/2010, en torno al caso Rosendo Radilla, ya precisado en el apartado relativo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, emitió los criterios siguientes:

“SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.”[220]

En dicho criterio, se precisa que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de dos mil once, existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial.

En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y

[220] Registro No. 160480, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Página: 557, Tesis: P. LXX/2011 (9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

amparo directo e indirecto;[221] en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Dichas vertientes de control judicial se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas.

Sin que pase inadvertido que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia.

"SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO."[222]

En dicha tesis se precisa que el Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada.

---

[221] Sin perder de vista al sistema de medios de impugnación en materia electoral, tendente a la garantía y protección de los derechos político-electorales en términos de lo previsto en los artículos 35, fracciones I, II y III, 41, base VI y 99, fracción V, de la Constitución Federal, dado que se encuentran reconocidos como derechos humanos en distintos instrumentos internacionales de los que México es parte.

[222] Registro No. 160482, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Página: 556, Tesis: P. LXV/2011 (9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

Por tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada.

Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

"CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."[223]

En dicha tesis se precisa que los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional.

[223] Registro No. 160584, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Página: 550, Tesis: P. LXVI/2011 (9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Lo cual, no impide que sean los criterios internos los que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1°.

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD."[224]

En ese criterio se establece que de conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*.

Estos mandatos, deben interpretarse junto con lo previsto por el diverso 133 constitucional, para determinar el marco dentro del cual debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que

[224] Registro No. 160589, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Página: 535, Tesis: P. LXVII/2011(9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país.

Además, es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior.

En ese orden, si bien los jueces del fuero común no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 99, 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

"PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."[225]

En el criterio de referencia, se precisa que el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente.

[225] Registro No. 160526, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Página: 551, Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

b) Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte;

c) Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte; y

d) Los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

> **"PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**."[226]

Finalmente, se precisa en el criterio de referencia que la posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

[226] Registro No. 160525, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Página: 552, Tesis: P. LXIX/2011(9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos:

a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;

b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

A partir de lo expuesto, se concluye que para estar en condición de examinar en forma adecuada el agravio en estudio, corresponde identificar la norma que se tilda aplicada en forma arbitraria e irrazonable, con la finalidad de interpretarla conforme con la Constitución federal e instrumentos internacionales que regulan el derecho para integrar las autoridades electorales en las entidades federativas.

Capítulo 4.

Principales líneas interpretativas y argumentativas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con criterios garantistas de 2000 a 2010.

4.1. Interpretación efectuada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La parte medular de esta investigación radica en esclarecer el tipo de interpretación que ha sostenido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en sus dos integraciones, qué criterios pueden considerarse garantistas según el paradigma de Ferrajoli, y cuáles, aún y cuando se diga que son garantistas, están lejos de serlo.[227]

Lo anterior, a fin de proponer un mecanismo de interpretación y argumentación que tutele, efectivamente, los derecho político electorales atento a su carácter de derechos fundamentales y por haber estado ausente su protección administrativa y jurisdiccional.

En primer término, hay que establecer que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en términos del artículo 41, párrafo segundo, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el sistema federal de medios de impugnación en materia electoral tiene por objeto garantizar que todos los actos y resoluciones se ajustes a los principios de constitucionalidad y legalidad, así como la protección de los derechos político –electorales del ciudadano: votar, ser votado, asociarse y afiliarse; además de aquellos derechos vinculados al ejercicio de alguno de éstos, entre ellos, acceso a la información, derecho de petición y libertad de expresión.

[227] Incluso el Dr. Pedro Salazar Ugarte ha denominado a algunas sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como "*garantismo espurio*",

En otros términos, la justicia Constitucional electoral tiene la función de garantizar el Estado Constitucional de Derecho, el cual exige, como premisa básica, la celebración de elecciones libres, auténticas y periódicas.

De igual forma, el control jurisdiccional del poder es consustancial al poder, según Manuel Aragón:

> "No hay derecho sin jurisdicción, ni Estado de Derecho sin independencia judicial, ni derechos sin jueces."

Por su parte, Ferrajoli propone un modelo multidimensional de democracia, que constituye una redefinición jurídica de la misma, conforme a la cual, una democracia representativa sustentada en los principios de sufragio universal y mayoría constituye una condición necesaria, más no suficiente de la misma, toda vez que resulta insostenible la idea de la democracia como régimen político basado en un conjunto de reglas que aseguran el poder omnímodo de la mayoría.

En el modelo garantista, la sujeción a la ley ha cambiado, siendo ahora sujeción no a la letra de la ley, *sino a la ley válida*, es decir, a la que es conforme a la Constitución. De ahí que la interpretación de la ley, especialmente, la que realizan los tribunales constitucionales, constituye una reinterpreteción de la ley, a la luz de la Constitución; y en caso de una contradicción entre una norma inferior y la norma constitucional, el juzgador deberá inaplicar o declarar la invalidez de la primera cuando tenga facultades para ello, o ante una laguna legislativa, aplicar directamente la Constitución o bien, resolver una cuestión interpretativa, en la que estén en juego diversas posibilidades, a favor de aquella que se encuentre conforme a la Constitución.[228]

[228] FERRAJOLI, Luigi., *Op. Cit*., pág.1520.

En suma, esta sujeción del juez constitucional a la Constitución, en la especie, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación radica en que es un garante de los principios y derechos fundamentales, para que cada uno de los órganos del poder público ajuste sus respectivos límites de actuación.

Manuel Atienza señala que se ha desarrollado una nueva concepción de y para el Derecho de los Estados Constitucionales, entre algunos de estos rasgos se tiene:

> "1. Principios y reglas como componentes del orden jurídico.
> 2. Incorporación del modelo garantista, lo que implica aceptar una validez material de la norma y no solo formal.
> 3. Sujeción a la validez de la norma y no a su significado literal.
> **4. La argumentación jurídica, esto es, que los fallos judiciales estén fundados en razones, como característica esencial de una democracia, en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder."**[229]

Ahora bien, a efecto de contrastar el modelo de Ferrajoli con las principales resoluciones en las que el Tribunal Electoral se ha pronunciado como Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, me enfocaré a estudiar las principales líneas argumentativas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación consignadas en jurisprudencia firme o sentencias que resuelven de manera garantista los problemas ahí planteados.[230]

---

[229] ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, págs. 309-310.
[230] DIAZ, Revorio Francisco Javier, *Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional Español*, editorial Lex Nova, España, 2000.

4.1.1. Principales líneas jurisprudenciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con criterios garantistas.

Las líneas jurisprudenciales que ha desarrollado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación son variadas y subyace en ellas un criterio "*diferente*" en el tratamiento del problema y su consiguiente resolución. La materia a dilucidar consiste, justamente, en analizar qué tan garantistas pueden considerarse de acuerdo al paradigma de Ferrajoli, o en su caso, cuál solución pudo haber sido la que mejor tutelara el derecho fundamental en cuestión.

Por cuestión de método, estudiaré las siguientes líneas argumentativas del Tribunal Electoral, por considerar que en ellas existen elementos garantistas de decisión, o en su caso, un garantismo mal empleado o entendido de manera distinta, así como para evidenciar la posible sistematicidad de los criterios de aquel órgano jurisdiccional.

Dichas líneas interpretativas y argumentativas son las siguientes:

1. Nulidad de elección.
2. Derecho a la justicia accesible, completa y efectiva.
3. Presunción de inocencia.
4. Maximización de los derechos a votar y ser votado.
5. Interpretación conforme.
6. Equidad de género.
7. La tutela del derecho de asociación.
8. Derechos político – electorales de los pueblos y comunidades indígenas.
9. Libertad de expresión, propaganda negra y derecho de réplica.
10. Integración de autoridades electorales.
11. Derecho a la información y acceso a boletas electorales.
12. Acceso a la justicia electoral y derecho parlamentario.

13. Formalismo enervante.

14. Equidad en la contienda electoral[231]*.*

La anterior clasificación obedece a una búsqueda sistemática de los criterios garantistas en diferentes sentencias sustentadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de su Sala Superior y las Salas Regionales, ahora, la tarea consisten en analizar si realmente estos precedentes judiciales tienen una naturaleza garantista de acuerdo al modelo de Ferrajoli que se ha planteado como marco teórico para contrastar el estudio.

- **Metodología de estudio.**

Como se precisó, a efecto de evidenciar el contexto garantista de las principales sentencias del Tribunal Electoral en sus diferentes Sala, se propone clasificar y sistematizar los asuntos a estudiar en función de los siguientes criterios que permitirán conseguir de manera palmaria el objetivo; tales datos como el tipo de juicio, instancia resolutora, y una breve síntesis de las consideraciones torales de la Sala, a efecto de practicar el contraste garantista que nos permita afirmar si verdaderamente se trata de criterios que puedan asumir dicho calificativo.

Los criterios de análisis propuestos son:

a) Datos de identificación. Número e instancia resolutoria.[232]

[231] Estas líneas jurisprudenciales se obtienen de un análisis practicado a las principales sentencias de la Sala Superior en sus dos integraciones y de las Salas Regional a partir de su permanencia con la Reforma Constitucional 2007 y legal de 2008, en función de los bienes que tutela constitucionalmente el Tribunal Electoral: el sufragio, la validez de las elecciones y sus principios, los derechos fundamentales que son elementos *sine qua non* para el desarrollo y la práctica de la democracia.

[232] SS: Sala Superior

SR: Sala Regional.- Para efectos de esta investigación se trabajará con sentencias de la Sala Regional Toluca, dado que se encontró durante la exploración criterios garantistas en sus decisiones.

b) Síntesis del problema planteado: agravios, material probatorio y sentido de la votación.

c) Argumentación de la Sala. Parte sustancial de la decisión judicial en la que se resuelve de manera garantista el problema planteado a la jurisdiccional electoral federal.

d) Contraste garantista. La pregunta a responder es simple pero con un fondo importante y muy compleja: ¿la decisión judicial reviste criterios de corte garantista?

4.1.1.1. Causal abstracta de nulidad de elección y nulidad de elección por violación a principios constitucionales. Casos Tabasco y Yurécuaro. SUP-JRC-487/2000 y acumulado. Y el diverso SUP-JDC-604/2007.

En primer término, debemos acotar que la configuración de esta causal se remota a la interpretación realizada a través de las Salas Central y de segunda instancia del entonces Tribunal Federal Electoral, por lo que en su análisis habrá que hacer algunas consideraciones al respecto.

Por nulidad electoral es posible entender, la ineficacia de la votación recibida en una casilla, o en una determinada circunscripción geográfica en que se divide el territorio nacional para efectos de una elección, decretada por resolución de autoridad competente.

Ahora bien, dentro de la doctrina en materia electoral, no se encuentra una definición que pueda aplicarse exactamente a la causa abstracta de nulidad, tal vez, por ser una adaptación reciente por parte de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, derivada de una interpretación sistemática y funcional de los principios y

valores que deben respetarse para el desarrollo de elecciones democráticas.

Toda vez que en la doctrina es omisa en configurar un concepto exacto de lo que es la causa abstracta, parece más acertado acudir a lo que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sostuvo al resolver los Juicios de Revisión Constitucional Electoral, identificados, bajo el número SUP-JRC-487/2000 acumulado[233], y el SUP-JRC-120/2001[234], ya que en dichos juicios se estableció que toda elección debe reunir elementos imprescindibles para que se considere producto del ejercicio popular.

Con base en lo anterior, es posible definir a la causa abstracta de nulidad como:

> "Aquella ineficacia atípica decretada por la autoridad competente, respecto de una elección por haberse transgredido de manera grave e irreparable los principios rectores fundamentales de un proceso electoral determinado".[235]

En la teleología de la causa abstracta de nulidad en la elección, es decir, en el constructo[236] de esta tipología, debe haber una flagrante violación a cualquiera de los siguientes elementos fundamentales: ***elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el financiamiento de los partidos políticos y***

[233] Tal resolución es conocida usualmente como el *Caso Tabasco*, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el veintinueve de diciembre de dos mil.
[234] *Caso Yucatán*, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el veinticuatro de julio de dos mil uno.
[235] SUP-JRC-487/2000 acumulado.
[236] Los constructos, epistemológicamente, son conceptos: predicados o proposiciones. BUNGE, Mario, *Tratado de filosofía. Volumen 1. Sentido y referencia*, trad. de Rafael González del Solar, Buenos Aires, Gedisa, 2008, pág. 37.

de sus campañas electorales prevalezca el principio de equidad; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales.

Del estudio realizado a la legislación electoral en materia de nulidades, se desprende que ninguno de los ordenamientos analizados reconocía lo que ahora denominamos la causa abstracta de nulidad, ya que en materia de nulidades regía, principalmente, el principio de estricta observancia a la ley.

- **Breve evolución legal y jurisprudencial.**

El propio Tribunal Federal Electoral consideraba que sólo se podía proceder a la anulación de la votación recibida en una casilla o de una elección, si los hechos denunciados se ajustaban, rigurosamente, a las figuras previstas en la ley, además de que debían quedar fehacientemente probados todos y cada uno de los elementos que configuraban la causa invocada, para que surtiera su acreditación plena.

Lo anterior quedó sustentado con algunas tesis de jurisprudencias y relevantes emitidas por la entonces Sala Central del Tribunal Federal Electoral, en su primer época.

> **“CAUSAS DE NULIDAD. IRREGULARIDADES QUE NO CONSTITUYEN.** Si bien es cierto que algunas irregularidades constituyen violaciones a preceptos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, éstas por sí mismas no pueden afectar la votación recibida en las casillas, sino que deben ser adminiculadas con otros supuestos que debidamente acreditados puedan actualizar algunas de las

> hipótesis de nulidad que establecen el artículo 287 del citado ordenamiento legal. SC-I-RI-022/91. Partido Acción Nacional. 14-IX-91. Unanimidad de votos.

De la anterior jurisprudencia, se observa que cualquier violación que se argumentara para nulificar la votación recibida en casillas debía estar sustentada exclusivamente en los supuestos que el Código Electoral señalaba, por lo que las violaciones tenían que ajustarse a lo regulado por el propio legislador, si se querían hacer valer como causas de nulidad.

El siguiente criterio relevante de la Sala Central del Tribunal Federal Electoral, se refería a que la falta de respeto al voto no podía constituir una causa de nulidad, y tal razón obedecía, a que no estaba prevista en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales como una causa de nulidad específica, sin embargo analizaré más adelante, que la violación al voto constituyó uno de los pilares sobre los que se edificó la causa abstracta de nulidad.

> **SECRETO DEL VOTO. NO CONSTITUYE CAUSA DE NULIDAD LA FALTA DE RESPETO AL.-**
> Independientemente de que resulte o no cierta la afirmación del recurrente, en el sentido de que no se respetó el secreto al voto, ello no está previsto en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales como causal de nulidad de la votación recibida en casillas.
> SC-I-RI-43B/91. Partido de la Revolución Democrática. 17-X-91. Unanimidad de votos con reserva.

De las tesis transcritas, se deduce que el criterio manejado por el Tribunal Federal Electoral, recogía el principio de estricto derecho que establece "***no hay nulidad, sin ley***", y de ahí la imposibilidad de anular por analogía o mayoría de razón. En ese sentido, quedó plasmada la inexistencia de supuestos de nulidad distintos a los enunciados por la normatividad.

No obstante, este criterio mutó a lo largo de los años (aunque no respecto a que sólo son causas de nulidad las típicamente establecidas en la ley), en mil novecientos noventa y cuatro, la Sala de Segunda instancia en materia electoral, emitió un criterio relevante que sin ser obligatorio, constituyó un avance respecto de la concepción cerrada que se había adoptado en materia de nulidades. Este criterio sirve de antecedente en la adopción de otras circunstancias, respecto de la nulidad en la elección. El criterio se titula:

> **"CAUSAL GENÉRICA DE NULIDAD. SU ESTUDIO POR PARTE DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL FEDERAL ELECTORAL PROCEDE AUN DE OFICIO"** El artículo 290 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, dispone que: 1. Sólo podrá ser declarada nula la elección en un distrito electoral o en una entidad, cuando las causas que se invoquen hayan sido plenamente acreditadas y sean determinantes para el resultado de la elección. 2. **Las Salas del Tribunal Federal Electoral podrán declarar la nulidad de una elección de diputados o senadores cuando se hayan cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral en el distrito o entidad de que se trate y se demuestre que las mismas son determinantes para el resultado de la elección, salvo que las irregularidades sean imputables al partido recurrente".** Como se puede advertir en el párrafo 2 del precepto en comento, se consagra una facultad distinta de la que se establece en el párrafo 1 del mismo numeral, pues no se impone limitación a la potestad anulatoria de las Salas del Tribunal, en el sentido de que las causales de nulidad tengan que haber sido invocadas y plenamente acreditadas por los partidos políticos justiciables. En consecuencia, las Salas pueden llegar a declarar la nulidad de una elección *mutuo proprio*, cuando adviertan que, por el número, la naturaleza y la trascendencia de las violaciones cometidas durante la jornada electoral, la elección llevada a cabo no deba subsistir.
> SI-REC-071/94. Partido Revolucionario Institucional. 19-X-94. Unanimidad de votos.

Con la Reforma Constitucional aprobada en julio y agosto de 1996, se dio un gran momento del cambio político al que incluso se le denominó:

> "El eslabón de un proceso democratizador que llevaba años instalándose y desplegándose en nuestro país".[237]

A través de la misma, se gestaron grandes avances en materia electoral, entre ellos una autonomía de órganos electorales, la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial, la protección de los derechos políticos de los ciudadanos, pero sobre todo y dos grandes aportaciones que me parecen las más importantes, son:

a) El control de constitucionalidad de los actos en materia electoral, y;

b) La instalación de un sistema integral de medios de impugnación con una separación de temas y una mejora sustancial, con el fin de que cualquier acto electoral fuera recurrible.

La primera de las contribuciones constituye una verdadera posibilidad de impugnar actos y resoluciones hasta una instancia constitucional, pues como sabemos las resoluciones del Tribunal Federal Electoral tenían el carácter de definitivas e inatacables, es decir, se encontraban exentas de cualquier revisión posterior aun cuando contravinieran la propia Constitución, incluso abarcaba actos de autoridades locales de las diversas entidades federativas, los cuales pese a que estuvieran violando incluso derechos fundamentales quedaban sin revisión alguna.

Con la reforma del año de 1996, se da al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el carácter de máximo órgano especializado en materia electoral[238], y consecuentemente, se le dota de la facultad para

[237]BECERRA, Ricardo. *La reforma electoral de 1996*, Fondo de Cultura Económica, México 1997, pág.7.

[238] Es importante señalar que a pesar de que, constitucionalmente, el Tribunal Electoral es la máxima autoridad en materia electoral, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el 23 de mayo de 2002, la contradicción de tesis 2/2000, estableció que el referido

resolver las impugnaciones que se presenten en los procesos electorales federales, así como el análisis de la constitucionalidad de actos y resoluciones controvertido en ambos niveles.

Respecto de la segunda aportación, esto es, el establecimiento de diversos medios de impugnación que salvaguardaran intereses electorales, la propia exposición de motivos de esta reforma, anunció la intención de establecer un sistema integral de justicia en materia electoral, de forma tal que por primera vez existieran en nuestro orden jurídico, diversos mecanismos para que todas las leyes electorales se sujetaran invariablemente a lo dispuesto por la Constitución, se evidencia una protección de los derechos políticos electorales de los ciudadanos mexicanos y finalmente, el establecimiento de la revisión Constitucional de los actos y resoluciones definitivos de las autoridades electorales locales.

El objeto fundamental de la ley fue el establecimiento de mecanismos jurídicos que garantizaran el sometimiento de los actos y resoluciones electorales a los principios de constitucionalidad y legalidad, no siendo la excepción en materia de nulidades.

En la exposición de motivos de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se respetaron en lo general los supuestos de nulidad de votación recibida en casillas, contemplado en la legislación anterior; la única modificación fue la inclusión de un caso genérico de anulación de la elección, cuando existieran irregularidades

---

Tribunal sólo podía manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no fuera para verificar la conformidad de una ley electoral con el propio Ordenamiento Supremo, con lo que dejó un vacío en la defensa y tutela de los derechos político-electorales del ciudadano, por lo que, algunos Ministros, entre otros, Cossío Díaz y Luna Ramos, estiman necesario realizar una nueva reflexión del tema y, en su oportunidad, ver la posibilidad de cambiar el criterio sustentado en la jurisprudencia número 23/2002, cuyo rubro es el siguiente: **TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.**

graves plenamente acreditadas y no reparables durante la jornada electoral o cuando las actas de escrutinio y cómputo pusieran en duda la certeza de la votación y fuesen determinantes para el resultado de la misma.

Esta ley conservó, la llamada causal genérica de nulidad, para que las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con un margen mucho más amplio de apreciación, pudieran declarar la nulidad de una elección de diputados o de senadores cuando se hubiesen cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral y que fueran determinantes para el resultado de la votación.[239]

La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral permite que las diversas causales de nulidad de votación y de elección reguladas en ella, se agrupen en diversos grupos de la siguiente forma:

Causales específicas de nulidad en casilla, reguladas en el artículo 75 del ordenamiento citado, incisos a) al j). Causal genérica de nulidad de votación recibida en casilla, regulada en el artículo 75, inciso k). Causales expresas de nulidad de la elección de diputados o senadores, reguladas en los artículos 76 y 77, y por último, Causal genérica de nulidad de la elección de diputados o senadores, regulada en el artículo 78 de la citada ley, con motivo de la comisión de forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral, en el distrito o entidad de que se trate y se encuentren plenamente acreditadas.

Es evidente que del simple texto de la ley no es posible inferir la existencia de una causa abstracta de nulidad, y quizá pueda concluirse que

[239] Iniciativas presentadas durante la LVI Legislatura por el Ejecutivo Federal, proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Diario de los Debates, número 24, jueves siete de noviembre de mil novecientos noventa y seis. Turnada a la Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia.

tal y como su nombre lo indica, se trata de una causa que no encuentra su regulación como una causal específica, pero que, sin embargo, la interpretación que se le dio, fue que dicha causa establecía sus bases sobre diversa normatividad electoral.

Si de la legislación comentada, no se puede encontrar el fundamento de la causa abstracta de nulidad de la elección, debemos cuestionarnos ¿cómo es que esta causa tuvo su surgimiento? Pues bien, se trata de una interpretación legal adoptada por la mayoría de los integrantes de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que por vía de la misma experiencia advirtió la necesidad de tutelar aquéllas violaciones graves acaecidas en el procesos electoral, mismas que debían sanearse para garantizar un proceso electoral equitativo, legal y, desde luego, democrático.

a) Datos de identificación:

SUP-JRC-487/2000 y acumulado.

b) Síntesis del problema planteado.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se pronunció en diversos asuntos respecto de la causa abstracta de nulidad de la elección de gobernadores, diputados e incluso de munícipes, realizando una interpretación sistemática y funcional de diversos ordenamientos que regulan la materia electoral, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales hasta la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Los casos que se analizan a continuación, se consideran la fuente de explicación de la causa abstracta estudiada, incluso dichos asuntos han servido de precedentes para la resolución de otros muchos casos

planteados al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; pudiendo formar con los mismos jurisprudencia electoral y tesis relevantes.

Este asunto se puede considerar como fundamental en la explicación de la causa abstracta de nulidad de la elección de gobernador, fue en diciembre de dos mil, cuando la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se pronunció en el diverso SUP-JRC-487/2000 y acumulado, en relación con un Juicio de Revisión Constitucional Electoral[240]presentado por diversos partidos en contra de la elección de Gobernador de Tabasco.

En el año 2000, se celebraron elecciones en el estado de Tabasco para elegir Gobernador, resultando triunfador el candidato del Partido Revolucionario Institucional; sin embargo, los partidos de la Revolución Democrática y Acción Nacional se inconformaron ante la instancia local sin verse beneficiados, en contra de tal resolución, acudieron al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para que se pronunciara respecto de la validez de la elección impugnada.

El problema central de la impugnación ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación versaba en dos aspectos fundamentales:

> ***1. Si en la legislación electoral del Estado de Tabasco, se encontraban supuestos o situaciones jurídicas que dieran lugar a declarar la nulidad de la elección de Gobernador y,***

[240]El juicio de revisión constitucional es un medio de impugnación excepcional, de estricto derecho, con el que se pueden combatir los actos de las autoridades electorales de las entidades federativas encargadas de organizar y calificar los comicios electorales o resolver las controversias que se surjan durante éstos, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 86 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

2. Si las irregularidades cometidas durante las diversas etapas del proceso electoral eran suficientes para provocar la nulidad de la elección de Gobernador.

Respecto del primer problema y a pesar de que el Tribunal Electoral local señaló, que en materia de nulidades regía el principio de estricta observancia, toda vez que en su Código Electoral local no estaba prevista la nulidad de la elección de gobernador y por lo tanto, no podía acogerse. La Sala Superior llegó a la conclusión de que conforme a la legislación electoral del Estado de Tabasco, sí cabía la posibilidad de declarar la nulidad de la elección de Gobernador a través del recurso de inconformidad previsto en ese ordenamiento legal.

Para sostener ese criterio la Sala Superior, expuso los siguientes argumentos:

1. El artículo 278 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco, preveía alguna especie de nulidad que podía afectar la elección de gobernador, y no sólo el cómputo de la misma.

2. Dentro de las nulidades establecidas en el Libro Séptimo, Título Primero, Capítulo Único de ese ordenamiento, no se establecían causales de nulidad específicas respecto de la elección de Gobernador, sino exclusivamente para las elecciones de Diputados por mayoría relativa, presidentes municipales y regidores.

3. Uno de los efectos que producían las resoluciones a los recursos de inconformidad en el artículo 329, fracción IV, del cuerpo normativo indicado, era la declaración de nulidad de

> la elección y la revocación de la constancia de mayoría expedida por el Consejo Estatal del Instituto Electoral de Tabasco; el artículo 107, fracción XX, asignaba la atribución al mismo Consejo, para efectuar el cómputo de la elección de Gobernador y expedir la constancia correspondiente, como única atribución, ya que las constancias para los diputados de mayoría relativa, las expedía el Consejo Electoral Distrital, por imperativo del artículo 246, y la de los ayuntamientos le competía al Consejo Electoral Municipal, por mandamiento del artículo 249 del mismo ordenamiento.

4. Por otro lado, el artículo 330 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Tabasco disponía que:

> "El Pleno del Tribunal sólo podía declarar la nulidad de la votación en una o varias casillas, la nulidad de una elección de Diputados por mayoría relativa o de Presidentes Municipales y Regidores y la del cómputo de circunscripción plurinominal, fundamentadas en las causales señaladas en ese código";

Sin embargo, adoptar una apreciación superficial del contenido de este precepto, podía ser el regreso al principio de que no existe nulidad mientras no haya una disposición específica que la contemple.

La lectura cuidadosa del precepto condujo a la mayoría de los magistrados a una apreciación distinta, ya que dichos supuestos no contenían alguna expresión o enunciado para sostener que se trataba de una relación enunciativa y no taxativa, que obligara a extender el principio a la elección de Gobernador.

Si se hubiera sostenido el criterio de estricto derecho, y una interpretación gramatical, donde la ausencia de causales específicas de

nulidad para la elección de Gobernador impidiera declarar su ineficacia, independientemente de las irregularidades cometidas en ella y que no se pudiesen remediar con la nulidad de votación recibida en casillas en particular, llevaría a admitir que dicha elección debía prevalecer a pesar de la evidencia de ciertas irregularidades inadmisibles, que al afectar elementos esenciales, cualitativamente fueran determinantes para el resultado de la elección, algunos ejemplos de estas anomalías podían ser:

a) La actualización de causales de nulidad de la votación recibida en casilla en todas las instaladas en el estado, salvo en algún número menor, donde la victoria no estaría determinada por la voluntad soberana del pueblo, sino por un reducido grupo de ciudadanos.

b) La falta de instalación de una cantidad considerable de las casillas en dicha entidad federativa, que conduciría a igual situación.

c) La declaración de validez de la elección y la expedición de la constancia de mayoría al candidato que hubiese obtenido el triunfo, aun siendo inelegible, o

d) La comisión generalizada de violaciones sustanciales en la jornada electoral, en todo el estado, que atentara claramente contra los principios de certeza, objetividad, independencia.

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, llegó a la conclusión que de conformidad con el artículo 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso d), de la Constitución Federal, todas las leyes de los Estados en materia electoral debían garantizar un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad, en ese sentido ningún acto o ninguna resolución electoral podía sustraerse a los sistemas de

medios de impugnación que las leyes de los Estados establezcan en materia electoral conforme con el mandato constitucional, y menos aún, al principio de legalidad.

Los elementos esenciales de toda elección democrática, se encuentran previstos en los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el caso concreto analizado, los artículos 9, 10, 43, 63-bis de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco contemplan los elementos esenciales de una elección, y por último 1º, 5, 16, 57, 62, 63, 66, 94, 95, 96, 167 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de Tabasco, por lo que el cumplimiento de éstas disposiciones debe ser imprescindible por ser imperativos, de orden público, de obediencia inexcusable y no renunciables, cuya finalidad es el ejercicio popular de la soberanía.

Estas disposiciones tutelan en su conjunto los siguientes principios:

1. Elecciones libres, auténticas y periódicas.
2. Sufragio universal, libre, secreto y directo.
3. Que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales prevalezcan los recursos públicos sobre los de origen privado.
4. La organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo.
5. La certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral.
6. Establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social.
7. Control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales.

De lo expuesto, se concluyó que tendría cabida una fórmula abstracta de nulidad de una elección, cuando se constatara que alguno de ellos había sido perturbado de manera importante, trascendente, ya que impide tenerlo como satisfecho cabalmente, y consecuentemente, se ponía en duda fundada la credibilidad y la legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos.

La Sala Superior en el caso señalado, determinó que no fueron observados los artículos 116, fracción IV, incisos a) y g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9, tercer párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, los cuales preveían el sufragio universal libre, secreto y directo, como elemento indispensable de la elección, para la renovación del poder ejecutivo estatal, así también señaló que debían propiciarse condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, pues con el cúmulo de probanzas aportadas por las partes, fueron acreditados los siguientes hechos.[241]

Para la mayoría de la Sala Superior advirtió, que no solamente la inequidad en los medios de comunicación, era conculcatorio del artículo 116, fracción IV, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también, fue patente que la ventaja que tuvo el partido ganador estuvo propiciada por quien tenía la participación mayoritaria en la

[241] Cabe hacer notar que, la mayoría de los hechos invocados por los actores, no fueron estudiados por la autoridad responsable porque a su decir se trataban de etapas procesales agotadas, extinguidas y consumadas. *El partido político triunfador (Partido Revolucionario Institucional), tuvo mayor acceso a los medios televisivos, a diferencia de los demás partidos políticos (86.98% del tiempo total de transmisión en el canal siete, en tanto que en el canal nueve, al propio partido se le dedicó el 52.9%). Esto contrasta con el tiempo dedicado al resto de los partidos, que fue del 13.01% en el canal siete y el 47.04% en el canal nueve); se estableció que la presencia del partido político ganador tuvo más preponderancia en el canal siete de televisión, cuya concesionaria era Televisión Tabasqueña, S.A. de C.V., en la que el Gobierno de Tabasco tenía participación mayoritaria (98%).*

concesionaria del referido canal de televisión, es decir, el gobierno del Estado de Tabasco.

Lo anterior, sostuvo la Sala porque:

> "En la actualidad los partidos políticos tienen plena conciencia de la importancia de ganar presencia ante la opinión pública y saben que los medios de comunicación, sobre todo la televisión, constituyen la vía más rápida para llegar a los electores".

Con ello se estableció que la afectación que se produjo al sufragio fue en dos vertientes: 1) Por estar el ciudadano más en contacto con la plataforma política de quien aparece en el medio de comunicación con más frecuencia; y, 2) La no existencia de neutralidad gubernamental constituyó un factor importante porque las diferencias entre el primer y segundo lugar fueron sumamente menores (en el caso 1.18 puntos porcentuales).

- **Contraste Garantista.**

La configuración jurisprudencial de la causa abstracta de nulidad es en mi consideración de corte garantista atento a los siguientes elementos:

Los elementos esenciales de toda elección democrática, se encuentran previstos en los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el caso concreto analizado, los artículos 9, 10, 43, 63-bis de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco contemplan los elementos esenciales de una elección, y por último 1º, 5, 16, 57, 62, 63, 66, 94, 95, 96, 167 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de Tabasco, por lo que el cumplimiento de éstas disposiciones debe ser imprescindible por ser

imperativos, de orden público, de obediencia inexcusable y no renunciables, cuya finalidad es el ejercicio popular de la soberanía.

De lo anterior, se concluyó que tendría cabida una fórmula abstracta de nulidad de una elección, cuando se constatara que alguno de ellos había sido perturbado de manera importante, trascendente, ya que impide tenerlo como satisfecho cabalmente, y consecuentemente, se ponía en duda fundada la credibilidad y la legitimidad de los comicios y de quienes resulten de ellos.

La Sala Superior en el caso señalado, determinó que no fueron observados los artículos 116, fracción IV, incisos a) y g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9, tercer párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, los cuales preveían el sufragio universal libre, secreto y directo, como elemento indispensable de la elección, para la renovación del poder ejecutivo estatal, así también señaló que debían propiciarse condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, pues con el cúmulo de probanzas aportadas por las partes, fueron acreditados.

A dicha conclusión arribó la Sala Superior, y hay que tener en cuenta que esta solución se justifica porque cuando el sentido de la ley es dudoso, el juzgador constitucional tiene que echar mano de todos los recursos que le brinda los métodos y técnicas interpretativas y de argumentación jurídica: declarativa, restrictiva, extensiva, progresista o evolutiva, gramatical, lógica-sistemática, histórica y finalista-teleológica.

Todos los criterios de interpretación no se excluyen los unos a los otros, es dable su combinación. Una jurisprudencia, por ejemplo, puede partir al mismo tiempo de una interpretación sistemática y de una funcional del precepto en cuestión.

En ese tenor, es obvio que la interpretación sólo resulta posible cuando hay preceptos que así lo ameriten, pero cuando la cuestión sometida al conocimiento del juzgador no se encuentra prevista en el ordenamiento positivo, aquél no puede dejar de resolver. Si existe una laguna en la ley (que no en el derecho), debe el juzgador colmarla. La misma ley le ofrece los criterios que han de servirle para el logro de tal fin. Casi todos los ordenamientos disponen que en situaciones de este tipo hay que recurrir a los principios generales del derecho o a la equidad. También la analogía juega un papel importante como método de integración de normas, ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto y atribuye a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto.

- **Abandono legal y jurisprudencial de la causa abstracta de nulidad.**

El trece de noviembre de dos mil siete se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, la reforma a varios artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos, el 99 para quedar de la manera siguiente:

> "**Artículo 99.**
> *(…)*
> Al Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, en los términos de esta Constitución y según lo disponga le ley, sobre:
> *(…)*
> **II.**
> Las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causas que expresamente se establezcan en la leyes."

Sobre este particular, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Gobernación, publicado en la Gaceta

Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2341-I, del viernes 14 de septiembre de 2007, se dijo lo siguiente:

> "…**Artículo 99**
>
> En los párrafos tercero y cuarto de la fracción segunda del Artículo en comento se establece la base constitucional para que tanto las Salas Regionales como la Sala Superior solamente puedan declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente establezcan las leyes; se prevé también la posibilidad de que pueda declararse o no la validez de la elección Presidencial y se realice en su caso la declaratoria de Presidente electo.
>
> Con estas reformas se perfecciona el sistema de nulidades electorales, cerrando la puerta a la creación de causales no previstas por la ley, que tanta polémica provocó en años pasados. Por otra parte, se llena el vacío existente desde 1996 respecto a la posibilidad de que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación declare la nulidad de la elección presidencial. La ley señalará las causales de nulidad aplicables a dicha elección."

En este contexto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha establecido que:

De acuerdo con la nueva disposición constitucional, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a partir del catorce de noviembre de dos mil siete, al analizar y resolver diversos medios de impugnación electoral, previstos en el citado artículo 99 constitucional, entre otros, los promovidos para impugnar las elecciones celebradas en los Estados de la República, a fin de elegir Gobernador, diputados locales y ayuntamientos, únicamente se debe ocupar de estudiar los conceptos de agravio expresados, en la respectiva demanda por los enjuiciantes, partidos políticos y coaliciones, siempre que versen sobre las causales de nulidad de la elección previstas expresamente en el ordenamiento legal aplicable, al caso particular.

Como consecuencia de lo anterior, a partir de esa misma fecha, dejó de tener aplicación la tesis de jurisprudencia identificada con el rubro "**NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA** (Legislación de Tabasco y similares)", consultable en la Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas doscientas a doscientas una, para los órganos jurisdiccionales federales y de las entidades federativas en las que no se establezca en su legislación la referida causa de nulidad.

- **SUP-JRC-604/2007. Elección municipal de Yurécuaro, Michoacán.**

En diciembre de 2007, el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, resolvió los juicios de inconformidad TEEM-JIN-049/2007 y TEM-JIN-050/02007 acumulados, promovidos por el Partido Acción Nacional y la Coalición por un Michoacán Mejor, en contra de la declaratoria de validez de la elección Municipal de Yurécuaro, Michoacán. Dicho asunto fue resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, confirmando la sentencia del Tribunal michoacano.

Lo interesante de este asunto radica en que el tribunal local aplicó en su resolución un tipo de nulidad electoral con base en la violación de principios mínimos de un proceso electoral y que se encuentran insertos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Tribunal michoacano basó su resolución en manifestar que en este asunto se violó tajantemente el principio de laicidad, el cual además fue determinante en el resultado final de la elección.

La nulidad por violación a principios constitucionales por parte del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán se fundamentó en que la planilla propuesta por el Partido Revolucionario Institucional a contender por la Presidencia Municipal de Yurécuaro, Michoacán utilizó durante el desarrollo del proceso electoral ordinario y específicamente en su campaña política, símbolos religiosos.

La resolución del Tribunal Electoral michoacano explicó que la sentencia no se resolvió bajo el criterio de la causal abstracta de nulidad de la elección, en virtud de que éste criterio fue declarado suspendido en razón de la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, sino que resolvieron el asunto al tenor de la aplicación de los artículos 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 35, fracción XIX del Código Electoral de Michoacán. Cabe mencionar que la violación a lo dispuesto por el citado código electoral fue declarada como sustancial y grave, atendiendo a principios jurídicos que vulneró y el carácter expreso de la prohibición alterada.

En el caso concreto, el veintitrés de diciembre de dos mil siete, en sesión pública y bajo una nueva reflexión la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, confirmó la nulidad de elección municipal en Yurécuaro, Michoacán, por el uso de símbolos y elementos religiosos en la campaña de un candidato, por considerar que esa conducta infringía la legislación local electoral y las constituciones estatal y federal.

En este asunto, el Partido Revolucionario Institucional impugnó la resolución del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, al señalar, entre otros aspectos, que la sentencia se sustentó en la nulidad de elección por causal abstracta, la cual se ha dejado de aplicar a partir de las reformas constitucionales en materia electoral, vigentes desde el 14 de noviembre del 2007.

Sobre este particular, los argumentos que sostuvieron en la sesión pública de resolución cada uno de los magistrados, y que resumen puntualmente su desarrollo, son los siguientes:

La entonces Magistrada Presidenta, María del Carmen Alanís Figueroa[242], ponente del asunto en cuestión, al comentar su proyecto, dijo que el candidato priista contravino disposiciones contenidas en la Constitución Federal y en el Código Electoral de Michoacán, con lo cual – a juicio del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán- no se observó el principio de separación Estado-Iglesia.

Igualmente, la ponente recordó que con motivo de las reformas constitucionales en materia electoral, las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sólo pueden declarar la nulidad de las elecciones por las causas expresamente previstas en la ley, por lo que la tesis de jurisprudencia que daba sustento a la "causal abstracta de nulidad" ha dejado de aplicarse.

En este caso, comentó la Magistrada Alanís, el Partido Revolucionario Institucional planteó la revisión de la legalidad de la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, con el argumento de que ésta se sustentó en la mencionada causal, ya que si bien es cierto que la falta en que se incurrió está prevista en la ley, no tiene asignada, como consecuencia, la invalidez de los comicios.

Alanís manifestó que lo anterior es infundado, ya que el artículo 35 del Código Electoral de Michoacán establece la prohibición de hacer campañas electorales utilizando símbolos, expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso.

Dicho artículo, explicó, reglamenta, en cuanto a la actividad de campaña, el mandato del artículo 130 de la Constitución Federal, en el cual se regula el principio histórico de separación Iglesia-Estado, conforme al

[242] Versión estenográfica de la sesión pública de resolución consultada en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

cual se pretende preservar la separación absoluta de las relaciones y actividades de las iglesias y el Estado, “como es, sin duda, la función estatal de organizar elecciones”.

Alanís Figueroa subrayó, además, que cuando un acto es contrario a la Ley Suprema, es decir, la Constitución Mexicana, “evidentemente no puede ser reconocido como válido”. Aclaró que, en este caso, no se restringe ni se priva a los ciudadanos del ejercicio de la libertad religiosa y de la libertad de culto consagradas en la Constitución, pero acotó que estás libertades “no son absolutas”, ya que tienen sus limitaciones, como se establece en la Constitución.

El magistrado Manuel González Oropeza, por su parte, expuso que el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán aplicó correctamente el contenido del artículo 130 de la Constitución, en el que se establece que al ser los procesos electorales una función estatal, estos deben estar absolutamente despojados de cualquier vinculación con una religión, con símbolos o con credos, porque este es un principio histórico que anima a nuestra Carta Magna durante “muchísimos años”.

En este sentido dijo, el Magistrado González Oropeza, que al confirmar la resolución del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, se está garantizando el principio de “supremacía Constitucional”, a pesar de que las infracciones previstas en la ley local no contemplan una sanción específica. Precisó, en otra intervención, que las constituciones son leyes, “leyes supremas”, y que la reciente reforma en materia electoral no ha derogado la aplicación de la Constitución para las elecciones. “Al contrario, yo creo que lo ha fortalecido”.

El magistrado José Alejandro Luna Ramos, en su turno, llamó la atención sobre el hecho de que si bien las aludidas reformas señalan que

sólo podrá declararse la nulidad por causas previstas en las leyes, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se le devuelve una facultad originalmente otorgada: *resolver la constitucionalidad y la interpretación de leyes estrictamente electorales*. Luna Ramos encomió el trabajo del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, pues opinó que éste realizó un trabajo de "cirujano experto", es decir, hizo una incisión entre lo que es la nulidad abstracta y lo que son violaciones a la Constitución.

Por su parte, el magistrado Flavo Galván Rivera subrayó que la responsabilidad del Tribunal Electoral es garantizar la constitucionalidad de las elecciones.

Y al referirse a la reforma en material electoral, en la que se establece que sólo podrá declararse la nulidad de una elección por causales que expresamente se establezcan en la ley, observó que "expresamente" no significa literal o textual.

"*Lo expreso*, sin necesidad de que se diga es causa de nulidad tal conducta, puede deducirse del orden constitucional o del orden legal", agregó.

También comentó que "el hecho de llevar a cabo una campaña mediante el uso de símbolos religiosos o la práctica de conductas religiosas es una conducta ilícita y, en consecuencia, es nula esa actuación electoral".

Al apoyar la resolución presentada al pleno, el magistrado Constancio Carrasco Daza manifestó que lo que estaba efectuando la Sala Superior era juzgar que la elección fue correctamente declarada inválida por el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán al haber apartado un candidato de un partido político de una obligación recogida en el Código Electoral de Michoacán.

La resolución recibió el voto unánime de los magistrados.

Con lo anterior se desprende que:

1. Si el legislador secundario regula expresamente en la ley causal de nulidad de elección, el Tribunal Electoral deberá anular en su caso fundándose en el precepto correspondiente. (Esto sería una causal específica o genérica con base legal)

2. **Si el legislador secundario no regula expresamente en las leyes causales de nulidad, pero el acto violenta preceptos constitucionales locales, que si regulan expresamente la conducta, el Tribunal Electoral tendrá que anular en su caso con fundamento en el precepto constitucional. (Causal específica de nulidad con base constitucional), este supuesto, en sí mismo, desde mi punto de vista es garantista, en términos de la teoría de Ferrajoli, pues coloca un freno a los poderes salvajes que introducen elementos disruptivos al orden constitucional.**

3. Si el legislador secundario no prevé causales de nulidad y tampoco el Constituyente, el Tribunal Electoral cuenta con facultades para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes y actos electorales. De ahí la naturaleza de Tribunal Constitucional en Materia Electoral.

- **Contraste garantista.**

La causa abstracta de nulidad se desprendía indirectamente vía de interpretación, del ordenamiento jurídico mexicano, sin embargo, requería de una reglamentación en la que se establezcan lineamientos precisos y

parámetros claros, que sirvan de base a las autoridades electorales en su aplicación, a fin de observar los principios constitucionales que rigen a toda elección democrática, de manera que, los ciudadanos, institutos políticos, organismos electorales y, en general, cada uno de los participantes del proceso electoral, conozcan previamente las normas electorales que rigen la contienda electoral y tengan la seguridad jurídica de que éstas, no serán modificadas durante dicha contienda, brindando además transparencia en el proceso, al crearse condiciones óptimas de una elección sana y democrática.

La causal abstracta de nulidad asumía un corte garantista, toda vez que establecía, vía interpretación judicial:

1. Las reglas generales en cuanto el desarrollo de las campañas electorales, así como, en lo referente a la tutela del sufragio durante la jornada electoral.

2. Los alcances y consecuencias jurídicas que puedan tener las actividades de las autoridades electorales, al realizar actos relacionados con la vigilancia y aseguramiento de condiciones de equidad durante el proceso electoral, así como la conducta asumida por los partidos políticos y demás actores participantes en la contienda electoral.

3. La regulación al principio de equidad, en cuanto al derecho a recibir financiamiento público directo para actividades ordinarias y gastos de campaña, así como del financiamiento privado; las prerrogativas para uso de los medios masivos de comunicación electrónica e impresa; La fijación de topes de gastos de campaña y sus consecuencias.

4. Los límites del factor determinante, cuando se esté ante la presencia de violaciones substanciales y generalizadas cometidas en una

elección, que pongan en peligro los principios constitucionales que rigen en materia electoral.

Para Santiago Nieto, en una opinión crítica de la sentencia bajo análisis:

> "Considera que el propio Zagrebelsky establece que los principios juegan un doble papel en el sistema jurídico: orientadores (axiológico) pero también normas jurídicas (prescriptivas), por lo que comparte la idea que el Tribunal Electoral debe resolver controversias que se plantean con base a la referencia a principios constitucionales".[243]

En su opinión, el problema radica en que las autoridades no aplican principios, sino reglas por la idea de la seguridad jurídica; el autor está de acuerdo con lo decidido por el Tribunal, atento que en el Estado Constitucional de Derecho debe aceptarse la facultad creativa de los juzgadores.

- Excursus. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como órgano contramayoritario.

El debate no es menor. Waldron señala expresamente que el control constitucional es inevitablemente antidemocrático y solo se justifica en un contexto de suma desconfianza hacia los procedimientos democráticos.

Desde su perspectiva:

> "Es inválido justificar el control jurisdiccional de la constitucionalidad aduciendo que la democracia funciona de manera imperfecta, porque si éste fuera el caso, lo que se

[243] NIETO, *Op. Cit*., págs. 190 y 191.

> debe hacer es corregir el procedimiento democrático, pero sin reemplazarlo por un procedimiento aristocrático".[244]

En América Latina, el debate ha adquirido una fuerte resonancia mediática y académica y va obteniendo su propia fisonomía. Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria en los siguientes términos:

> "La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. Cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático."[245]

Según Genaro Carrió:

> "Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos."[246]

---

[244]WALDRON, J, *A Rights-Based Critique of Constitucional Rights, Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, pág. 51.
[245] BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.pág. 16.
[246]CARRIÓ, Genaro, *Una defensa condicionada de la Judicial Revie*w, *fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad,* Nino, Carlos, *et al*., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 148.

Las circunstancias de la dificultad contramayoritaria en términos de Víctor Ferreres, se pueden resumir de la siguiente forma:

> **"1. La menor legitimidad democrática del juez constitucional.** La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional en cambio, no es elegido por el electorado por sufragio universal.
>
> En nuestro sistema constitucional, el senado de la República propone a los Magistrados de la Sala Superior y Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y éstos, si bien no invalidan leyes como la Suprema Corte de Justicia, sí inaplican normas contrarias a la Constitución o anulan leyes: *causal abstracta de nulidad o por violación a principios constitucionales.*
>
> **2. La rigidez de la Constitución**. El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de reforma constitucional) la decisión de un juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento agravado.
>
> En México, de acuerdo con el artículo 135 constitucional, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados.
>
> **3. La controvertibilidad interpretativa de la Constitución**. La interpretación del texto constitucional es problemática, especialmente, en materia de derechos y libertades, dada la

> abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y las colisiones entre las diversas disposiciones.”[247]

La pregunta fundamental de los críticos de este sistema es *¿quién es el Tribunal Electoral para sustituir al pueblo en una votación o al inaplicar normas?*, porque también sustituye en el plano de los hechos a los órganos representativos en sus valoraciones. O dicho de otra manera: *¿Qué razones justifican el papel activo del Tribunal Electoral como jueces constitucionales?*

Dworkin justifica la necesidad de una justicia constitucional porque estos jueces son los encargados de velar por las precondiciones de la democracia, lo que supone que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso.

Ernesto Garzón Valdés argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y por otra, que mantenga manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver.

> “La función de los jueces supremos afirma Garzón, no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular, sino por el contrario, en **colocar límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad”**.[248]

[247] FERRERES, Víctor, *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 42-45.
[248] GARZÓN, Valdés Ernesto, *El papel del Poder Judicial en la transición democrática*, La función judicial. Ética y democracia, Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (eds), Barcelona, Gedis, 2003. pág.129.

En razón de lo anterior, desde mi punto de vista, es correcto que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ejerza el control de la constitucionalidad abstracto, vía acción de inconstitucionalidad[249] y concreto, a través de la inaplicación de normas contrarias al texto constitucional, así como la nulidad de elecciones contrarias a los principios constitucionales, **atento a que siguiendo a Ferrajoli, los derechos fundamentales están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y la política, forman la esfera de lo indecidible y actúan como factores no sólo de legitimación sino también, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones**.[250]

4.1.1.2. *Derecho a la justicia accesible, completa y efectiva*.

Este importante derecho fundamental parte de la premisa establecida en el artículo 17 Constitucional[251], que a la letra dispone:

> "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

Esta norma Constitucional, según Héctor Fix Fierro y Sergio López Ayón[252] dispone el acceso a la justicia como derecho fundamental, y desde el punto de vista procesal, la competencia de tribunales que hagan posible tal derecho, así como el procedimiento en sentido estricto.

---

[249] Ello implicaría una reforma al artículo 99 constitucional, pero es necesario dotar de ese insumo al Tribunal Electoral, o bien como lo plantea el Mtro. Terrazas Salgado, crear una Sala Electoral en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
[250] FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág.24.
[251] Dicho numeral concuerda con el diverso 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
[252] FIX, Fierro Héctor *et al*., *El acceso a la justicia en México, una reflexión multidisciplinaria*, IIJ-UNAM., pág. 111.

Para estos autores, el acceso a la justicia también logra disminuir la desigualdad social[253], incluso en documentos de trabajo del Banco Interamericano de Desarrollo se puede apreciar que a través del acceso a la justicia, se pretende regular la desigualdad en América Latina, lo que implica analizar a este derecho desde distintos enfoques[254].

En la obra de Fix Fierro se realizó una exploración profunda a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de verificar el contenido y alcance de la garantía individual y resultan ilustrativos los siguientes criterios:

> "1. Garantía de jurisdicción: que ninguna controversia se quede sin resolver.
> 2. Ningún órgano jurisdiccional competente puede abstenerse de resolver.
> 3. Es contrario al artículo 17 Constitucional la disposición que permite a los tribunales no resolver el fondo de una cuestión."[255]

Sin embargo, el estudio realizado por Ana Laura Magaloni del Centro de Investigación y Docencia Económica, en un ensayo intitulado:

"*El Poder Judicial y su política de decidir sin resolver*" en el que cuestiona seriamente el papel del Poder Judicial en la arquitectura constitucional, tachándolo de poder débil.

[253] Sobre ese tema Mauro Capelleti trabajó el movimiento "hacer efectivos los derechos de las personas".
[254] THOMPSON, José (Coord), *Acceso a la justicia y equidad, estudio en siete países de América Latina*, San José, Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo. 2000.
[255] FIX, Fierro., *Op. Cit*., p. 115.

El razonamiento que plantea la investigadora consiste fundamentalmente, en que:

> "En un análisis estadístico del juicio de amparo, se concluye que no protege ni la Constitución ni los derechos fundamentales, toda vez que dos de cada tres asuntos se sobreseen, es decir, no se entra al estudio de fondo de la controversia bajo estudio.
>
> La causa que identifica dicho estudio es, precisamente, que los jueces federales son evaluados a partir del número de sentencias que emiten, sin verificar si conocen o no el fondo del asunto, lo que se traduce en una falta de compromiso del Poder Judicial."[256]

Ahora bien, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se ha apartado de los criterios formalistas y ha entendido con mayor exactitud el contenido y alcance del artículo 17 constitucional, de acuerdo a las siguientes tesis de jurisprudencia:

a) Datos de identificación. Número e instancia resolutoria.

Sala Superior. **Jurisprudencia 01/97.**

> **MEDIO DE IMPUGNACIÓN. EL ERROR EN LA ELECCIÓN O DESIGNACIÓN DE LA VÍA NO DETERMINA NECESARIAMENTE SU IMPROCEDENCIA.** Ante la pluralidad de posibilidades que la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral da para privar de efectos jurídicos a los actos y resoluciones electorales, es factible que algún interesado exprese que interpone o promueve un determinado medio de impugnación, cuando en realidad hace valer uno diferente,

[256] MAGALONI, Kerpel Ana Laura*, El Poder Judicial y su política de decidir sin resolver*, Centro de Investigación y Docencia Económica, documento de trabajo, México, 2001, pág. 82.

o que, al accionar, se equivoque en la elección del recurso o juicio legalmente procedente para lograr la corrección o la satisfacción de la pretensión que se propone. Sin embargo, si: a) se encuentra identificado patentemente el acto o resolución que se impugna; b) aparece manifestada claramente la voluntad del inconforme de oponerse y no aceptar ese acto o resolución; c) se encuentran satisfechos los requisitos de procedencia del medio de impugnación legalmente idóneo para invalidar el acto o resolución contra el cual se opone reparo o para obtener la satisfacción de la pretensión, y d) no se priva de la intervención legal a los terceros interesados; al surtirse estos extremos, debe darse al escrito respectivo el trámite que corresponda al medio de impugnación realmente procedente, porque debe tenerse en cuenta que conforme a la fracción IV del artículo 41 Constitucional, uno de los fines perseguidos con el establecimiento de un sistema de medios de impugnación consiste en garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales; por tanto, dentro de los derechos electorales reconocidos en la Carta Magna a los ciudadanos, agrupados o individualmente, destaca el de cuestionar la legalidad o la constitucionalidad de los actos o resoluciones electorales que consideren les causa agravio, cuestionamiento que se sustancia en un proceso de interés público, cuyo objeto, por regla general, no está a disposición de las partes, por estar relacionado con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esto debe complementarse con la circunstancia de que el artículo 23, párrafo 3, de la ley secundaria citada previene que, si se omite el señalamiento de preceptos jurídicos presuntamente violados o se citan de manera equivocada, en la resolución que se emita deben tomarse en consideración las disposiciones que debieron ser invocadas o las que resulten aplicables al caso concreto. En observancia a lo anterior, se arriba a la solución apuntada, pues de esta manera se verá colmado el referido fin del precepto constitucional invocado, con la consiguiente salvaguarda de los derechos garantizados en él, lo que no se lograría, si se optara por una solución distinta, que incluso conduciría a la inaceptable conclusión de que esos derechos pudieran ser objeto de renuncia.

Jurisprudencia 3/2000

AGRAVIOS. PARA TENERLOS POR DEBIDAMENTE CONFIGURADOS ES SUFICIENTE CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR. En atención a lo previsto en los artículos 2o., párrafo 1, y 23, párrafo 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que recogen los principios generales del derecho *iuranovit curia* y *da*

> *mihifactumdabo tibi jus(el juez conoce el derecho* y *dame los hechos y yo te daré el derecho),* ya que todos los razonamientos y expresiones que con tal proyección o contenido aparezcan en la demanda constituyen un principio de agravio, con independencia de su ubicación en cierto capítulo o sección de la misma demanda o recurso, así como de su presentación, formulación o construcción lógica, ya sea como silogismo o mediante cualquier fórmula deductiva o inductiva, puesto que el juicio de revisión constitucional electoral no es un procedimiento formulario o solemne, ya que basta que el actor exprese con claridad la causa de pedir, precisando la lesión o agravio que le causa el acto o resolución impugnado y los motivos que originaron ese agravio, para que, con base en los preceptos jurídicos aplicables al asunto sometido a su decisión, la Sala Superior se ocupe de su estudio.

b) Síntesis del problema planteado.

Las dos tesis de jurisprudencia que anteceden demuestran una peculiaridad del derecho electoral y la interpretación en sede judicial: *su vocación garantista*, en el sentido pleno del término, ya que se protege el derecho fundamental de acceso a la justicia.

1. En la primera de ellas observamos que ante la pluralidad de medios de impugnación en materia electoral federal (7), la autoridad resolutora debe considerar que si se satisfacen determinados requisitos, deberá admitir el medio de impugnación.

   Dichos requisitos son:

a) Identificar plenamente el acto o resolución que se impugna.
b) Voluntad manifiesta de oponerse al acto o resolución.
c) Satisfacción de los requisitos del medio de impugnación.
d) Intervención legal de los terceros interesados.

Es decir, con la actualización de los requisitos bajo examen, no importa si se denominó bien o de forma incorrecta el medio de impugnación, pues en un ánimo garantista, la Sala resolutora deberá proveer de conformidad y entrar al estudio del problema planteado, dejando de lado el desechamiento típico que ha históricamente al Poder Judicial Federal.

2. En la segunda de las tesis aludidas, la Sala Superior se aparta de un criterio sostenido de manera constante en el Poder Judicial de la Federación, dado que por años, la costumbre jurídica ha sido pedir justicia a través de las fórmulas silogísticas, y de igual forma, el juzgador de amparo respondía o responde en algunos casos, en su sentencia con silogismos en sus distintas versiones[257]:

SILOGISMO JURÍDICO

Premisa mayor	Ley o porción normativa en que se basa la decisión.
Premisa menor	Caso concreto
Conclusión	Ajuste de la norma y el caso particular.

En ese tenor, en materia electoral, de conformidad a esta tesis, no importa la construcción lógica de los agravios, sino que se evidencie una petición o principio de agravio, para que el Tribunal se avoque al conocimiento de la causa planteada.

c) Argumentación de la Sala.

Los argumentos torales que sostienen estas interpretaciones son los siguientes:

[257] Sobre este particular también el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en jurisprudencia firme sobre el llamado formalismo enervante, el cual ha sido introducido en la judicatura mexicana por el Magistrado Santiago Nieto Castillo, en el diverso **ST-JDC-97/2008**, respecto del cual se hará un análisis en un apartado diferente.

Respecto a la tesis 01/97, se dice en la parte considerativa de la sentencia que ante la pluralidad de posibilidades que la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral da para privar de efectos jurídicos a los actos y resoluciones electorales, es factible que algún interesado exprese que interpone o promueve un determinado medio de impugnación, cuando en realidad hace valer uno diferente, o que, al accionar, se equivoque en la elección del recurso o juicio legalmente procedente para lograr la corrección o la satisfacción de la pretensión que se propone.

Sin embargo, si en el caso concreto:

a) Se encuentra identificado patentemente el acto o resolución que se impugna;

b) Aparece manifestada claramente la voluntad del inconforme de oponerse y no aceptar ese acto o resolución;

c) Se encuentran satisfechos los requisitos de procedencia del medio de impugnación legalmente idóneo para invalidar el acto o resolución contra el cual se opone reparo o para obtener la satisfacción de la pretensión, y

d) No se priva de la intervención legal a los terceros interesados; al surtirse estos extremos, debe darse al escrito respectivo el trámite que corresponda al medio de impugnación realmente procedente, porque debe tenerse en cuenta que conforme a la fracción IV del artículo 41 constitucional, uno de los fines perseguidos con el establecimiento de un sistema de medios de impugnación consiste, en garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales;

Por tanto, dentro de los derechos político - electorales reconocidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, de conformidad con la reforma de junio de 2011, a los ciudadanos, agrupados o individualmente, destaca el de cuestionar la legalidad o la constitucionalidad de los actos o resoluciones electorales que consideren les causa agravio, el cual se sustancia en un proceso de interés público, cuyo objeto, por regla general, no está a disposición de las partes, por estar relacionado con derechos fundamentales.

Esto debe complementarse con la circunstancia de que el artículo 23, párrafo 3[258], de la ley secundaria citada previene que, si se omite el señalamiento de preceptos jurídicos presuntamente violados o se citan de manera equivocada, en la resolución que se emita deben tomarse en consideración las disposiciones que debieron ser invocadas o las que resulten aplicables al caso concreto.

En observancia a ello, se arriba a la solución apuntada, pues de esta manera se verá colmado el referido fin del precepto constitucional invocado, con la consiguiente salvaguarda de los derechos garantizados en él, lo que no se lograría, si se optara por una solución distinta, que incluso conduciría a la inaceptable conclusión de que esos derechos pudieran ser objeto de renuncia.

- Respecto a la tesis 3/2000, la Sala Superior sostuvo que es necesario entrar al estudio de fondo de una controversia, atento a que dicho órgano jurisdiccional debe valorar, siendo suficiente, para tener por satisfecho el requisito de procedibilidad, la mención de los preceptos constitucionales que el actor estima violados o, incluso, cuando sin hacer mención expresa de tales preceptos, exprese razonamientos enderezados a demostrar la indebida aplicación o incorrecta interpretación de

[258] Porción normativa antes de la reforma Constitucional y legal de 2007 y 2008.

determinada norma jurídica en el acto o resolución impugnado, que supongan una presunta violación a los principios de constitucionalidad y legalidad electoral.

d) Contraste garantista.

Las tesis reseñadas sintetizan, en mi parecer, un proceso de decisiones correctas en la Sala Superior, ya que abandonan el criterio formalista y paleopositivista construido en la aplicación judicial del derecho en México, por las siguientes consideraciones:

1. Realizan una interpretación amplia para cumplir con los requisitos procesales.

2. Contemplan la suplencia en la deficiencia de la exposición de agravios, en beneficio del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

3. Si se omite un requisito menor, la autoridad jurisdiccional puede prevenir al actor para que lo subsane y continúe la secuela procesal.[259]

En este tenor, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación hace intentos serios por mejorar el sistema de impartición de justicia en México.

4.1.1.3. Presunción de inocencia. *Caso Greg*

a) Datos de identificación.SUP-JDC-157/2010

b) Síntesis del problema planteado:

[259] Existen otros criterios de tipo garantista que no se desarrollarán pero que pueden ser de utilidad para ilustrar el tema: Omisiones en materia electoral; improcedencia del desistimiento tratándose de acciones tuitivas.

El caso se puede reconstruir de la siguiente forma:

Gregorio Sánchez Martínez fue registrado como candidato a Gobernador en el estado de Quintana Roo, por una coalición electoral denominada "*Mega Alianza, todos unidos por Quintana Roo*", la cual se integraba por los partidos de la Revolución Democrática, Convergencia y del Trabajo.

Sin embargo, un mes después de haber sido registrado candidato, el Juez Segundo de Procesos Penales Federales de El Rincón, Municipio de Tepic, Nayarit dictó auto de formal prisión en la causa penal 122/2010-VI en contra de Gregorio Sánchez Martínez por su probable responsabilidad en la comisión de diversos delitos.

Como resultado de lo anterior, el Instituto Electoral de Quinta Roo canceló el registro de dicho candidato; contra tal determinación, Sánchez Martínez promovió un juicio para la protección de los derechos político – electorales del ciudadano, en el que alegó, sustancialmente los siguientes agravios procesales, formales y de fondo:

> "a) Cumplimiento de requisitos de elegibilidad.
>
> b) Indebida fundamentación y motivación del acto de autoridad.
>
> c) Como violación de fondo, el actor alegó que no existía definitividad ni firmeza del auto de formal prisión emitido por el Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Estado de Nayarit, porque fue recurrido, vía apelación, por lo que su situación jurídica se encontraba *sub iudice.* Si se consideraba lo contrario, y se le daba el carácter de definitivo al auto de formal prisión, se violarían en su perjuicio los principios relativos a la "*presunción de inocencia*" y la "*definitividad y firmeza, de las resoluciones judiciales*". Y por

> tanto, si en ese orden de ideas, no se había dictado hasta el momento sentencia definitiva que acredite su responsabilidad en delito alguno, razón por la cual su situación jurídica no era definitiva y, por tanto, si se le privaba de su derecho de ser votado, se violarían los principios referidos, establecidos en diversos tratados internacionales y jurisprudencia que rescatan en beneficio de todo procesado, la presunción de inocencia."

c) Argumentación de la Sala.

En concepto de la Sala Superior, Gregorio Sánchez Martínez se coloca en la hipótesis de imposibilidad de permanecer como candidato en virtud de que, admitir lo contrario conduciría a afectar el principio de certeza en el proceso electoral, dado que, en el eventual caso de que resultara vencedor, estaría imposibilitado para asumir o ejercer el cargo por el cual contiende **por estar privado de su libertad**.

En efecto, la Sala considera que si la finalidad de toda elección democrática es determinar, de entre el conglomerado social, a uno o varios de los individuos que, una vez designados por el mandato popular, habrán de desempeñar una determinada actividad en el orden de gobierno con la finalidad de representar los intereses populares.

Para ello, es indispensable que el electorado, tenga plena certeza de que los ciudadanos que han sido postulados, en caso de verse favorecidos con la mayoría de los sufragios estén en aptitud de desempeñar tal encomienda y ejercer las funciones atinentes.

En caso contrario, de permitirse participar a una opción política que no está en aptitud de acceder al mandato que la ciudadanía le encomiende, se induce al error al electorado, ya que se le generaría la falsa expectativa

de que un candidato de su eventual preferencia pueda obtener la mayoría de votos, erigirse en triunfador y, consecuentemente, asumir y ejercer el cargo de elección popular.

En resumen, según la sentencia de la Sala, no es concebible, ni aceptable el permitir que una persona que se encuentre privada de su libertad en un centro penitenciario pueda ser candidato a un cargo de elección popular.

Luego entonces, a fin de no trastocar el citado principio de certeza, la Sala Superior estableció que es indispensable inhibir la participación en la contienda de cualquier candidato que a la postre pudiera verse impedido para acceder y desempeñar el cargo que al que se le postula.

En atención a esto, si en autos estaba acreditado, fehacientemente, que Gregorio Sánchez Martínez se encontraba sujeto a un proceso penal federal por la comisión de diversos ilícitos y que debería enfrentar el mismo recluido en un centro de readaptación social por no poder gozar del beneficio de libertad caucional, es claro que se debía impedir su participación como candidato al cargo de Gobernador, con la finalidad de salvaguardar la certeza en el resultado de las elecciones en el Estado de Quintana Roo. Como consecuencia de ello, la Sala canceló su registro como candidato a Gobernador.

Es importante resaltar que, en diversas ejecutorias, la Sala estableció el criterio relativo a que, en determinados casos, aunque exista auto de formal prisión, si la persona goza del beneficio de la libertad bajo caución, puede ejercer sus derechos político-electorales, pues, en esa hipótesis, no tiene impedimento alguno para ejercer sus derechos político-electorales, concretamente, los relacionados con la asunción del cargo y su desempeño.

Esto guarda congruencia con lo dispuesto por el artículo 20, párrafo primero, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que señala que constituye un derecho de toda persona imputada, que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Lo anterior, ya que al contar con el beneficio de la libertad bajo caución, el sujeto tiene la posibilidad material y jurídica de realizar sus actividades facilitando con ello la disponibilidad fáctica del ejercicio de sus derechos político-electorales.

Sin embargo, la Sala intenta diferenciar esta situación, al decir que cuando la persona no goza de alguno de esos beneficios, existe el impedimento **jurídico y material** para que pueda ejercer sus actividades cotidianas y sus derechos político-electorales, ya que por una parte, no podría ejercer el derecho de voto ni tampoco plenamente el de ser votado.

En efecto, en el expediente identificado con la clave **SUP-JDC-85/2007** la controversia versó respecto de que José Gregorio Pedraza Longi, se encontraba sujeto a proceso penal como presunto responsable de la comisión de diversos delitos de carácter culposo y **gozaba de la libertad bajo caución**, puesto que los delitos que se le imputaron no eran de carácter grave. Se valoró entonces que como no existía una resolución definitiva en el procedimiento penal que lo reprimiera en su esfera jurídica y le impidiera materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco había razones que justificaran la suspensión en su derecho político-electoral de votar.

Incluso, derivado de ese asunto se integró la tesis relevante XV/2007, cuyo rubro y texto refieren:

SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD.—La interpretación armónica, sistemática y funcional del artículo 38, fracción II, en relación con los artículos 14, 16, 19, 21 y 102, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, párrafo 2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, párrafo 5, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite concluir que la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión no es absoluta ni categórica. **En efecto, las referidas disposiciones establecen las bases para admitir que, aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al habérsele otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere recluido a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales; pues resulta innegable que, salvo la limitación referida, al no haberse privado la libertad personal del sujeto y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos**. Por lo anterior, congruentes con la presunción de inocencia reconocida en la Constitución Federal como derecho fundamental y recogida en los citados instrumentos internacionales, aprobados y ratificados en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la suspensión de derechos consistente en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano relativos a la participación política, debe basarse en criterios objetivos y razonables. Por tanto, tal situación resulta suficiente para considerar que, mientras no se le prive de la libertad y, por ende, se le impida el ejercicio de sus derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión o merma en el derecho político-electoral de votar del ciudadano.

Mención aparte requiere el caso del expediente **SUP-JDC-670/2009** promovido por Julio César Godoy Toscano, candidato triunfador en la elección de diputados para la LXI Legislatura del Congreso de la Unión, se encontraba sujeto a proceso penal por su probable responsabilidad en los delitos de delincuencia organizada y contra la salud en su modalidad de

colaborar de cualquier manera al fomento para posibilitar la ejecución de algún delito contra la salud al inicio de la presente Legislatura y en calidad de prófugo de la justicia –desde la clandestinidad– buscó la protección de la justicia electoral federal ante la negativa del Secretario General de la Cámara de Diputados de tomarle la protesta al cargo y obtener inmunidad procesal) por existir una orden de aprehensión y estar suspendido de sus derechos políticos de acuerdo con la fracción V, del artículo 38 Constitucional.

El derecho reclamado era el de sufragio pasivo, en su vertiente de acceso al cargo. En esa ocasión, este órgano jurisdiccional confirmó la imposibilidad para que el actor tomara protesta como diputado federal.

De este asunto, emanó la tesis relevante IX/2010, cuyo rubro y texto dicen:

> **SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES. TRATÁNDOSE DE PRÓFUGOS DE LA JUSTICIA, NO REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL.—**De la interpretación sistemática del artículo 38, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la suspensión de derechos político electorales del ciudadano por estar prófugo de la justicia, desde el dictado de la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, no requiere declaración judicial o de alguna otra autoridad que así lo determine, puesto que surte efectos de pleno derecho al actualizarse el supuesto normativo consistente en que se libre la orden de aprehensión, y la exigencia material atinente a que el sujeto contra quien se emitió evada la acción de la justicia; lo que se corrobora con la interpretación sistemática de la citada disposición jurídica con las diversas fracciones IV y VI del propio precepto constitucional, que establecen las hipótesis de vagancia, ebriedad consuetudinaria y la suspensión de derechos impuesta como pena, casos en los cuales el constituyente sí estableció expresamente la necesidad de su declaración judicial.

Un precedente más reciente, se integró derivado de la impugnación presentada con motivo de que el candidato Martín Orozco Sandoval fue

sujeto a un proceso penal como presunto responsable por la comisión de los delitos de fraude, peculado, atentados al desarrollo urbano, ejercicio indebido del servicio público y tráfico de influencias, que presuntamente llevó a cabo durante su encargo como Presidente Municipal del Ayuntamiento de Aguascalientes, impugnó la negativa de registro del Instituto Electoral de la entidad como candidato a Gobernador.

En esa ocasión, la Sala Superior al dictar sentencia en el expediente **SUP-JDC-98/2010** revocó el acuerdo que negaba el registro de la candidatura, pues si bien se encontraba sujeto a proceso penal, lo cierto es que **gozaba de libertad caucional**, concedida por el Juez debido a que los delitos imputados no eran graves.

En el caso que nos ocupa, se decretó que Gregorio Sánchez Martínez estaba impedido jurídica y materialmente para el ejercicio de sus derechos político-electorales, por encontrarse privado de la libertad debido a un auto de formal prisión dictado en su contra.

d) Contraste garantista. La pregunta a responder es simple pero con fondo y muy compleja: *¿la decisión judicial reviste criterios de corte garantista?*

El procesalista Santiago Sentís Melendo comenta que:

> "Es necesario considerar que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que erige al proceso penal de corte liberal, basado en el anhelo de los hombres por tener un sistema de justicia que proteja los derechos fundamentales de los individuos frente a la arbitrariedad del poder".[260]

[260] SENTIS, Melendo Santiago, *In dubio pro reo*, Ed. Jurídicas, Buenos Aires, Europa, 1975, pág. 85.

Si deseáramos simplificar el planteamiento esencial de este trabajo tendríamos que empezar afirmando que conforme a las bases teóricas de una democracia y pese a que no pueda demostrarse científicamente, el hombre es un ser libre y por tanto, el Estado debe proveer las condiciones necesarias para el adecuado desarrollo de su personalidad tal como se deduce del contenido de múltiples dispositivos constitucionales, pero en especial del 1º, 4º, y 5º. Consecuentemente, la autoridad debe mesurar su poder, en especial el *iuspuniendi,* para intervenir en forma racional al solucionar los conflictos interpersonales y sólo en el mínimo necesario para evitar la venganza privada y hacer posible la vida social.

El principio de mínima intervención y del bien jurídico, son formulaciones de corte democrático que señalan que el Estado sólo puede participar en la vida de relación particular si el ataque resulta intolerable y se dirige contra un bien jurídico esencial para la vida común, pero también lo son la prohibición de exceso, el principio de proporcionalidad (*stricto sensu*), y la adecuación que subrayan que la actividad de la autoridad debe reducirse al mínimo indispensable y en materia de penas que éstos sean proporcionales al delito cometido y más concretamente a la culpabilidad del agente y desde luego, que esa pena tenga relación o sea adecuada para la protección del bien jurídico concreto y a la acción descrita en el tipo penal.

En esa tarea, el derecho penal, la ley en general, la política criminal, el sistema de justicia y el Estado mismo, son instrumentos al servicio del hombre y no a la inversa, por lo tanto, todas las actividades del Estado Mexicano deben dirigirse a satisfacer las necesidades de sus habitantes y para ello, el sistema de justicia, concretamente el penal, debe organizarse en forma congruente e integral y lo mismo la ley penal que luego debe ser interpretada y aplicada racionalmente y con la finalidad de alcanzar las mayores libertades posibles.

No debe perderse de vista que los derechos políticos, son un sector de los llamados derechos humanos, tal como lo sostuvo Rousseau al examinar su naturaleza y como ha sido reconocido y regulado en diversos instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, destacando por su importancia el contenido del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde para su adecuada protección, se autoriza a los Estados poder restringirlos, pero acotando los supuestos en que eso sea posible. Entre esos casos destaca el de la existencia de una condena penal. Debe subrayarse el hecho de que se trata de una “condena” y no una simple causa penal como ocurre en México.

Así pues, si el hombre es libre y el Estado, por mandato constitucional, debe establecer las condiciones necesarias para hacer posible esa libertad, moderando su poder e interviniendo lo mínimo indispensable; es bastante claro que se aparta y contraviene las bases teóricas de una democracia, al disponer en sus leyes la suspensión de derechos políticos sólo por “causa” penal y no por “condena” penal y en casi todos los supuestos procesales, es decir, por orden de aprehensión, por auto de formal prisión y por consecuencia de una pena corporal, pues con ello además puede transgredirse lo dispuesto en el numeral 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sólo se refiere a la condena penal.

No es deseable ni adecuado (porque eso transgrede el principio democrático de la mínima intervención), que el Estado intervenga como autoridad ejerciendo el *iuspuniendi*, suspendiendo o cancelando a título de pena o consecuencia jurídica del delito (o incluso bajo otras denominaciones) los derechos políticos, cuando en realidad, tratándose de un sector de los derechos humanos requieren protección especial.

Debe reconocerse que son otras las razones por las cuales existe tanto interés por ordenar esa suspensión, razones que pueden ser justificadas pero en términos económicos o políticos y no por razones de carácter penal donde sólo se advierte la necesidad de su aplicación, tratándose de los delitos electorales por transgredirse justamente esos derechos al coaccionarse o negociarse indebidamente.

Sería oportuno distinguir (y también uniformar) el uso de la estrategia de suspender los derechos políticos como pena, como consecuencia de una sanción y como una medida procesal o incluso adelantada al proceso para lograr congruencia sistemática y evitar autoritarismo.

Al respecto, conviene hacer notar que como medida procesal, a la manera de la prisión preventiva, que es una medida cautelar que asegura la presencia del justiciable en el proceso; no es posible afirmar que con tal suspensión se consigan esos resultados.

En otras palabras, **la suspensión de derechos políticos no sirve para asegurar algo en el proceso, en cambio, sí puede estar sirviendo calladamente para asegurar otros intereses que rebasan el ámbito penal.**[261] Por lo demás, su uso como consecuencia de una pena hace cuestionar su naturaleza pues no es una pena "formal" pero tampoco queda muy lejos de ella. La interpretación jurisprudencial señala que en este caso se trata de una pena accesoria.

Tampoco puede soslayarse que la naturaleza misma de la suspensión queda oscurecida con la propia redacción de los artículos 35 *versus* 36 de la Constitución, pues se le reputa a la vez derecho y

[261] La experiencia indica que al tratarse de la materia política y que el juez constitucional es un juez de la política y en ella se valen toda una serie de artificios para conseguir y conservar el poder, es necesario tener los mecanismos procesales y jurídicos para evitar venganzas y revanchas en la arena política.

obligación, lo que por necesidad, impediría decidir adecuadamente si su suspensión puede (en ambos caso) ser materia de una pena en el sentido fuerte de la expresión, es decir, en el sentido retributivo o como castigo, pues desde luego no es lo mismo que en vía de pena se suspenda o cancele un derecho a que se releve de una obligación.

En cuanto a la regulación de la medida en la legislación mexicana, como ya se ha dicho, por un lado parece excesiva, supuesto que en términos del artículo 38 Constitucional procede en casi cualquier supuesto procesal y por otro lado, también se advierte cierta antinomia con el artículo 45 del Código Penal Federal que la limita al momento de la condena (con lo que resultaría más acorde con la regulación internacional).

Sin embargo, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación canceló la posibilidad de dar congruencia o al menos interpretar sistemáticamente el tema, que por vía de interpretación judicial que se intentaron por los Tribunales Colegiados, al resolver (la Corte), que no se trata de una ampliación de garantías y que debe ordenarse la suspensión dada la supremacía constitucional y el diverso momento procesal.

Finalmente, como pena, debe seguir también los principios de una política crimina propia de un Estado de derecho de ahí por tanto que deba tener una utilidad en orden a la vida en comunidad y no ser sólo retributiva de culpabilidad.

Consecuentemente, deben observarse también tanto en su formulación legislativa como en su aplicación, los principios pertinentes, destacando el de necesidad y el de adecuación según el hecho cometido y el bien jurídico a proteger y en ese sentido, es obvio que la suspensión de los derechos políticos es adecuada cuando se hace mal uso de ellos según los tipos penales ya legislados en materia electoral, sea por existir coacción

o negociación de ellos, pero no parece adecuada para muchos otros tipos que tutelan la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad sexual, etc. y menos aún para todos, por tal razón considero que la Sala Superior no asume el garantismo de Ferrajoli en esta sentencia.

Es importante conocer la opinión de Luis Efrén Ríos Vega, quien sobre este asunto, matiza, desde la filosofía del Derecho varias soluciones:

> "Es el problema de las candidaturas peligrosas. Cada país presenta sus propias categorías según sus contextos: los torturadores en Argentina, los parapolíticos en Colombia, los pro-terroristas en España, los pro-mafiosos en Italia, los golpistas en Honduras, Guatemala y Letonia, los pro-fundamentalistas en Turquía, etc.
>
> En México, ¿cómo se resuelven las candidaturas presuntamente violadoras de la ley penal? La constitución establece la regla del 38: toda persona sujeta a la formal prisión constituye un caso de suspensión. ¿Es obvia y clara la norma? Para unos sí, para otros no. Existen cuatro concepciones posibles que se han ido narrando en sede judicial.
>
> 1. **La paleopositivista**. La regla del 38 opera de manera absoluta, categórica y automática, sin importar el delito. Basta la formal prisión para que opere de manera mecánica la suspensión preventiva, estemos de acuerdo o no con ella: la ley es dura, pero es la ley, pero qué es la ley es el problema.
>
> Esta versión es la menos plausible. No solo porque las restricciones a los derechos no son absolutas: están sujetas a condiciones razonables (causa justificada de manera

proporcional), sino también debido a que la regla de la aplicación directa de la constitución de una restricción por causa penal, opera con reserva legal, por lo que es demasiado cuestionable que se pretenda limitar un derecho sin estricta legalidad y proporcionalidad.

Se pretende leer la constitución mediante una intuición general, pero sin rigor conceptual: la restricción opera en todos los casos, por cualquier delito y bajo cualquier circunstancia de la formal prisión. Es un absurdo que contradice el propio textualismo constitucional: todo acto de molestia debe individualizarse.

2. **La principalista**. Esta es una fórmula sofisticada pero polémica. El principio de la presunción de inocencia es suficiente para derrotar la regla del 38: como toda persona debe ser tratado como inocente, mientras no exista sentencia definitiva, debe prevalecer, por el principio de igualdad, la libertad ciudadana frente a la sospecha penal, sin importar si el delito es grave o no (Ackerman, Proceso, 06.06.2010). Se trata de una lectura moral de un principio constitucional: la mejor concepción de la presunción de inocencia como regla de juicio significa que a nadie se le debe privar anticipadamente sus derechos políticos, con el objeto de evitar violaciones irreparables a los inocentes.

¿Cuál es el problema? La SCJN lo ha dicho: la regla del 38 por auto de formal prisión o por sentencia son supuestos diferentes. Luego entonces, no se puede predicar una contradicción normativa entre ámbitos de regulación constitucional diferente. Una cosa es la suspensión preventiva como medida cautelar, otra muy distinta la definitiva como pena, por lo que la regla del 38 no es derrotable por disensos de convicción moral.

En el fondo la línea principalista resulta interesante pero innecesaria: creo que los problemas concretos se pueden resolver sin necesidad de forzar tanto la regla del 38: las siguientes alternativas son más rigurosas, moderadas y adecuadas.

3. La textualista. Esta es la fórmula Pedraza [2007] que se repite en García [2007], Hernández [2007] y Orozco [2010]: si el delito es leve y hay libertad provisional, no hay razón suficiente para suspender los derechos políticos porque no existe la prisión preventiva, condición textual y accesoria que exige la constitución como efecto de la formal prisión.

Esta solución fue suficiente para resolver un cierto de tipo de casos: en el discurso constitucional no es razonable, por ejemplo, imponer suspensiones preventivas a personas en libertad, porque la propia constitución, como se dijo desde Menes [2000], no opera en los autos de sujeción a proceso. Luego entonces, resultaría contrario al principio de igualdad que una persona en libertad por sujeción a proceso o por fianza, tuviera restringidos, en un caso sí y en otro no, su libertad electoral cuando en ambos ni siquiera tendría limitada su libertad personal.

4. La garantista. Otra solución más afinada del TEPJF subyace en el caso Constantino [2006]: no hay suspensión de derechos políticos si el delito no merece proporcionalmente tal restricción. Es decir, si se pretende limitar la libertad electoral se debe justificar la idoneidad, utilidad y necesidad bajo los principios de estricta legalidad y proporcionalidad penal. Este me parece que es el mejor camino que se apuntó de manera más clara en la discusión del caso Orozco [2010].

> Esta última solución es la que tiene mayor respaldo en la norma constitucional: si se pretende limitar el derecho a ser votado por causa penal, deben existir razones suficientes y convincentes para argumentar la causa debida de la restricción cautelar conforme al principio de lesividad: no hay suspensión sin conducta que la merezca de manera proporcional."[262]

4.1.1.4. Maximización del derecho a ser votado e interpretación conforme: Caso Hank.

a) Datos de identificación. SUP-JDC-695/2007.

b) Síntesis del problema planteado:

El 6 de julio de 2007, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió el juicio promovido por Jorge Hank Rhon contra una resolución del Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California que revocó el acuerdo favorable a su registro a Gobernador en dicha entidad federativa.

En síntesis, los hechos que dieron lugar a esa causa fueron los siguientes.

a) Jorge Hank Rhon fue electo Presidente municipal del Ayuntamiento de Tijuana para el periodo comprendido entre los años 2004 a 2007 cuando solicitó su registro como candidato a Gobernador del estado de Baja California.

[262] http://nuestrarevista.com.mx/portal/index.php?option=com_k2&view=item&id=232:las-candidaturas-peligrosas-el-caso-greg&Itemid=8, consultado el 18 de julio de 2012.

b) El párrafo sexto del artículo 41, de la Constitución de Baja California exigía a los candidatos:

> "No tener empleo, **cargo o comisión en el Gobierno** Federal, Estatal y **Municipal**, en los Organismos descentralizados municipales o estatales, o instituciones educativas públicas; **salvo que se separen en forma provisional, noventa días antes del día de la elección."**

Esto significa que la separación provisional de su cargo de Presidente Municipal sería la exigencia que le bastaría satisfacer para concurrir a las elecciones de Gobernador.

Sin embargo, este precepto constitucional no es el único relevante en este caso, pues desde la reforma de los artículos 18,42 y 80 de la Constitución de Baja California, el párrafo tercero del artículo 42 indica que no podrán ser electos gobernadores:

> **"Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, Presidentes Municipales, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el periodo para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieran ejerciendo el cargo."**

De la interpretación de estos preceptos jurídicos se desprende que:

1. Jorge Hank Rhon podría haber concurrido, hipotéticamente, en su condición de Presidente Municipal a las elecciones de Gobernador del Estado de Baja California en comicios celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional del año 2002. Para ser elegible

Gobernador antes de esta fecha, le habría bastado con separarse provisionalmente de su cargo municipal 90 días antes de la elección.

2. Después de esta reforma, su candidatura resulta inviable jurídicamente, atento que su eventual separación el cargo de Presidente Municipal de Tijuana no impediría en ningún caso que su candidatura al cargo de Gobernador coincidiera en el tiempo con el periodo para el que había sido elegido Presidente Municipal, que es lo que en su nueva redacción el articulo 42 en su párrafo sexto impide.

En suma, todo parece indicar que antes de la entrada en vigor del Derecho número 99 estaban claramente permitidas candidaturas como la del señor Hank Rhon y después de esta fecha, claramente prohibidas por la razón indicada.

c) Argumentación de la Sala.

La doctrina, en voz de Alfonso García Figueroa, de la Universidad de Castilla – La Mancha, establece que existen dos grandes formas de aproximarse a los casos difíciles:

> 1.**La aproximación legalista clásica,** óptica bajo la cual vendría a reducirse el caso Hank Rhon a algún tipo de antinomia normativa dentro del ordenamiento que debe ser resuelta mediante los tradicionales métodos de resolución de antinomias (*lex superior, lex posterior, lex specialis).*
>
> 2. **La aproximación no legalista y particularmente la aproximación de las corrientes neoconstitucionalistas** insistiría en cambio en contemplar el problema en términos de conflicto entre los derechos subyacentes a las normas

> relevantes y en términos de interpretación conforme a la Constitución de todas las normas involucradas en el caso.[263]

Este tipo de conflictos exige el recurso a la argumentación jurídica en la ponderación de los derechos en colisión. El conflicto entre el párrafo sexto del articulo 41 y el párrafo tercero, del artículo 42 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Baja California puede plantearse o bien como un conflicto de reglas o bien como un conflicto de principios.

La Sala Superior consideró infundado el agravio relativo a la invalidez del artículo 42, invocado por el actor, así como la vulneración de los principios de certeza y seguridad jurídica que supone el cambio de criterio interpretativo del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California sobre una cuestión que, por otra parte, ya habría adquirido previamente, a juicio del actor, el carácter de cosa juzgada.

Sin embargo, la sentencia sí declara fundados en parte y suficientes para revocar la resolución impugnada, los agravios infligidos al actor como consecuencia de la indebida interpretación del artículo 42 por parte del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California, toda vez que no tuvo en cuenta los Tratados Internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado relevantes en esta misma materia.

La Sala Superior reconoce su falta de competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, más no en cambio para declarar la falta de adecuación de la interpretación gramatical del artículo 42 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es vinculante y jerárquicamente superior a la Constitución bajacaliforniana.

[263] GARCÍA, Figueroa Alfonso, Interpretación conforme a la Constitución : antinomias y lagunas: caso Hank Rohn México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

Del concreto examen del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del artículo 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que las restricciones que finalmente se pretendía imponer al derecho a ser votado están tasadas y conciernen a aspectos inherentes a la persona.

El artículo 23.2 de la Convención establece que tales límites se determinarán:

> "Exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

A la luz de este precepto, el artículo 42 no sólo representa algo así como una anomalía en el Derecho comparado, como subrayó la parte actora, también constituye una vulneración de los Tratados Internacionales suscritos por México.

En el mismo sentido, la interpretación gramatical del artículo 42 de la Constitución bajacaliforniana tampoco resulta conforme con la jurisprudencia de la Suprema Corte que determina, a partir de su interpretación del artículo 35 de Constitución federal, la imposibilidad de limitar el derecho fundamental a ser elegido Gobernador sobre la única base de su condición de funcionario municipal, dado que esta calidad no forma parte de las calidades inherentes a la persona.

La resolución asume la fuerza expansiva de los derechos y sostiene la falta de proporcionalidad de la medida, que no satisface los conocidos subprincipios de idoneidad, necesidad ni proporcionalidad en sentido estricto, como también indica el voto concurrente del magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar.

El voto concurrente se adhiere a la decisión mayoritaria de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de revocar la resolución del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California y de confirmar el acuerdo de registro de Jorge Hank Rhon como candidato a Gobernador de Baja California, pero al mismo tiempo formula una metodología discrepante que muestra un profundo compromiso con el ideario garantista.

En dicho voto se opta, acertadamente, por *constitucionalizar* el problema fijando los términos de la discusión en un conflicto entre derechos o principios que debe resolverse atendiendo al principio de proporcionalidad y por otra parte desarrolla una interpretación conforme y sistemática del artículo 42, superadora de una visión alternativa de corte literalista, gramatical, formalista y, en definitiva, legalista.

En suma, el voto concurrente abre, decididamente, la vía de un planteamiento del problema no en los términos legalistas y formalistas de una antinomia, sino en los términos (hemos visto que afectos al ideario neoconstitucionalista) de un conflicto entre principios que deben ser ponderados.

El punto de partida, profundamente garantista, consiste, así pues, en situar en el centro de la discusión no meramente las normas emanadas del Legislador que regulan el caso de forma inmediata, singularmente los artículos 41 y 42 de la Constitución bajacaliforniana, sino más bien los derechos y principios que se hallan en juego.

La tesis central del voto concurrente consiste en evidenciar como el artículo 42 establece en su párrafo tercero, una limitación temporal al ejercicio del derecho a ser votado que resulta desproporcionada en la

medida en que en la práctica conduce a la suspensión irrazonable del propio derecho al sufragio pasivo en casos como el de Hank Rhon.

En otros términos, esta limitación del derecho a ser votado no cumple aquí con el principio de proporcionalidad.

El argumento central, de corte en alguna medida consecuencialista, remite acertadamente a las consecuencias que *en la práctica* comportaría el cumplimiento estricto de lo prescrito por el artículo 42 de la Constitución de Baja California.

Para demostrar que se trata de una limitación desproporcionada que en la práctica suspende, irrazonablemente, el derecho al sufragio pasivo, el voto concurrente invoca las razones de la Constitución General de la República y del Derecho Internacional (el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero sobre todo compara esta limitación que la Constitución de la Baja California impone a los Presidentes Municipales con las impuestas a otros cargos análogos de la Federación y de otros Estados de la Unión.

> "Si la sentencia consideraba como una anomalía del Derecho comparado la limitación del artículo 42, el voto particular subraya que, significativamente, la de Baja California se queda a este respecto sola entre todas las legislaciones de la República, puesto que es la única que no prevé **"una cláusula de escape"**, que haga posible separarse del cargo con cierta antelación a los Presidentes Municipales para, en su caso, poder contender en las correspondientes elecciones a Gobernador."[264]

[264] GARCÍA, Figueroa, *Op. Cit*., p. 49.

La discusión presenta una dimensión filosófica profunda, pero también involucra aspectos ideológicos y políticos bien relevantes, como lo demostró la célebre polémica mantenida entre *Robert Bork* y *Ronald Dworkin* hace algunos años. Se trataba finalmente de un conflicto de una ideología profundamente reaccionaria como otra de inspiración fundamentalmente liberal.

Desde luego, el ideario del neoconstitucionalismo se inclina por posiciones no originalistas a partir de una concepción de los derechos fundamentales no absoluta ni inmutable, sino flexible y revisable. Consecuentemente, los principios pueden ser contemplados como normas derrotables (*defeasible*) que se caracterizan por su carácter revisable, en el sentido de que el conjunto de excepciones que puedan presentar no puede ser determinado de forma exhaustiva de una vez para siempre y *ex ante*, sino que se encuentra abierto a la posibilidad de nuevas excepciones que puedan surgir en futuras aplicaciones de la norma.

Esto supone, en fin, adoptar una teoría externa de los límites a los derechos fundamentales. De acuerdo con esta lectura, los límites a los derechos no son meras delimitaciones que vamos descubriendo en los sucesivos casos, sino que son límites que los derechos de carácter razonable y determinables argumentativamente *ex post* y que consecuentemente se afirme la exclusión de limitaciones absolutas e irrazonables sobre ellos. Discriminar cuando la limitación a un derecho resulta o no irrazonable o desproporcionada es el fin al que se orienta la aplicación del *test* de proporcionalidad al que se remiten tanto el voto concurrente como la Sentencia.

Todas estas bases teóricas aconsejan, en fin, que la resolución del conflicto de principios se desarrolle mediante la justificación de límites a los derechos de carácter razonable y determinable argumentativamente *ex post*

y que consecuentemente, se afirmen la exclusión de limitaciones absolutas e irracionales sobre ellos. Discriminar cuando la limitación a un derecho resulta o no irrazonable o desproporcionada es el fin al que se orienta la aplicación del *test* de proporcionalidad al que se remite tanto el voto concurrente como la sentencia.

Como es sabido, el principio de proporcionalidad presenta tres subprincipios orientados a resolver la ponderación de bienes en conflicto: **los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.** De acuerdo con el principio de adecuación, la medida que limita el derecho debe ser adecuada o idónea para asegurar un fin Constitucional.

En este caso, la restricción del derecho al sufragio pasivo de los Presidentes municipales debería ser *adecuada*, idónea para garantizar una participación de los contendientes en los comicios que resulte responsable frente a los electores y, sobre todo, debería ser necesaria, en el sentido de que no deberían existir otros medios alternativos menos lesivos para el derecho de sufragio pasivo de los Presidentes municipales para asegurar el mismo fin de garantizar candidaturas responsables frente a los electores y, en definitiva, una cierta calidad democrática.

Tanto el voto concurrente como el criterio general de la sentencia constatan la no necesidad de la medida ante la existencia de una serie de instrumentos alternativos no lesivos de derechos y que presentan naturaleza bien preventiva (por ejemplo, la revisión, análisis, auditoria y dictaminación de las cuentas públicas anuales), bien correctiva (por ejemplo, el recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o ante el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado) o incluso sancionatoria o punitiva (por ejemplo, la suspensión o desaparición de ayuntamientos). La propia articulación de mecanismos para suplir ausencias es indicativa de que la separación anticipada de un cargo con el

fin de contender a otras elecciones no debería suponer una lesión insuperable para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas.

A mayor abundamiento, el cumplir de manera íntegra el mandato de una cargo público no garantiza que éste respete su programa de gobierno. Todo parece indicar, pues, que la medida restrictiva del derecho del sufragio pasivo que impone el articulo 42 bajo su interpretación prohibitiva es inadecuada e innecesaria en relación con el fin al que en principio se orienta la restricción del derecho de sufragio pasivo en casos como el del Presidente municipal Hank Rhon.

En cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, ya hemos visto con anterioridad que razones se erigen contra la interpretación prohibitiva del artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución de Baja California cuando verificamos cuales serian las consecuencias de su estricto cumplimiento.

La lesión del derecho al voto del señor Hank Rhon no redunda necesariamente en beneficio del principio implícito que restringe el derecho a contender a las elecciones de Gobernador y cuya fuerza de inspiración originalista debe ser, no lo olvidemos, convenientemente modulada en un Estado constitucional coherente.

d) Contraste garantista. La pregunta a responder es simple pero con fondo y muy compleja: ¿la decisión judicial reviste criterios de corte garantista?

En mi opinión, esta sentencia constituye **una decisión eminentemente garantista,** atento que dicha ideología asume como elemento central del Derecho, los derechos político - electorales en juego

por encima incluso del principio democrático y del principio de legalidad que lo refleja.

Los derechos de los individuos (y el derecho al sufragio pasivo lo es) sólo pueden restringirse por muy buenas razones en cierto modo esos derechos se encuentran resguardados de las contingencias políticas cuando estas resultan irrazonables.

Algunas metáforas, ampliamente, difundidas y que han hecho fortuna en el discurso de la teoría del Derecho resultan muy expresivas al respecto. Por citar algunas de las más recurrentes, Ronald Dworkin afirma que los derechos funcionan como "*triunfos*" (*trumps*) frente a la mayoría, *Jürgen Habermas* se refiere por su parte a los derechos como "*cortafuegos*" que nos previenen frente a la voracidad incendiaria de la acción estatal y, finalmente, Garzón Valdés explica los derechos como *"cotos vedados"* a la acción predatoria de la política ordinaria.

Esta vía constitucionaliza el problema de la candidatura del señor Hank Rhon y lo plantea como un conflicto de razones que deben de ser ponderadas.

Dicho de otro modo, la constitucionalización del problema conduce a una homogeneización deóntica de las normas en conflicto, pues se reconduce la referida antinomia entre una regla prohibitiva y una regla permisiva (sentido débil) a una tensión entre dos conjuntos de razones, de principios, de derechos. Ya no se oponen prohibición y permisión de forma inmediata, sino que más bien dos conjuntos de "mandatos de optimización" (*Optimierungsgeboten*), por usar el sintagma alexiano, al que no son ajenas las argumentaciones del procedimiento.

Así concebidos, los principios son mandatos de hacer algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Aquí los principios de legalidad, certeza y democracia se oponen a los principios de constitucionalidad, justicia y respeto a los derechos individuales. Que el conflicto se sustancie en materia electoral conlleva una interesante consecuencia en la configuración del conflicto entre democracia y derechos, puesto que el derecho en cuestión es un derecho de sufragio pasivo cuya salvaguardia también se orienta a garantizar el buen funcionamiento del sistema democrático.

4.1.1.5. Criterios de equidad y género.

En los últimos decenios del siglo XX, en el mundo se intensificó la promoción de acciones de política pública a favor de las mujeres, enmarcadas estas últimas en *Convenios, Tratados internacionales y Conferencias Mundiales*, principalmente, en la década de los noventa.

De manera paralela, la academia comenzó a generar conocimientos que son la base para el diseño de políticas orientadas a las mujeres y que sustentan los siguientes enfoques: *Mujer en el Desarrollo* (MED) y *Género en el Desarrollo* (GED)[265].

En el enfoque llamado Mujer en el Desarrollo, las mujeres son vistas desde su rol reproductivo y se les clasifica como un grupo social desfavorecido y vulnerable. Se les define como agentes económicos, susceptibles de ser utilizados para aliviar la pobreza de sus hogares sustituyendo de alguna manera los servicios que el Estado no provee.

Desde esta perspectiva, los programas en atención a las mujeres, se agrupan en políticas dirigidas a sectores deprimidos, de corte

[265] http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/Inv_Finales_08/DP2/2_10.pdf , consultado 16 de agosto de 2011.

asistencialista. En este enfoque, se legitiman roles sociales que se consideran exclusivos de las mujeres.

El enfoque de género en el desarrollo visualiza a las mujeres y su inclusión en los procesos de desarrollo, centrando la atención en las relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres que se dan en todos los ámbitos sociales.

De esta forma, dicho enfoque distingue los intereses prácticos de los intereses estratégicos de género; a saber: los *primeros* son aquellos formulados a partir de las condiciones materiales de vida de las mujeres asociados con los roles que les son asignados socialmente, a través de la división genérica del trabajo. En tanto, el *segundo* tipo de intereses expresan un conjunto de metas relacionadas con una organización igualitaria entre mujeres y hombres en todas las esferas de la sociedad. Este enfoque plantea que los cambios en las relaciones de género requieren profundas transformaciones en las estructuras existentes.

Ahora bien, cabe recordar que solo apenas hace 59 años (al 2012) se modificó en México la Constitución Federal para que las mujeres pudieran ejercer el derecho a votar y ser votadas[266]; en países de la región, como por ejemplo Ecuador y Brasil, esta participación política se formalizó desde 1929, esto es, hace casi 80 años. Con esa modificación, se reconoció el derecho ciudadano de las mujeres a participar políticamente en los procesos electorales, sea como electora o como candidata para ocupar un puesto en el Poder Ejecutivo federal o local, o en el legislativo a nivel federal o en la entidad de residencia.

[266]En 1947 el Gobierno de Miguel Alemán Valdez reconoció el derecho a votar y ser votado en procesos municipales. Sin embargo, fue hasta 1953, cuando el Presidente Adolfo Ruiz Cortines expidió la Reforma Constitucional a los artículos 34 y 115, mediante los cuales se posibilito el voto de las mujeres.

Aun cuando se garantizó el derecho de la mujer para ser votada, la presencia de las mujeres en el Poder Legislativo a través de las senadurías y las diputaciones, ha sido muy escasa en la historia de México; su incidencia en los temas de la agenda nacional y de la agenda de género.

A inicios de la década de los años noventa, se impulsaron reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que favorecieron la ampliación de los espacios de acceso a candidaturas femeninas.

Es hasta 1996, cuando la representación femenina pasó de ser una declaración de principios y una recomendación estatutaria a las fuerzas políticas nacionales, a concretarse en una legislación que definió los porcentajes de cuotas de género, aunque de manera ambigua con la adición a la fracción XXII, transitoria del artículo 5° del entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales a la letra decía:

> "Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas a diputados y senadores no excedan el 70 por ciento para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de las mujeres".

En una nueva reforma al citado cuerpo normativo en el año 2003, la Ley estableció, además de las anteriores modificaciones, como obligatorio que los partidos políticos integren al menos a una mujer de entre los primeros tres lugares de sus listas de candidatos.

Para 2009, derivado de la reforma al Código Electoral en el 2007, quedó establecido en la Ley, que los partidos políticos promoverán y garantizarán la igualdad de oportunidades y procurarán la paridad de género en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de

elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional[267].

En el mismo ordenamiento, se señala que de la totalidad de solicitudes de registro, en las candidaturas a los cargos de diputados federal que presenten los partidos ante el IFE, deberán integrarse con al menos el **cuarenta por ciento** de candidatos propietarios de un mismo género procurando llegar a la paridad, quedando exceptuada de esta disposición las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección democrático, conforme a los estatutos de cada partido[268]. Existen diversas opiniones tanto de académicos, como de líderes de opinión y de las propias legisladoras, en que este porcentaje es insuficiente. **Argumentan que hasta que no se logre un 50% en las posibilidades de ocupar una curul, no se logrará una efectiva paridad de género en materia de participación política.**

Si bien las modificaciones a la legislación posibilitan el incremento del porcentaje de participación de mujeres, estos cambios introducidos desde 1993, aún no significan un cambio sustantivo en materia de inclusión.

La participación política de las mujeres se ha venido impulsando también en otros ámbitos, sea a través de múltiples acciones de política pública, tales como la creación de comisiones de equidad de género en el Poder Legislativo; de instituciones de la mujer, nacional y estatales; de legislaciones especializadas sobre el tema; de reformas a los ordenamientos constitucional y legales; así como de la firma de instrumentos internacionales en pro del avance de las mujeres en el ámbito

[267]Art. 218, fracción 3. “Los partidos políticos promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento, la igualdad de oportunidades y procurarán la paridad de género en la vida política del país, a través de postulaciones a cargo de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto en mayoría relativa como de representación local.
[268]Art. 219, fracción 2. “Quedan exceptuadas de esta disposición las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección democrático, conforme a los estatutos de cada partido.

político, entre las que destaca el ***Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.***

Estas acciones se han traducido, efectivamente, en un incremento de la participación de las mujeres en la política, pero como se menciona líneas arriba, este incremento aún es insuficiente si se considera el número de mujeres que están presentes en la esfera pública en México.[269] Por ejemplo, en el Poder Legislativo Federal en México, el número de curules ocupadas por mujeres ni siquiera alcanza la relación de una mujer por cada tres hombres, esto es, son pocas en comparación con las ocupadas por los legisladores, considerando las reformas electorales en pro de la equidad de género de la presente década.

Para el proceso electoral federal del 2009, se tiene que del registro realizado por los partidos políticos ante el IFE de candidatos y candidatas a diputados, el 43% fueron mujeres, superando en tres puntos porcentuales la cuota del 40% que marca la ley correspondiente; sin embargo, solo el 27.6% de los espacios en la Cámara de Diputados para la LXI Legislatura estaría ocupada por mujeres, incluyendo a las diputaciones plurinominales, las de mayoría relativa y las de representación proporcional. Esto es, 138 mujeres tomaron protesta, de ellas 52 fueron de mayoría relativa (PAN, 34; PRI 57; PRD 27, PVEM 11, Convergencia y Nueva Alianza ninguna) y 88 de representación proporcional.[270]

Cabe señalar, que el fenómeno de que algunas diputadas cedieran sus puestos a suplentes varones, por la vía de la licencia primero y después la renuncia, posterior a la toma de protesta, se dio nuevamente en ese

[269] En ese tenor, no hay que perder de vista que el artículo 4, de la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, de 7 noviembre de 1967, dispone que las mujeres disfruten de plenos derechos electorales, incluido el derecho al voto y el derecho a buscar y ocupar cargos públicos.
[270] *http:genero.ife.org.mx/candidaturas_dip.html* (consultado 24 de octubre de 2011).

proceso electoral, a pesar del llamado a que no lo hicieran de algunas instituciones gubernamentales, no gubernamentales y medios de comunicación. **De hecho, en la primera sesión de la LXI Legislatura 8 diputadas solicitaron licencia para permitir la llegada de sus suplentes, todos de sexo masculino.**

> "Por lo que respecta al Poder Judicial de la Federación, en la actualidad, el número de Magistradas y Juezas Federales corresponde, respectivamente, con relación al total, al 15 por ciento de Magistradas y 31.5 por ciento de Juezas, muy superior a la proporción en el Poder Legislativo, que es alrededor del 17 por ciento; apunto que las Juezas son ya, más del 31.5 por ciento."[271]

Finalmente, con toda esta problemática y bagaje teórico - conceptual, analicemos las principales sentencias emitidas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a fin de contrastar si el garantismo ha sido observado en la tutela y defensa de los derechos político – electorales de las mujeres, máxime que debemos tener en cuenta que el porcentaje de mujeres que integran el padrón electoral en México es mayor al de hombres, con el 51.71% de mujeres y 48.29% de hombres.[272]

a) *Cuota de género. Objetivo y finalidad de las acciones afirmativas en la legislación electoral mexicana*. SUP-JDC-484/2009.

a) Datos de identificación: SUP-JDC-484/2009.

b) Síntesis del problema planteado:

[271]Ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, ubicada en el sitio http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Public/del-voto-al-ejercicio-del-poder.pdf, consultado el 24 de octubre de 2011.

[272] **En 2012, el porcentaje de género en la Cámara de Diputados Federal es de 63.2% de hombres y 36.8% de mujeres. en tanto que en el Senado de la República se tiene un 66.4% de hombres y 33.59 % de mujeres.**

Los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano fueron presentados por Valente Martínez Hernández y Arnulfo Hernández Moreno a fin de impugnar, respectivamente, la resolución dictada por la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la Revolución Democrática, relacionada con su exclusión de la lista general de candidatos a diputados federales por el principio de representación proporcional correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal.

c) Argumentación de la Sala.

Al respecto, la Sala Superior al sustentar su determinación, de manera orientadora consideró que, tratándose de acciones afirmativas, en el caso mexicano, una subespecie que en la materia electoral se encuentra reconocida es la denominada cuota de género, a través de la cual se busca promover y garantizar la igualdad de oportunidades, y procurar la paridad de género en el ámbito político del país, en la postulación de candidatos a cargos de elección popular.

En efecto, los artículos 4, 218, 219 y 220, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, entre otros puntos, señalan que:

> "1. Es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular;
>
> 2. Los partidos políticos pugnarán por promover y garantizar, la igualdad de oportunidades, procurando la paridad de género en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular;

> 3. De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los institutos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, deberán integrarse con al menos cuarenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género, procurando llegar a la paridad, quedando exceptuadas las candidaturas de mayoría que sean resultado de un proceso de elección democrático, conforme a los estatutos de cada partido; y
>
> 4. Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de cinco candidaturas, en la que en cada bloque habrá dos candidaturas de género distinto."

Asimismo, la Sala Superior consideró que las acciones afirmativas en la materia, permiten que sectores comúnmente excluidos en el ámbito político del país tengan la oportunidad real de acceder a cargos de elección popular, propiciando con ello la mayor fidelidad posible en la reproducción del cuerpo social que habita en el territorio nacional.[273]

d) Contraste garantista. La pregunta a responder es simple pero con fondo y muy compleja: ***¿la decisión judicial reviste criterios de corte garantista?***

En mi concepto, dicha sentencia puede asumirse como garantista, atento que si bien es cierto que el sistema democrático mexicano se encuentra caracterizado por el monopolio de los partidos políticos para promover la participación del pueblo en la vida democrática y hacer posible el acceso de los ciudadanos al poder público de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan (base I, párrafo segundo, del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

[273]Similar razonamiento fue sostenido en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con la clave **SUP-JDC-488/2009.**

En este orden de ideas, también constituye una obligación de dichos institutos políticos y cobra suma importancia que la cumplan, con los mecanismos de inclusión de los grupos minoritarios previstos en la ley o en sus normas internas, respetando y promoviendo que en la integración de los órganos democráticos de decisión colectiva se refleje, con la mayor fidelidad posible, la pluralidad constitutiva de la sociedad, atenuando con ello la distorsión en la representación social y la discriminación de los grupos minoritarios de la sociedad nacional.

En tal sentido, los partidos políticos que incorporan las acciones afirmativas a favor de ciertos grupos minoritarios, como instrumento para asegurar la posibilidad real de su participación en la vida democrática del país, hacen aún más eficaz la finalidad del sistema democrático, consistente en la participación, efectiva e igualitaria de todos y cada uno de los miembros titulares de derechos políticos (ciudadanos) de una comunidad en el proceso de creación de normas o en la toma de decisiones que les son comunes a todos.

En vía de consecuencia, después de analizar y calificar los agravios manifestados por los actores, la Sala Superior declaró que los actores tenían derecho a figurar como candidatos a diputados federales por el principio de representación proporcional por la acción afirmativa de indígena y, por tanto, entre otros aspectos, ordenó al Partido de la Revolución Democrática incluirlos en la lista del partido, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal.

b) *Alternancia de géneros para conformar las listas de candidatos*.

a) Datos de identificación: SUP-JDC-461/2009.

b) Síntesis del problema planteado:

Mary Telma Guajardo Villarreal presentó demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano a fin de impugnar la resolución emitida por la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la Revolución Democrática por la cual se declaró infundado el medio de defensa interno interpuesto por la actora, y se desestimó su pretensión de ser trasladada del lugar cuarto, a la posición tres de la lista de candidatos a diputados por el principio de representación proporcional de dicho instituto político, correspondiente a la segunda circunscripción.

c) Argumentación de la Sala.

La Sala Superior consideró que la correcta interpretación de la parte final del artículo 220 del Código Electoral Federal, permite arribar a la conclusión de que la regla de alternancia prevista en dicho precepto consiste en ordenar en forma sucesiva una mujer seguida de un hombre, o viceversa, hasta agotar las cinco candidaturas de cada segmento, de modo tal que el mismo género no se encuentre en dos lugares consecutivos del segmento respectivo.

Esta conclusión se sustentó en el significado del verbo "*alternar*", que denota la variación o turno repetido y sucesivo entre varias personas, de lo cual se sigue que no era admisible el proceder de la responsable, de ratificar la agrupación de candidatos del mismo sexo en lugares consecutivos del segmento de cinco candidaturas.

En este tenor, estableció que lo apuntado es conforme con:

> 1) La garantía de igualdad entre hombres y mujeres, prevista. En el artículo 4º, párrafo primero, de la Constitución, que en materia electoral, se manifiesta en el deber de los partidos políticos de promover y garantizar la igualdad de

> oportunidades, procurar la paridad de género en la vida política del país y el liderazgo político de las mujeres, a través de postulaciones a cargos de elección popular.
>
> 2) La regla prevista en el artículo 219, párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, según la cual las candidaturas de diputados y de senadores federales deben integrarse con al menos el cuarenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género, procurando llegar a la paridad.
>
> 3) La finalidad de los partidos políticos de capacitar, promover y desarrollar el liderazgo político de las mujeres.

d) Contraste garantista.

La sentencia se inscribe en una lógica garantista atento que tutela la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el ámbito político, establecida en la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, según la cual, es obligación de las autoridades establecer las acciones conducentes a lograr la participación equilibrada entre mujeres y hombres en los cargos de elección popular y dentro de las estructuras de los partidos políticos, así como fomentar la participación equitativa de mujeres y hombres en altos cargos públicos.

Además de que atiende las obligaciones adoptadas por el Estado mexicano en el Derecho internacional, concretamente, en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, en la que los Estados partes se comprometen a garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.

Por lo expuesto, la Sala Superior al revocar la resolución combatida y ordenar al Partido de la Revolución Democrática que presentara ante el Consejo General del Instituto Federal Electoral la modificación de la lista de candidatos a diputados federales por el principio de representación proporcional, correspondiente a la Segunda Circunscripción Plurinominal, exhibida originalmente ante la autoridad electoral, en la cual se colocar en tercer lugar a Mary Telma Guajardo Villarreal y en la cuarta posición a Baldomero Ramírez Escamilla, constituye una defensa a los derechos de la mujer, a través de una metodología garantista.

c) *Cumplimiento de la cuota de género por los partidos políticos*.

a) Datos de identificación. SUP-JDC-720/2006.

b) Síntesis del problema planteado:

Héctor Apreza Patrón presentó demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra la resolución dictada por la Comisión de Justicia de la Coalición *"Alianza por México",* a través de la cual se confirmó la designación de los ciudadanos Ángel Heladio Aguirre Rivero y Silvia Romero Suárez como candidatos de la Coalición 'Alianza por México' al Senado de la República por el Estado de Guerrero.

c) Argumentación de la Sala.

A fin de sustentar su determinación, la Sala Superior consideró que el mandato contenido en los artículos 175-A y 175-B del entonces vigente Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, no admitía más excepción que la consignada en el apartado 3 del artículo 175- C del

mismo Código, referida a las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección mediante voto directo.

En caso contrario, de no cumplirse con la cuota de género que se establece, el Consejo General del Instituto Federal Electoral podrá requerir, hasta en dos ocasiones, se rectifique la solicitud de registro de las candidaturas, sancionando al partido o coalición con la negativa de registro, en caso de no atender ambos requerimientos, pues los partidos políticos o las coaliciones deben dar cumplimiento puntual a las referidas cuotas de género, en los términos que se dispone, según se trate de candidatos por el principio de mayoría relativa o de representación proporcional.

d) Contraste garantista.

Al estimarse que la cuota de género constituye un elemento adicional que debía ser considerado para orientar la decisión del candidato a postular, por lo que no resultó ilegal la postulación de Silvia Romero Suárez, pues a través de su designación satisfacía la exigencia referida, y ante ello, se justificaba el registro de la mencionada ciudadana, ya que de lo contrario, esto es, de haberse designado al actor, ello hubiera provocado que no se cubriera la referida cuota.

En esas condiciones, al haberse demostrado que la resolución reclamada es legal y que la designación de Ángel Heladio Aguirre Rivero y Silvia Romero Suárez no fue arbitraria, sino justificada, la Sala Superior consideró que ello resultaba suficiente para confirmar la resolución impugnada.

- Otro criterio de equidad de género de la Sala Regional Xalapa.

Santiago Nieto y Paloma Orona[274] comentan la sentencia **SX-JRC-17/2010**, de la Magistrada Claudia Pastor Badilla quien en su proyecto de resolución consideró que **la cuota de género debe entenderse de manera integral, en fórmulas y no de manera aislada**, es decir, solo para propietarios y otra para suplentes, pues ello implicaría que se cumpliera la cuota en propietarios y con ello, dar lugar a un fraude a la ley al tener a una persona de sexo contrario como suplente.

4.1.1.6. El derecho de asociación (Unión Nacional Sinarquista).

a) Datos de identificación: SUP-JDC-517/2008.

b) Síntesis del problema planteado:

El objeto de impugnación consistió en el Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral 296/2008, que denegó el registro de la agrupación Unión Nacional Sinarquista como partido político, y su pretensión de revocarlo.

De la propia literalidad de la sentencia se deduce que son tres los conceptos de violación que constituyen la materia de la impugnación:

> a) Motivación insuficiente del Acuerdo del Consejo General, cuando afirma que fueron incumplidos los requisitos de celebración de las cinco asambleas estatales constitutivas.
>
> b) Omisión del deber de notificación por parte del responsable Instituto Federal Electoral de los defectos

[274] Revista Mexicana de Derecho Electoral consultada electrónicamente en http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoElectoral/1/esj/esj15.pdf. 18 de julio de 2012.

> formales que concurrían en los documentos básicos del partido, los cuales acompañaban a la solicitud de registro del mismo, para permitir su corrección en tiempo y forma.
>
> c) La consideración como insubsanables de los defectos en los documentos básicos referidos en el inciso anterior.

c) Argumentación de la Sala Superior.

La sentencia, en sus fundamentos jurídicos, se dedica a demostrar que la solicitud presentada por la Unión Nacional Sinarquista contiene omisiones lo suficientemente graves para justificar el rechazo de plano de la misma.

La Sala Superior entendió que el objeto a resolver es la cantidad de requisitos que fueron incumplidos por la agrupación política. En sus palabras:

> "En establecer si los requisitos insatisfechos deberían ser objeto de prevención ala solicitante para que los subsanara o no".

En esta línea argumental, la Sala Superior del Tribunal Electoral distingue entre requisitos subsanables e insubsanables:

> "Así, cuando las deficiencias en los documentos básicos se relacionan con aspectos procedimentales, formales u orgánicos, podría otorgarse el registro a la agrupación solicitante y conceder un plazo para que las subsane por conducto de la instancia partidaria competente.

> En cambio, cuando se trata de deficiencias que vulneren o restrinjan **los elementos mínimos necesarios requeridos para considerarlos democráticos, ya sea que se trate de aspectos normativos o bien, de principios o postulados ideológicos, por tener el carácter de requisitos esenciales mínimos, se consideran insubsanables**."

Y concluyó que, con los requisitos que deben ser considerados como insubsanables:

> "Si en las asambleas estatales o distritales y la nacional constitutivas, los afiliados aprobaron los documentos básicos, principalmente en razón de que comulgaron con los principios democráticos así como las bases y postulados ideológicos que influyeron en la definición de su opción política conforme a su manifestación libre e individual de afiliación, cabe concluir que los principios democráticos e ideológicos que subyacen en las normas estatuarías, revisten el carácter de insubsanable y se deben definir y delimitar en la etapa previa de la constitución del partido."

Las deficiencias de la normatividad básica de una agrupación podrían ser subsanables si se refieren a aspectos meramente formales, procedimientos u orgánicos, que no repercutan en alguno de los aspectos sustanciales como los indiciados, pues su adopción no requerirá de la participación de la totalidad de los afiliados.

En resumen, los requisitos esenciales se vinculan por parte de la Sala del Tribunal a aquellos aspectos legales que directamente influyen en la realización u olvido del principio democrático, mientras que, por el contrario, serían considerados como insubsanables aquellos requisitos formales, procedimentales o meramente orgánicos, no esenciales, para los cuales sí se permitiría la subsanación.

Al respecto, los argumentos del Tribunal que permiten superar los defectos “subsanables” de los estatutos son los siguientes:

> 1.- Los estatutos establecen que el procedimiento de afiliación ha de ser de manera individual, libre y pacífica.
>
> 2.- Los estatutos no contienen las sanciones aplicables a los afiliados ni su proporcionalidad.
>
> 3.- Los estatutos no contienen las formalidades para convocar a sesiones del Consejo Político Nacional.
>
> 4.-Tampoco contienen la regla de mayoría como criterio básico en algunos puntos.
>
> 5.- Los estatutos no determinan la periodicidad en la que la Comisión Nacional de Administración y Finanzas debe rendir un informe respecto del estado de las finanzas del partido ante el órgano que se establezca, que deberá ser cuando menos anual, ni tampoco la duración del cargo de los integrantes de la Comisión Nacional de Administración y Finanzas.

La sentencia, sin embargo, da la razón a la autoridad que deniega la inscripción de la agrupación política en el registro, y por lo tanto desestima el recurso.

La razón esgrimida es que los estatutos presentados contienen una disposición, el artículo 35, **que impide a los afiliados tener acceso a los cargos partidistas e intervenir en la toma de decisiones, infringiendo directamente los principios contenidos en los artículos 3, 35 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**.

Entre los elementos relativos a la exigencia del control político de los dirigentes, fundamento de la democracia interna de los partidos, encontramos el acortamiento de los mandatos e imposibilidad de repetición de los mismos dirigentes, con lo que se trata de:

> "Evitar que al frente de los equipos directivos se encuentren siempre las mismas personas y se impida con ello la entrada de savia nueva que pueda responder adecuadamente a las demandas de la masa social del partido".[275]

Para Fernando Flores:

> "En las democracias contemporáneas, sostenidas por el principio del pluralismo político, hay dos procesos competitivo-electorales diferentes: el denominado como externo, que da lugar al sistema de partidos, y el interno, que es el de los partidos tomados uno por uno. [276]
>
> La relevancia del primero resulta incuestionable, desde el momento en que a él están convocados todos los ciudadanos. Sin embargo, no es el cuerpo electoral el que realiza la selección de candidatos para ese proceso, sino los propios partidos quienes internamente deciden quienes habrán de presentarse como aspirantes a los cargos públicos. En consecuencia, ese proceso interno es también decisivo en la vida política del país:

[275]NAVARRO, Méndez José Ignacio*, Partidos Políticos y democracia interna*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pág. 94.
[276]SARTORI, Geovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza, 1992, pág. 396.

> Decisivo tanto en la elección de los órganos propios de cada partido como en la designación de los candidatos, muchas veces realizada por esos mismos órganos".[277]

Ese es, sin duda, el caso que nos ocupa. El órgano controvertido, el Consejo Político, es un órgano de representación y dirección, de impulso político.

Es el denominado en ocasiones "máximo órgano del partido", por lo que resulta obvio que el Consejo es el órgano sobre el que recae la responsabilidad de asegurar la democracia del partido, permitiendo y propiciando una participación de las bases que mantenga el "control básico" sobre la actuación de los dirigentes.

- **Contraste garantista**

La resolución del Tribunal afirma que aquellos derechos que impulsen la creación de un partido político deben de ser cuidadosos con las circunstancias del mismo que directamente afecten a su democracia interna, tanto en el procedimiento de constitución como en el contenido de los documentos básicos que lo definen, en estructura y en funcionamiento.

Así, no sólo es preciso que durante el procedimiento constitutivo se cumplan las exigencias relativas al número de asambleas, al número de asistentes, o al número de afiliados resultantes, sino que el "producto" final de todo ese proceso - *los documentos básicos aprobados* – se acomoden a la determinaciones de la legislación partidaria.

> "En muchos países, los partidos políticos han sido actores fundamentales en la consecución de la democratización y de

[277]FLORES, Giménez Fernando, *Regulación del derecho de asociación : caso Unión Nacional Sinarquista*, México , Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 46.

> la modernización política. Sin embargo, esa modernización no siempre los ha acompañado en su estructura y funcionamiento internos".[278]

La clásica tendencia oligárquica de todas las asociaciones voluntarias, y en especial de los partidos políticos,[279] se alimenta de múltiples factores y se desarrolla por muy diferentes conductos, siendo la llamada genéricamente política invisible (término que acuñó hace ya algunos años Sartori)[280] el principal obstáculo que impide un efectivo control sobre la democracia interna de las organizaciones políticas.

En efecto, muchas de las actuaciones anti-democráticas de los dirigentes partidarios, comportamientos amparados tanto en el manejo privilegiado de información como en el respaldo del poder que significa controlar la distribución o eliminación de incentivos selectivos,[281] están fuera del alcance de la fiscalidad de las normas jurídicas.

> "Sin duda, los partidos son asociaciones cualificadas por un objetivo primordial determinado (convertir sus programas en leyes, en actividad política, y también por un concreto ámbito de actuación para la consecución de aquel objetivo (la competencia a través de procedimientos públicos)".[282]

Esta realidad justifica un control *a priori* y *a posteriori* por parte del Estado. Ciertamente, la especial posición de los partidos políticos en los

---

[278] MORA y Araujo Manuel, (compilador), *Los actores sociales y políticos en los procesos de transformación en América Latina*, Ciedla, Buenos Aires, 1997.
[279] El estudio sociológico, ya clásico, fue elaborado por R. Michels, *Los partidos políticos*. *Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna,* Buenos Aires, Amorrortu, 1969.
[280] SARTORI, Giovanni *Partidos y sistemas de partidos,* Madrid, Alianza, 1992.
[281] PANEBIANCO, Angelo, *Modelos de partido, Op. Cit.*
[282] JIMENEZ, Campo Javier, "Diez tesis sobre la posición de los partidos políticos en el ordenamiento español", en *Régimen jurídico de los partidos políticos y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pág. 38.

sistemas democráticos, su naturaleza, sus sunciones y actividades, justifica que el Estado elabore normas que los ordenen y, en definitiva, los limiten.

> "Ahora bien, tal y como dice el precepto del Código transcrito, esa regulación debe tener como límite, a su vez, la propia libertad de autoorganización del partido y su funcionalidad para el sistema democrático".[283]

Se trata, como en muchos otros aspectos de la vida política en los Estados Democráticos de Derecho, de resolver la tensión constante entre la democracia y los derechos humanos, es decir, entre la realización del principio de las mayorías reflejado en las leyes elaboradas por parlamentos de composición plural, y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos individualmente considerados.

Ambos principios, y unos y otros intereses (que en fondo son de todos por igual), deben ser ponderados por el legislador y por los órganos judiciales, con relación al fin que buscan y a los resultados efectivamente conseguidos para, si es necesario, ir constantemente regulando esa tensión a favor del perfeccionamiento del sistema, un sistema en el que necesariamente han de convivir.

El caso que nos ocupa refleja claramente la confluencia de ambos principios: una legislación que da cuenta de la creación, estructura, funcionamiento y derechos básicos de los afiliados fundamentalmente el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y el ejercicio de la libertad colectiva del derecho de asociación, en concreto la que se manifiesta en el derecho de auto-organización.

[283]GARCÍA PELAYO, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza editorial, 1986, págs. 62 y 63.

El trasfondo garantista que encuentro en la sentencia bajo estudio, en mi opinión, radica en que no se permite que oligarquías partidistas se empoderen de asociaciones y pretender formar partidos antidemocráticos, que atenten contra la construcción de un sistema electoral y de partidos en consolidación.

4.1.1.7. Pueblos y comunidades indígenas. *Caso Tanetze de Zaragoza*. SUP-JDC-11/2007 y diversas tesis jurisprudenciales.

a) Datos de identificación. SUP-JDC-11/2007.

b) Síntesis del problema planteado.

Los promoventes, una comunidad indígena, en su escrito de demanda afirmaban que desde finales del año dos mil dos, la Legislatura del Estado de Oaxaca decretó la "*desaparición de poderes*" en el municipio de Tanetze de Zaragoza, distrito de Villa Alta, por lo que se designó un Administrador Municipal, sin que se hubiere convocado a nuevos comicios, desde esa fecha.

Por su parte, el veintidós de marzo de dos mil cinco, se llevó a cabo una reunión de trabajo con el fin de llegar a un consenso respecto a la posibilidad de realizar la elección de autoridades municipales, en dicha reunión participaron tres comisiones de ciudadanos del municipio de Tanetze de Zaragoza, el Director de Elecciones por Usos y Costumbres del Instituto Estatal Electoral, el Subsecretario de Desarrollo Municipal del Gobierno del Estado y el Administrador Municipal, sin que de la misma se hubiere logrado resultado alguno.

Mediante oficio IEE/PCG/0518/06 de veintiuno de febrero de dos mil seis, el Presidente del Consejo General del Instituto Estatal Electoral solicitó

al administrador municipal en Tanetze de Zaragoza, informara la fecha y hora en la cual se realizaría la elección de la autoridades municipales para el periodo comprendido del primero de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil siete.

En respuesta a la solicitud señalada, por medio de los oficios 110/2006 y 126/2006 de diecisiete de octubre y treinta de noviembre de dos mil seis, respectivamente, **el referido administrador municipal señaló que no existían las condiciones para llevar a cabo la elección de autoridades municipales correspondiente.**

El dieciocho de diciembre de dos mil seis, los actores solicitaron al Secretario General de Gobierno, ingeniero Manuel García Corpus, audiencia para tratar la situación imperante en el municipio, sin que les haya dado respuesta alguna.

El veinte de diciembre de dos mil seis, **el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, con base en el informe rendido por Director de Elecciones por Usos y Costumbres, emitió un acuerdo por el cual declaró que en el municipio de Tanetze de Zaragoza no existían las condiciones necesarias, para llevar a cabo la elección de autoridades municipales bajo las normas de derecho consuetudinario.**

El veintiuno de diciembre siguiente, la LXIX Legislatura del Estado de Oaxaca, emitió el Decreto número 365 por el cual ratificó el acuerdo del Consejo General del Instituto Estatal Electoral, mediante el cual se declaró la imposibilidad de que en el municipio en cuestión se pueda llevar a cabo el procedimiento de renovación de concejales.

El mismo día veintiuno de diciembre, diversos ciudadanos, entre ellos los actores, solicitaron al Consejo General del Instituto Estatal Electoral

copia certificada del *"acta de resolución"* en la cual dicha autoridad decretó "**la no existencia de condiciones para llevar a cabo la elección de autoridades municipales de referencia.”**

c) Argumentación de la Sala.

La Sala Superior como autoridad jurisdiccional competente en la materia, quedó compelida a la obligación de restablecer debidamente el orden constitucional violado en casos determinados y restituir a los incoantes en el uso y goce del derecho político-electoral conculcado, a través de la resolución que al efecto se dicte, en conformidad con el artículo 84, apartado 1, inciso b) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, es que se estimó pertinente revocar el Decreto de ratificación número 365 de la LXIX Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, publicado el treinta de diciembre de dos mil seis, en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, en virtud de que las consideraciones por la cuales se ratificó el acuerdo del Consejo General del Instituto Estatal Electoral, como se estimó en el cuerpo de aquella sentencia, carecen de la debida fundamentación y motivación.

Esto fue así, en el entendido de que la designación a que se hace referencia en el artículo único de dicho decretó, respecto a la autorización de designar un nuevo representante que se haga cargo del gobierno municipal, por parte del Gobernador del Estado, y que al momento de la notificación de la presente sentencia, se encuentre ya designado, quedará en el cargo, hasta que se dé el cabal cumplimiento a la presente sentencia, y en el caso de que aún no se haya realizado dicho nombramiento, el administrador actual deberá permanecer en el cargo hasta el momento en que tomen posesión los concejales respectivos, quedando constitucional y legalmente instalado el ayuntamiento municipal correspondiente, en términos de lo dispuesto en el artículo 115, fracción I, de la Constitución

federal, y 113, párrafos primero a tercero y fracción I, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, y 6, párrafo 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Asimismo, según la Sala, se le ordenó al señalado órgano legislativo, que emita un nuevo decreto que cumpla con las debidas garantías de fundamentación y motivación, lo cual se deberá realizar en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de aquél en que reciba la notificación del acuerdo que en su oportunidad emita el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, en los términos ordenados en la presente ejecutoria.

d) Contraste garantista.

Para el jurista Ernesto Garzón Valdés[284], la sentencia bajo análisis parte de una premisa fáctica y otra normativa.

La premisa fáctica afirma:

> "El estado de indefensión y la desprotección en la que se encuentran (los indígenas, EGV) tiene sus causas en la ineficiencia del aparato jurisdiccional, la corrupción, la discriminación, la barrera del idioma, el aislamiento, las condiciones económicas y la incomprensión de la sociedad hacia las culturas indígenas y sus formas de organización social.[285]"

La premisa normativa establece que:

[284] Doctor en Derecho y ciencias sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
[285] GARZÓN, Valdés Ernesto, "Los derechos electorales en los pueblos indígenas en México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010, pág. 9.

> "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para defender su derecho.[286]"

La premisa fáctica es verdadera y la normativa es correcta, en opinión del Dr. Garzón.

Respecto a la actitud de poblaciones indígenas mexicanas frente al orden jurídico nacional, vale la pena recordar que ya en 1976, con el título *Rechtund Konflikt, Volkmar Gessner*se publicó un interesante libro en el que, sobre la base de las observaciones empíricas, analizaba la manera en que el ámbito del derecho privado se solucionaban en México los conflictos sociales para los cuales el ordenamiento jurídico nacional ofrecía un procedimiento o posibilidad de solución.

Lo que Gessner se había propuesto tratar era, dicho brevemente, el fenómeno de la "*presencia del derecho en las relaciones interpersonales" en zonas rurales*".[287]

La investigación de Gessner mostraba claramente la reducida importancia que tenía la actividad judicial para la solución de conflictos en zonas rurales:

> "Prácticamente no se recurre a los tribunales. Su función en el campo es muy reducida. Cuando existen diferencias de poder, en sistemas altamente interdependientes se agrega el hecho de que para el más débil existe poca posibilidad de éxito a través de un procedimiento que es distorsionado por las influencias del poder. Aun cuando se obtuviera un fallo favorable y se llegara a la ejecución de la sentencia, tiene que contar con represalias. Por otra parte, en caso de conflicto,

[286] *Ibidem*, pág. 10.
[287] Cfr: volkmarGessner, *RechtundKonflikt*, Tubinga: J. C.B Mohr 1976, pág. 11. Existe traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en 1980 con el título: *Derecho y conflicto*.

> el más fuerte no necesita de los tribunales para imponer sus intereses. Posee medios suficientes internos al sistema. […]
>
> El derecho no juega ningún papel en conflictos entre desiguales. El más fuerte, el que puede determinar el resultado del proceso, no se rige por normas sino por intereses".[288]

En caso de conflictos entre iguales se solicitaba la ayuda de árbitros, quienes "pocas veces aplican normas jurídicas.[289]Hay que tener presente, además, que el desconocimiento del derecho vigente (Constitución, leyes de seguro social, leyes laborales) en las zonas encuestadas por Gessner llegaba al 89%. La conciencia jurídica rural tenía muy poco que ver con el derecho positivo vigente.[290]

La sentencia que sirve de referencia empírica evidencia que, *mutatis mutandi*s, la situación descrita por Gessner sigue imperando en algunas zonas rurales mexicanas. Si ellos es así, es entonces obvio que tomar en cuenta este estado de cosas es el punto de partida necesario para intentar solucionar graves problemas de ignorancia jurídica que afecta negativamente una estructura social que pretende satisfacer las exigencias de igualdad que presupone todo sistema político democrático.

Así, lo reconoce también la sentencia cuando recuerda que el reconocimiento de igualdad de derechos es algo a lo que "**una sociedad mínimamente justa no puede renunciar".** El haber tomado en cuenta este hecho es, sin dudan un mérito de los jueces que han intervenido en el caso objeto de la sentencia.

La premisa normativa, según Ernesto Garzón es correcta. Como es sabido, la prohibición de la práctica de la autojusticia es exigencia básica de

[288]*Ibídem*, pág.219.
[289]*Ibídem*, pág.220.
[290]*Ibídem*, pág.221.

todo ordenamiento estatal. Garzón, citando a John Locke afirma que en relación a las deficiencias sociales de la autojusticia:

> "No es razonable que los hombres sean jueces en sus propios casos pues el amor de sí mismos y de sus amigos y, por otra parte, la naturaleza enferma, la pasión y la venganza llevará a los hombres demasiado lejos en el castigo de los demás y, por lo tanto, sólo se seguirá la confusión y el desorden; por ello, ciertamente Dios ha establecido el gobierno para contener la parcialidad y la violencia de los hombres. Puedo conceder la facilidad que el gobierno civil es el remedio adecuado para los inconvenientes del estado de naturaleza que necesariamente han de ser grandes allí donde los hombres puedan ser jueces en sus propios casos".[291]

La sentencia citada recuerda la prohibición de la autotutela es decir, el hacerse justicia por propia mano.

La conclusión es doble y se refiere tanto al aspecto fáctico como al normativo: insiste en la necesidad de mejorar las condiciones de vida de la población indígena e impone el deber jurídico-político de garantizarle el derecho a una tutela jurisdiccional completa.

Las cuestiones procedimentales las resuelve el Tribunal mediante una argumentación de **carácter antiformalista**, es decir, garantista en la que juega un papel destacado la necesidad de ejercer una especie de "acción afirmativa" a favor de los individuos pertenecientes a las comunidades indígenas y de las propias comunidades indígenas, lo cual se traduce en la necesidad de suplir las deficiencias existentes en el escrito de

[291] LOCKE, John, *The Second of Government*, Indianapolis: The Bobbs-Merrill company, INC., 1975, pág.9.

impugnación y de interpretar en un sentido muy amplio el plazo existente para la impugnación.

Ambas decisiones parecen bien justificadas en la motivación de la sentencia. Sobre todo, si se tiene en cuenta que las medidas que adopta el Tribunal tiene un claro respaldo normativo, de manera que no cabría reprochar a los magistrados el haber incurrido en "activismo judicial"[292].

Y que no suponen un perjuicio para nadie (para ningún individuo o grupo) que es la justificación de medidas en las que se beneficia a un individuo (una mujer, en relación con el acceso a un determinado puesto de trabajo; una persona de color, para ingresar en una universidad prestigiosa) en detrimento de otro u otros (un varón, en el primer caso; una persona de raza blanca, en el segundo).

De manera que la fundamentación de las dos primeras cuestiones parece realmente impecable.

4.1.1.8 Consideraciones garantistas en materia electoral indígena.-

La realidad política del promedio de naciones que se manifiestan como democráticas hace ver que hay todavía un largo camino por recorrer para alcanzar los objetivos de este tipo de organización, particularmente en lo que toca a proporcionar la generalidad de sus habitantes los niveles adecuados de bienestar y desarrollo que les permitan llevar una vida digna y ejercer a plenitud los derechos que les han reconocido a través de un largo proceso histórico.

[292] **Activismo Judicial**. Forma de desarrollo constitucional en el que los jueces son protagonistas de la escena política.

En materia de impartición de justicia se hizo patente para la autoridad la necesidad de revisar minuciosamente los procedimientos interpretativos de la ley para llevar a cabo su aplicación a los casos litigiosos, dado que, el apego puntual al texto normativo hacia proclive a la labor judicial a privilegiar la forma, en detrimento del contenido y, en consecuencia, a hacer del desempeño judicial una vía inadecuada para salvaguardar los derechos más valiosos de cualquier individuo.

Lo expresado reviste un cuestionamiento esencial que, prácticamente, deja en riesgo la fundamentación del Estado, por ello tanto académicos como funcionarios judiciales se han esforzado por llevar a cabo esa labor revisora de la actuación real de la justicia y de plantear nuevas opciones que permitan asegurar niveles de justicia acordes con los reclamos de la sociedad contemporánea.

Dentro de este afán por fincar sobre bases nuevas la actuación jurisdiccional, surge la corriente garantista, presentando perspectivas y opciones que no siempre han sido recibidas con simpatía por parte de los grupos más tradicionales de la judicatura, dado que no resulta fácil romper moldes ya establecidos y que permanecieron intocables y sólidos por varias décadas.

El problema del papel que debe desempeñar el juez en su tarea primordial de aplicación de la norma al caso concreto que es sometido a su resolución, lo advierte de manera concreta Rodolfo L. Vigo cuando señala:

> "…Quizás pueda concluirse diciendo que la distancia que se comprueba entre aquella definición de Montesquieu de los jueces como seres autómatas e inanimados y el presente activismo judicial, marque la distancia entre la teoría de la interpretación del modelo dogmático y las líneas

> predominantes de la actual teoría de la interpretación jurídica.” [293]

En el marco de las necesidades específicas de la justicia mexicana es conveniente plantear con la mayor claridad posible, postulados como los que presenta el garantismo, con el propósito de aprovechar de los mismos su fundamentación y ejercicio a fin de orienta hacia metas mejores la labor de los jueces, responsables directos de reivindicar los derechos fundamentales de los justiciables. En el caso particular de esta investigación el enfoque se refiere a la protección de los derechos de los indígenas, cuya realidad actual presenta características específicas que se vinculan estrechamente con su papel histórico marginal, que los mantuvo por siglos ajenos a los factores nacionales de decisión política.

Al respecto, como producto de una reforma reciente, el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a los pueblos y comunidades indígenas su libre determinación y autonomía para, entre otros aspectos, elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno y para elegir, en los municipios con población indígena, a sus representantes ante los ayuntamientos.

Este reconocimiento origina la formación de un sistema electoral propio basado en usos y costumbres, el cual pretende fortalecer la participación y representación política de estas comunidades, de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

A su vez, tal situación da origen a un tratamiento jurídico específico, caracterizado por la actividad tutelar ejercida por las autoridades electorales

[293] Clase del doctorado en Derecho de julio de 2010. Universidad Panamericana.

con el fin de garantizar a los ciudadanos integrantes de esos pueblos el ejercicio eficiente de sus derechos fundamentales.

Paralelamente, como se ha dicho, la doctrina ha planteado el cambio de paradigma respecto a la fundamentación y funciones del Estado Constitucional o democrático de Derecho, fincado en el cumplimiento de la normatividad y de los principios postulados por la Constitución Política, en su calidad de ley suprema de un país.

En este sentido, la Teoría garantista, estructurada principalmente, como se ha dicho, Luigi Ferrajoli, incide directamente en la función jurisdiccional, proponiendo una interpretación que privilegia la tutela de los derechos individuales y sociales de los justiciables, al margen de las limitaciones y contradicciones que pudieran contenerse en las leyes aplicables.

Tal interpretación garantista potencializa el alcance de estos derechos y señala nuevos parámetros para desarrollar el análisis legal y procedimental practicado por los órganos de justicia, quienes ya no solamente se deben avocar a verificar que el procedimiento legislativo que dio origen a la norma aplicable haya sido cabalmente cumplido, sino que han de encontrar la vinculación de ésta con la tutela efectiva de los derechos mencionados.

- Aplicación del garantismo en la justicia electoral mexicana.

Con base a estos principios, el Tribunal Electoral ha procurado que sus resoluciones reflejen esta orientación garantista, con los cual va conformado una institucional que lo distingue como una autoridad referente nacional e internacionalmente.

En apoyo de esta afirmación, cabe referirse a la influencia que han tenido sus criterios relevantes y tesis jurisprudenciales, impactadas en buena medida en la última reforma político-electoral de 2007-2008.

Dentro del campo de la interpretación garantista destaca lo referente a los derechos político-electorales de los pueblos y comunidades indígenas, que constituyen grupos vulnerables de afectación en su esfera jurídica, dadas sus peculiares condiciones económicas y sociales.

No obstante, al trasladarse los principios garantistas a la justicia nacional se hace patente la necesidad de plantear un tratamiento adecuado a estos grupos que social, económica, cultural y políticamente resultan *sui generis* frente al contexto general de los ciudadanos.

Esta necesidad tutelar se hizo objetiva al Tribunal Electoral, desde su fundación en 1996, la cual se ha manifestado en las resoluciones que se han emitido en todas aquellas impugnaciones en las que se encuentran implicados los pueblos y comunidades indígenas, así como otros grupos vulnerables del país.

En este punto, es importante resaltar que la labor del Tribunal Electoral se ha caracterizado por su decisión tutelar a favor de los indígenas generando tesis y criterios que han venido a enriquecer el panorama garantista para los mismos.

Esta actividad tutelar corre paralela a la necesidad de crear esquemas teóricos que expliquen tales decisiones, por lo que la labor académica de tratadistas como José de Jesús Orozco Henríquez, Manuel González Oropeza, Juan Carlos Silva Adaya y algunos más, resulta de particular importancia.

Así, en materia de impugnaciones provenientes de comunidades y de ciudadanos indígenas, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha ido estableciendo determinados criterios, los cuales ha sintetizado Marco Antonio Pérez de los Reyes:

> a) “Cualquier ciudadano miembro de alguna comunidad indígena tiene legitimación e interés jurídico para promover algún medio de impugnación para controlar la regularidad de los comicios efectuados por medio de la aplicación de usos y costumbres. Al respecto debe hacerse notar en la Ley General Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME) vigente hasta el 2008, al establecer la procedencia del Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano establecía que sólo procedería cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual hiciera valer las presuntas violaciones materia de ese juicio (LGSMIME 2002, Art. 79). Con la reforma legal implementada en 2008, en el artículo referido se establece la procedencia del propio juicio cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, o a través de sus representantes legales hagan valen las presuntas violaciones del caso. Con todo, aún en este nuevo texto este criterio garantista lo sigue siendo, puesto que no habla de que el promoverte acredite una representación legítima especifica.
>
> b) Las normas procesales, especialmente aquéllas por las que se imponen cargos deben interpretarse de la forma que resulten más favorables para las comunidades indígenas. En este punto destaca particularmente el ánimo garantista que priva de la impartición de justicia para las comunidades indígenas. Lo que se pretende fundamentalmente es garantizar el acceso libre, pronto y expedito a los órganos jurisdiccionales y que, ya de frente a un procedimiento

impugnativo, la aplicación de las normas respectivas protejan de la manera más amplia posible los derechos reconocidos constitucionalmente a este tipo de comunidades.

c) Conforme con el marco Constitucional y legal aplicable, si se reconoce la validez y vigencia de las formas de organización social, política y de gobierno de las comunidades indígenas, así como sus usos y costumbres relacionados con el proceso electoral consuetudinario, los ciudadanos y las autoridades de cualquier rango quedan sujetos al cumplimiento de esa normatividad. Efectivamente, el que el poder constituyente permanente haya establecido en el artículo 2° de la CPEUM el reconocimiento a la autonomía de estas comunidades y su regulación por medio de la aplicación de tales usos y costumbres,

d) Implica el respecto de los mismos, si bien bajo la limitante contenida en la propia Constitución respecto a sujetarse a los principios generales de ella, tomando en cuenta las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad y la integridad de las mujeres. Además de que en materia política debe garantizarse la participación de éstas en condiciones de equidad frente a los varones.

e) Aun cuando los principios rectores de carácter Constitucional que rigen a toda elección no resulte exactamente aplicables a los comicios, de tipo consuetudinario, de las comunidades indígenas, éstos no deben ser incompatibles con los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, no con los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México. Como puede observarse, en este punto se insiste en delimitar el alcance de los usos y costumbres de aplicación en comunidades indígenas, para evitar que vulneren con su ejercicio los derechos

fundamentales reconocidos por el propio sistema jurídico. Con ello se destaca el hecho de que la sola vigencia de tal sistema consuetudinario no es suficiente para garantizar el disfrute de toda la esfera jurídica de protección de los individuos, sino que, por lo contrario, paradójicamente, la normatividad indígena puede vulnerar los derechos de los propios indios, si se aplica de manera indiscriminada, por ello afirma Orozco Henríquez, que no se trata de: "…convalidar situaciones o conductas tendientes a perpetuar o reinstaurar viejas desigualdades que tradicionalmente han perjudicado a individuos (en particular a las mujeres) o minorías pertenecientes a los conglomerados indígenas…"

f) Para que proceda la acción afirmativa indígena, no basta ostentarse con la calidad de tal, sino demostrar fehacientemente que se es representante de alguna comunidad de esa naturaleza, lo cual implica que exista vinculación con una entidad asentada en algún pueblo o región étnica o bien con un comité de base que se haya autodefinido como indígena, a fin de que se cuente con el conocimiento pleno de la problemática que afronta dicha comunidad, lo que solo se consigue con la pertenencia real al núcleo de que se trate.

Los cinco rubros así apuntados proporcionan una visión inicial respecto de cómo el Tribunal Electoral fue establecido criterios resolutivos al ir ejerciendo su función jurisdiccional en las impugnaciones de contenido indígena sometidas a su consideración, ahora estos criterios han aumentado, como se verá más adelante."[294]

[294] PEREZ, De los Reyes Marco Antonio, *Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas desde la perspectiva de las Salas Regionales*, en http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_marcoan.pdf, consultado el 26 de julio de 2012.

Por otra parte, la adaptación de los criterios garantistas al caso de la justicia electoral mexicana y, concretamente, al rubro de las impugnaciones provenientes de las comunidades indígenas, obliga a fijar ciertos criterios específicos de la siguiente manera:

Sin entrar en la polémica de carácter histórico-cultural respecto del origen equivoco del término indígena, proveniente del latín, por medio del cual los romanos designaban a los pueblos oriundos de las diferentes regiones del Imperio y que, debido a una falsa apreciación geográfica inicial los descubridores europeos divulgaron respecto de los habitantes del continente americano; ni tampoco incidir en la orientación peyorativa que muchas veces se utiliza en el campo de los social para referirse a los grupos étnicos diseminados por todo e territorio nacional, si importa ubicar la conceptuación que la CPEUM contiene al respecto.

Así, el artículo 2° de la Carta Suprema manifiesta que los pueblos indígenas, son:

> "…aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas".

Igualmente, establece esta disposición Constitucional que:

> "La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre los pueblos indígenas".

Esto en virtud de que resultaría atentatorio a sus derechos fundamentales llevar a estas personas un registro individualizado de identidad indígena.

Por otra parte, afirma el citado artículo que:

> "Son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres".

En este entendido, queda claro que la Constitución distingue entre: a) pueblos indígenas, es decir etnias específicas, culturalmente diferenciadas, como otomíes, huicholes, tarahumaras, etc. y, b) comunidades indígenas, unidades sociales especificas conformadas por un pueblo indígena asentada en un Ayuntamiento determinado. Este último tipo distintivo es el que tiene impacto para efectos impugnativos electorales.

En este mismo orden de ideas conviene establecer un concepto de acción afirmativa, dada la trascendencia que ésta tiene en la vida política del país. *Dieter Nohlen* considera que la acción afirmativa o positiva consiste:

> "En la designación de las medidas jurídicas y de hecho para dar un tratamiento privilegiado a ciertos grupos de la población, con el objetivo de superar las desigualdades existentes a pesar de la igualdad formal". [295]

En este sentido se trata de reducir las desigualdades entre grupos sociales específicos, a fin de promover la integración social a través de una especie de "discriminación inversa" o "compensatoria", beneficiando a

[295] NOHLEN, Dieter, Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina, Fondo de Cultura Económica, 2ª. Edición, México, 2007, p. 699.

grupos tradicionalmente marginados como las mujeres, los jóvenes, los indígenas, los migrantes, etc.

Resulta claro que el ejercicio de la acción afirmativa por razón de ser indígena implica la posibilidad de promover impugnaciones los actores electorales cuando consideran vulnerado su derecho a la misma, ya porque se les impida ser relacionados en las listas de candidatos de representación proporcional o porque no consideren que sea correcto el lugar en donde en ellas aparecen listados.

Por otra parte, en materia de comunidades indígenas, debe distinguirse entre procesos electorales no oficiales, para elegir a sus autoridades internas o propias, denominadas de diversas maneras según su realidad cultural: “tatas mandones”, “alguaciles”, “mayordomos”, etc., en los cuales, con base en el reconocimiento de su autonomía, no hay intervención de autoridades electorales oficiales, para elegir autoridades establecidas por el sistema político electoral general, como sucede en el Estado de Oaxaca, cuya Constitución Política en su Artículo 113 disponía que los Concejales electos por el sistema de usos y costumbres o de Derecho consuetudinario tomarán posesión en la misma fecha que los elegidos por el sistema ordinario (primero de enero posterior a la fecha de su elección) y desempeñaran el cargo durante el tiempo de sus tradiciones y prácticas democráticas determinen, pero éste no podrá exceder de tres años.

A la vez, el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de esa Entidad regula en sus artículos 131 y 132 lo referente a la renovación de Ayuntamientos que electoralmente se rigen por normas de Derecho consuetudinario.

Así, se afirma que se entiende por normas de Derecho consuetudinario las disposiciones de la Constitución local relativas a la elección de Ayuntamientos en Municipios que se rigen por usos y costumbres y las comprendidas en las prácticas democráticas de cada uno de ellos.

Igualmente, se establece que el procedimiento electoral consuetudinario es el conjunto de actos realizados por las autoridades electorales competentes y por los ciudadanos de una comunidad para proponer públicamente a los Concejales Municipales y para elegirlos mediante el Derecho consuetudinario vigente.

En consecuencia, el procedimiento electoral consuetudinario comprende los actos que en los municipios que se rige por usos y costumbres realizan los ciudadanos, los órganos comunitarios de consulta y las autoridades electorales competentes, para renovar periódicamente a las autoridades municipales.

Ese procedimiento abarca desde los actos previos, incluyendo la preparación de las elecciones, las propuestas de concejales, las formas de votación y de escrutinio, hasta el cierre de la elección y la calificación correspondiente por parte del Consejo General del Instituto Electoral local, así como, en su caso, la emisión de la declaración de validez y las constancias respectivas.

En ese mismo tenor, la legislación en comento determina que serán considerados Municipios de usos y costumbres aquellos que: a) han desarrollado instituciones políticas propias, diferenciadas e inveteradas, que incluyen reglas internas y procedimientos específicos para renovar a los titulares de sus Ayuntamientos y, b) los que su principal órgano de consulta y designación a cargos para integrar Ayuntamientos sea la Asamblea general comunitaria u otras formas de consulta a la comunidad.

Estas disposiciones aplicables en el Estado de Oaxaca han originado que de los 570 municipios que lo integran, 418 ejerzan sus derechos políticos electorales por medio del Derecho consuetudinario y 152 lo hagan por el sistema de votación regulada para todo el país.

- Principales criterios garantistas en materia de impugnaciones de indígenas.

Esta investigación presenta de manera sistemática las resoluciones emitidas por el Tribunal Electoral para destacar los criterios recurrentes y la forma como éstos se han aplicado en la materia para desarrollar la interpretación garantista a favor de las comunidades indígenas, en cada uno de los criterios que se apuntan se presenta gráficamente el resultado obteniendo al analizar el espectro impugnativo verificado.

Los trece criterios garantistas que a continuación se enlistan representan la jurisprudencia, tesis y expedientes del Tribunal Electoral, que arrojan porcentajes de mayor aplicación en el garantismo referente a las impugnaciones de contenido indígena, de la siguiente manera:

a) **Suplencia absoluta de la queja:** La autoridad jurisdiccional electoral debe no sólo suplir la deficiencia de los motivos de agravio, sino también su ausencia total y precisar el acto que realmente afecta a las comunidades indígenas, sin más limitaciones que las derivadas de los principios de congruencia y contradicción, inherentes a todo proceso jurisdiccional. (J 13/2008)

b) **Antiformalismo:** Equivale a limitar la interposición de los medios impugnativos al cumplimiento de sus requisitos básicos, en

congruencia con el mismo criterio anteriormente citado. (J 13/2008)

c) **Efectivo acceso a la jurisdicción:** A fin de acatar lo dispuesto por el artículo 17 de la CPEUM, en cuanto expresa que: "…Toda persona tiene derecho a que se le administre la justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronto, completa e imparcial…", por lo que el efectivo acceso de estas comunidades a su garantía de justicia implica el allanamiento de obstáculos procesales que pudieren impedirlo, por tal motivo el TEPJF puede, si es necesario, en el ejercicio de su facultad de plena jurisdicción, reencauzar la vía impugnativa interpuesta por los afectados. (J 13/2008)

d) **Interpretación más favorable de las normas procesales:** Implica que el juzgador al aplicar la normatividad debe procurar hacerlo en el sentido que más convenga a estos y, en consecuencia, lo que menos les perjudique. (T S3EL 047/2002)

e) **Efectiva acción afirmativa indígena:** La acción afirmativa entendida como: "…la designación de las medidas jurídicas y de hecho para dar un tratamiento privilegiado a ciertos grupos de la población, con el objetivo de superar las desigualdades existente a pesar de la igualdad formal." (Nohlen 2006, 13), es aplicable en la conformación que los partidos políticos hacen de las listas de candidatos a cargos de elección popular por el principio de representación proporcional.

f) **Representación válida:** Principio que establece que cuando en un litigio relacionado con la defensa de los derechos político-electorales sean parte ciudadanos pertenecientes a comunidades o pueblos indígenas, es admisible que comparezcan a juicio por si

mismos o a través de algún representante legal, toda vez que la CPEUM, Art. 2.A VIII les reconoce como prerrogativa, el ser asistidos en todo tiempo por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y de su cultura. (SUP-JDC-11/2007)

g) **Flexibilidad de la legitimación activa en el JDC de promoventes de comunidades indígenas:** Ello en virtud de las particularidades de sus integrantes y de las posibilidades jurídicas o fácticas que éstos tengan para allegarse de los elementos necesarios para acreditar la calidad de representante indígena, debiendo evitar en lo posible la exigencia de requisitos o medidas que son propias del sistema ordinario de acceso a la jurisdicción electoral (XX/2008)

h) **Notificación efectiva:** La notificación de actos y resoluciones de autoridad electoral que se refiera a las comunidades indígenas, debe tomar en cuenta las circunstancias reales que se den en el entorno de las mismas, en lo referente a niveles de analfabetismo, monolingüismo, aislamiento, incomunicación y otras, a fin de que la autoridad judicial pondere su eficacia (X/2007)

i) **Respeto al procedimiento electoral consuetudinario:** Se refiere al respecto a las formas de organización de las comunidades indígenas para elegir a sus representantes, que deben observarlo tanto los ciudadanos como las autoridades en sus distintos ámbitos de ejercicio (S3EL 146/2002)

j) **Principio de igualdad:** Consistente en un tratamiento universal de derechos y obligaciones sin tomar en cuenta consideraciones específicas que indebidamente clasifiquen a las personas. Éste no se viola por la aplicación de procedimientos electorales basados en usos y costumbres (S3EL 152/2002)

k) **Prevalencia de actos de carácter electoral en otros materialmente administrativos:** Se da cuando una autoridad legislativa realiza un acto de naturaleza electoral, el cual si puede ser revocado por una decisión del TEPJF (S3EL 144/2002)

l) **Respeto al lugar en donde se llevan a cabo las elecciones por medio de usos y costumbres:** La posibilidad jurídica y material de que las elecciones se efectúen en cierto lugar, cuando deriva de una costumbre, es una decisión adoptada por la libre determinación de la comunidad indígena, lo cual no debe ser quebrantado por persona o grupo alguno (S3EL 145/2002)

m) **Respeto a la universalidad del voto:** Consistente en reconocer el voto activo y pasivo, sin discriminación de ciudadano alguno en las comunidades indígenas. (S3EL 151/2002)

Esta relación de criterios de orientación garantista ha sido elevada a tesis relevantes y jurisprudencia del TEPJF, en su tercera y cuarta épocas, por lo que, una vez identificados, debe procederse a verificar su aplicación en el espectro de impugnaciones de contenido indígena resuelto en el periodo previamente establecido, lo que constituye la parte medular de este estudio.

4.1.1.9. Libertad de expresión en el contexto político.

La libertad de expresión es sin duda un derecho fundamental por excelencia, base de un régimen que se precie de ser democrático. El jurista y politólogo italiano Norberto Bobbio, siguiendo la tradición del pensamiento liberal, considera que existen cuatro grandes libertades de los modernos: *libertad personal, de imprenta y opinión, de reunión y asociación.*

En ese sentido, es necesario considerar que después de la Segunda Guerra Mundial, una vez agotados los regímenes dictatoriales en Europa, el mundo se enfoca a constituir una tríada importante: *democracia, derechos fundamentales y paz*. De esa forma, se emiten los primeros documentos normativos sobre derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949; se revaloriza la teoría jurídica contemporánea y se replantean conceptos científicos y de validez jurídica. (Aunque en pleno siglo XXI hay escépticos que piensan que el Derecho no es ciencia, sin embargo, como dijo Voltaire, *"podré no estar de acuerdo contigo, pero defenderé tu derecho a expresarlo").*

En otros términos, la democracia se construye, por un lado, como un sistema para tomar decisiones colectivas, bajo un procedimiento establecido; pero también, desde el punto de vista sustancial, como una garantía de derechos fundamentales, idea que subyace en la filosofía política de Ferrajoli. Y en ese tenor, los derechos fundamentales se constituyen como límites al poder y barreras infranqueables. O como Dworkin expresó: "*cartas de triunfo de las minorías, frente a las mayorías"*.

Hemos dicho que la libertad de expresión es un derecho fundamental, por tres razones básicas, según Miguel Carbonell:

> "1. Permite la auto realización personal del ser humano.
> 2. Coadyuva en la búsqueda incesante de la verdad.
> 3. Permite el diálogo racional, y en consecuencia, la alternancia a través de la toma de decisiones plurales."[296]

El juez constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, *Louis Brandeis*, en un voto particular expresó. "la función de

[296]CARBONELL, Sánchez Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *Op, Cit*, Pág. 382.

la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional." (*Whitney vs. California*)

Desde luego, todo derecho fundamental no es absoluto, sino que tiene restricciones y puede ser reducido mediante ponderación o proporcionalidad, en sede Constitucional, principalmente, cuando se afectan cuestiones del derecho a la intimidad, insultos o abusos mediáticos como los famosos *paparazzi.*

Algunos ejemplos de lo anterior, se pueden constatar en líneas argumentales del Tribunal Constitucional Español, quien en jurisprudencia firme ha sostenido que no existe el derecho constitucional al insulto; ni la libertad de expresión ampara la crítica a grupos raciales, tal es el caso de la Revista *Time* que fue demandada por un artículo que hacía alusiones personales a los judíos en el régimen nazi, a ello se le conoce como el *Caso Violeta Fridman*.

Por el contrario, los grandes tribunales constitucionales del mundo ha construido la teoría denominada "libertad preferida" que *servantis servandis* quiere decir que, siempre que exista una colisión entre la libertad de expresión y algún otro derecho fundamental debe optarse por la libertad de expresión.

Así, se justifica la paradigmática sentencia *Texas vs. Johnson*[297]de la Corte Norte Americana, en la que, se ponderó que la libertad de expresión protege actos en contra de los símbolos patrios como la quema de la bandera; en igual sentido, se pronunció el Tribunal Federal Alemán respecto un acto de tipo escatológico cometido por un ciudadano alemán en agravio a su bandera.

[297] *Vid infra* pág. 338.

Por su parte, la Corte Constitucional Italiana valoró en primer lugar, el derecho a la libertad de expresión de un periodista que difundió fotografías y videos íntimos del primer ministro Italiano Silvio Berlusconni en su casa veraniega;

La sentencia *New York Times vs. Sullivan*[298], aduce que la libertad de expresión protege la crítica acre hacia los funcionarios públicos; no así el Tribunal Federal Alemán quien considera que la crítica hacia funcionarios públicos no puede redundar en cuestiones personales, raciales o defectos físicos.

Finalmente, una sentencia que ilustra la importancia del flujo de información, es la relativa al caso de los documentos del Pentágono. Si reconstruimos el caso tenemos que el prestigiado diario New York Times difundió la estrategia militar seguida por el gobierno norteamericano en Vietnam, cifras reales de muertos y presupuestos secretos; el gobierno solicitó una moción para que la información no se publicase, la respuesta de la Corte Norte Americana fue una sola palabra: "**PUBLÍQUESE"**. La pregunta que subyace: ***¿cómo hubiéramos resuelto en México un caso similar?***

Considero que los límites a la libertad de expresión en una democracia tienen que ir más allá de lo que establece nuestra Constitución: orden público, derechos de terceros y ataques a la moral. Hoy día, las democracias avanzadas discuten otros temas y sus tribunales constitucionales resuelven a favor de la libertad de expresión.

En México, tenemos también grandes casos: el famoso poeta maldito: Sergio Rodríguez quien escribió un poema grotesco entorno a la bandera nacional; por dicha acción fue condenado por el delito de ultrajes a

[298] *Vid Infra* pág. 341.

los símbolos patrios y en el amparo en revisión 2676/2003, la Corte confirmó esa sanción, con el voto particular del Ministro Cossío.[299]

La problemática sobre la Libertad de Expresión en México es muy profunda y caótica, ya que tenemos una ley de imprenta que data del 12 de abril de 1917; la cual sólo está referida a prensa y deja de lado radio, televisión y ni qué decir del internet (redes sociales); se tiene una la Ley Federal de Radio y Televisión y su reglamento que contemplan de manera sesgada el derecho de réplica, el cual es complementario a la libertad de expresión.

Lo anterior cobra vigencia, porque qué pasaría, si en la vía de los hechos, se presenta un exceso de un medio de comunicación que denosta a una persona. ¿La libertad de expresión lo ampara? ¿Cómo plantear una defensa que equilibre las posiciones respecto a una problemática?

Si bien es cierto, la Reforma Constitucional de 2007 incorporó en el artículo 6º. Constitucional el derecho de réplica, pero lo cierto es que el Legislador Federal ha sido omiso en regular el derecho de réplica en la legislación secundaria y complementaria de la Constitución y del propio COFIPE. En otros sistemas jurídicos, esta omisión daría lugar a una inconstitucionalidad por omisión, máxime que el artículo Décimo transitorio del COFIPE dispone “A más tardar el 30 de abril de 2008, el Congreso de la Unión deberá expedir la ley reglamentaria del derecho de réplica establecido en el artículo sexto Constitucional.”

El derecho de réplica es de suma importancia, más en materia electoral porque permite la rectificación de información inexacta, lo que constituye una ágil defensa de los derechos involucrados.

[299] Para profundizar el tema véase: “Ultrajando a la Constitución”, de Miguel Carbonell del IIJ: UNAM.

El procedimiento que refiere el reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión es cuestionable en varios ejes. El primero referido al problema de la constitucionalidad, un reglamento que va más allá de una ley, en franca oposición al principio de reserva de ley. El segundo, en el tenor relativo a que sólo concede 48 horas. Para el ejercicio de la réplica y deja a potestad de la emisora su transmisión.

Por fortuna, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación por la vía de la interpretación judicial ha construido una línea jurisprudencial a fin de garantizar el derecho de réplica a través del procedimiento especial sancionador del Instituto Federal Electoral. A dicha conclusión se llegó, a partir de la adminiculación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7/86 en los que se afirma que con independencia de si existe o no legislación al respecto, la Libertad de Expresión y el Derecho de Réplica debe garantizarse por el hecho de haber suscrito los instrumentos internacionales citados, y el Estado mexicano se encuentra en dicho supuesto.

Dicha interpretación, me parece oportuna, máxime que dado el sistema de control de la constitucionalidad en México, el Tribunal Electoral es un Tribunal Constitucional, por lo que con una interpretación abierta y garantista se asume como órgano que tutela derechos fundamentales como la réplica y la libertad de expresión.

El tema no es menor, porque debemos recordar lo que 2006 significó en materia libertad de expresión: campañas negras, excesivo dinero en poder de los medios de comunicación, insulto, calumnia y diatriba. Basta recordar los *spots* en contra de AMLO, calificándolo de un peligro para

México o en el 2000, cuando el entonces candidato del PAN, en el debate presidencial le profiere una serie de insultos al candidato del PRI.

Por tanto, el criterio del Tribunal Electoral, en una apretada síntesis, establece que en materia político – electoral, se ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática.

Bajo esa premisa, el Tribunal Electoral no considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, que aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados.

Finalmente, también habrá que observar en esta importante materia los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso de la exhibición de la película **“La Última Tentación de Cristo”,** en cuya sentencia se condena al Estado Chileno por censura previa, más aún, cuando por virtud de la Reforma Constitucional de junio de 2011, el catálogo de derechos fundamentales se amplía a través de los tratados internacionales, es decir, nuestras garantías son apenas un piso mínimo de derechos susceptible de sobre interpretarse favorablemente.

Alguna vez *Benjamín Temkin* de la FLACSO-México afirmó que si algún día nos equivocábamos, que fuera a favor de la "Libertad de Expresión."[300]

A continuación se plantean las principales sentencias sobre la libertad de expresión que ha resuelto la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a fin de ubicar en el contexto garantista.

a) *Caso Transformers*

a) Datos de identificación: SUP-JRC-375/2007.

b) Síntesis del problema planteado:

El 1º de abril de 2007 inició el proceso electoral para elegir a diputados y miembros de ayuntamientos, en el Estado de Tamaulipas. El 11 de noviembre siguiente, se llevó a cabo la jornada electoral en la mencionada entidad federativa.

Después de una secuela procesal consistente en envíos y reenvíos entre las autoridades electorales locales, el Partido Acción Nacional presentó una serie de motivos de inconformidad, a través de los cuales pretendía hacer valer un exceso a la libertad de expresión que configuraba diversos ilícitos por parte del Partido Revolucionario Institucional, ya que incitaba a la violencia y perjudicaba el proceso electoral local.

3. Los *spots* materia de la decisión de la Sala Superior son del tenor siguiente:

"Castiga a este enemigo",
"Destrúyelo",

[300] Véase: Programa televisivo "Entre Argumentos" producido por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el tema "Libertad de Expresión" México, 2011.

“aniquílalo”
“y vive en paz con tu familia”

c) Argumentación de la Sala Superior.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación concedió la razón al partido actor, al sostener que la autoridad administrativa electoral fue omisa en ejercer de forma adecuada y ajustada a Derecho, las facultades investigadoras con las que cuenta para resolver los procedimientos abreviados especializados.

En mérito de lo anterior, la Sala Superior del Tribunal Electoral, consideró que, ante la falta de exhaustividad por parte de la autoridad administrativa, era suficiente para revocar el acuerdo mediante el cual se declaró infundada la denuncia del impugnante.

Ahora bien, dicho órgano jurisdiccional electoral estimó que ante la inminente celebración de la jornada electoral y en el riesgo fundado de que, en el lapso en que se llevara a cabo la investigación, había la posibilidad de que la violación reclamada se consumara de un modo irreparable, por lo tanto consideró sustituir a la autoridad administrativa y valorar el contenido del *spot* con independencia de su autor o a quien beneficie, para efecto de estar en aptitud de caso que el *spot* vulnerara los principios en materia electoral, de inmediato ordenar inhibir su transmisión para hacer cesar los efectos perniciosos.

Después de analizar el contenido y las imágenes del spot cuestionado, la autoridad electoral federal arribó a la conclusión de que el *spot* era contrario a los principios rectores en materia electoral, vulnerando lo dispuesto por los artículos 60, fracciones II, VII y 138, cuarto párrafo, y

142 del Código Electoral para el Estado de Tamaulipas, con base en los siguiente:

> "1. El promocional que se analiza tiene la calidad de propaganda electoral, dado que tiene como finalidad el favorecer a una determinada opción política presentándola el electorado como la única opción viable, mediante el mensaje que transmite;
>
> 2. Del contenido auditivo y visual, a juicio de la Sala Superior, contiene mensajes que recurren a la violencia para transmitir el mensaje que favorece al Partido Revolucionario Institucional, dado que emplea términos tales como **"defiéndete ante la amenaza", "castiga a este enemigo, defiéndete, destrúyelo, aniquílalo",** términos que incitan a una actitud violenta y que en nada contribuyen a la formación de la opinión del electorado en el marco de la deliberación democrática. Tal contenido violento se ve reforzado con imágenes indudablemente agresivas que presentan como una opción viable a la destrucción del adversario, mediante el uso de agresiones físicas, directas o mediante el empleo de algún tipo de arma.
>
> 3. El contexto lingüístico y gráfico del promocional hace patente que la finalidad del mismo se orienta a presentar al adversario político como un objeto a destruir.
>
> 4. Contiene un nivel denostativo respecto de los contendientes en el procedimiento electoral, toda vez que utilizan expresiones y juicios de valor que solo tienen por objeto, o como resultado, la denigración de los participantes de la contienda que difieren de la opción política del Partido Revolucionario Institucional, pues su propósito manifiesto o

su resultado objetivo no es difundir una crítica razonada, una oferta política o un programa electoral."

Por ello, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por unanimidad de votos, ordenó de manera urgente y con la finalidad de evitar que se consumara en modo irreparable los efectos de a publicidad antes analizada, que el Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Tamaulipas, de inmediato emitiera un acuerdo, por virtud del cual hiciera del conocimiento de todos los medios de comunicación audiovisual locales la prohibición de la transmisión del *spot* analizado o cualquier otro que conserve la esencia del contenido que ha sido declarado ilegal, no eximiendo a la autoridad electoral administrativa que, en el ejercicio de sus atribuciones legales, lleve a cabo las diligencias idóneas necesarias a fin de determinar la autoría y difusión del *spot* en cuestión, a efecto de que iniciara el procedimiento administrativo sancionador que corresponda.

d) Contraste garantista.

En primer lugar, hay que destacar que esta sentencia tutela la atribución de potenciar las facultades de investigación e indagatoria con que cuenta la autoridad administrativa electoral, ya sean en el ámbito federal y local, con motivo de una queja o denuncias por presuntos hechos constitutivos de actos ilícitos en un procedimiento administrativo sancionador o bien en un procedimiento abreviado especializado aun cuando no esté previsto expresamente en la ley, tal y como aconteció con el presente caso.

Por otro lado, se vincula directamente con la libertad de expresión, concepto que sin duda representa un pilar fundamental en las democracias liberales, empero, analizaremos que, no obstante, **la libertad de expresión constituye un derecho fundamental, el mismo no es absoluto, pues**

como todo derecho tiene sus límites; sobre todo tratándose en el entorno del contenido de la propaganda electoral, en el cual resulta actualmente, como motivo de la reciente reforma electoral, un tema discutido al respecto.

Por ello, ambos apartados quedarán identificados, el primero de ellos como facultad de investigación y el segundo como libertad de expresión, para el desarrollo temático de los comentarios que se expondrán en cada uno de ellos.

Ahora bien, en los procedimientos administrativos sancionadores, así como en los procedimientos abreviados de forma especializada que se refieren en estos comentarios, la autoridad administrativa electoral tanto federal como local, tiene como propósito primordial, el salvaguardar, como se comentó, **los principios rectores que rigen la materia electoral, pero en este sentido, debemos desentrañar en todo caso el porqué, y la respuesta sería que en dichos procedimientos existe un interés público, el cual se relaciona con las necesidades colectivas de los miembros de la comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado.**

De no ser de esta manera o de considerar algo diferente, conduciría a poner en riesgo el interés público sobre el particular, dado que se dejaría al arbitrio de las partes involucradas, la posible negación de la ley, derivado de posibles componendas entre las propias partes involucradas, y atentaría contra el principio de no disponibilidad que rige los procedimientos inquisitivos como el que nos ocupa.

Al respecto, Eduardo García de Enterría nos dice que:

> la autoridad administrativa sancionadora necesita amplio margen de la maniobra para el cumplimiento de sus fines, sin

> que ello suponga una minoración del control jurisdiccional de su actividad ni tampoco que el juez ocupe el papel que corresponde a la propia administración. En ese sentido, agrega el autor que la administración en algunos casos tiene que ejercer una libertad de apreciación del interés general para cada caso concreto (ya sea que provenga de una potestad derivada de una determinada ley o bien, ante la inexistencia, ésta debe salvaguardar dicho interés en su investidura de carácter ejecutiva).[301]

En otro orden de ideas, la libertad de expresión como derecho fundamental está reconocido y tutelado tanto por la Constitución, así como de diversos tratados, internacionales, tales como el artículo 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual en conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos invocados presenta una doble vertiente consistente en un derecho de cada individuo, pero implica también un derecho de la colectividad a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento de otros ciudadanos.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio individual, como el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole.

En este punto, el Tribunal Electoral ha sustentado que el ejercicio de dicho derecho fundamental estará limitado o condicionado respecto a los derechos de tercero o a la reputación de las personas o instituciones, correspondiendo al estado su protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en los ámbitos de vida privada, familia, domicilio o

[301] Hernández Corchete *et al*., *Derecho Administrativo Práctico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pág. 153.

correspondencia como la honra y dignidad, los cuales, constituyen valores universales construidos con base en la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos, de ahí que, a partir de los menoscabo o degradación de los atributos de la personalidad es factible ilustrar sobre la vulneración de los derechos fundamentales antes citados. [302]

En este sentido, puede surgir de inmediato una pregunta relativa a que si las expresiones surgidas en las campañas políticas deben tener los mismos límites legales que se reconocen para la libertad de expresión genérica o si la libertad de expresión política reconoce más limites por el interés general de mayor importancia que tiene, puesto que se trata de elegir a los gobernantes y no sólo de la reputación individual de una persona.

Al efecto, la Sala Superior ha sostenido en diversas ejecutorias[303], que en el debate político se deben proteger y garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, en el marco de una campaña electoral, procurando ensanchar dicho derecho, con el propósito de que se permita la libre circulación de ideas e información acerca de los candidatos y sus partidos políticos por los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión u ofrecer información y que se debe permitir a los titulares de los derechos fundamentales de libertad de pensamiento, de expresión, de imprenta y de información que cuestionen e indaguen sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como discrepar y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones, de forma que lo electores puedan formar libremente su propio criterio para votar.

---

[302] Jurisprudencia 14/2007, dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Cuyo rubro es: **HONRA Y REPUTACION. SU TUTELA DURANTE EL DESARROLLO DE UNA CONTIENDA ELECTORAL SE JUSTIFICA POR TRATARSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE RECONOCEN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.**

[303] SUP-RAP-31/2006, SUP-JRC-28/2007.

En sintonía con lo anterior, también la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 13, en relación con el 30 y 32), ha dicho que las expresiones relativas a servidores públicos o a otras personas que ejercen funciones de carácter público deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio en torno a asuntos de interés público o interés general.

Dicho criterio que es aplicable también respecto de las expresiones que se profieran en relación con una persona pública, por ejemplo, un político o un candidato a un cargo de elección popular, quien se somete voluntariamente al escrutinio público, en relación con cuestiones de interés público o interés general, en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada o de conocer o saber la verdad.

Esto también se ha sostenido en el debate político, en donde se ha expresado que el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normatividad electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una autentica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general.[304]

[304] Jurisprudencia 11/2008, dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuyo rubro es: "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO"**.

Pero también, el ejercicio de dicho derecho aun cuando gravite en el contexto político, no implica que la honra, la reputación y la dignidad de los servidores públicos o de las personas públicas no deban ser jurídicamente protegidos, dado que, por un lado, toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y, por otra, que nadie pueda ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Establecido lo anterior, en la sentencia bajo estudio, la Sala Superior llegó a la conclusión de forma certera desde mi opinión que, del contenido visual y auditivo del *spot* impugnado, se advertía un contenido violento, que incita a una actitud violenta y que en nada contribuye a la formación de la opinión del electorado, con imágenes indudablemente agresivas que presenta como una opción viable la destrucción del adversario, mediante el uso de agresiones físicas, directas o mediante el empleo de algún tipo de arma. Se utilizan expresiones y juicios de valor que, sólo tienen por objeto o como resultado, la denigración de los participantes de la contienda que difieren de la opción política del Partido Revolucionario Institucional pues su propósito manifestó o su resultado objetivo no es difundir una crítica razonada, una oferta política o un programa electoral.

b) *Propaganda negra*. *López Obrador un peligro para México*.

a) Datos de identificación. SUP-RAP-31/2006 y SUP-RAP-34/2006.
b) Antecedentes del problema.

- SUP-RAP-31/2006.

El acto reclamado fue la resolución de fecha 13 de abril de 2006 emitida en sesión extraordinaria del Consejo General del Instituto Federal Electoral.

La resolución recayó sobre el procedimiento especializado entablado por la Coalición Por el Bien de Todos, en contra de la Coalición Alianza por México y desahogado por el Consejo General del IFE en cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el recurso de apelación SUP-RAP-17/2006.

En dicha resolución, el Consejo General del IFE declaró infundada la queja presentada por la coalición Por el Bien de Todos, y declaró improcedente su petición de ordenar el retiro de determinados *spots* publicitarios transmitidos por la coalición Alianza por México en radio, televisión e internet.

Durante la campaña presidencial del 2006, la coalición Alianza por México transmitió por radio, televisión e internet dos promocionales o *spots* en los que se asociaba a Andrés Manuel López Obrador con tres figuras involucradas en actos de corrupción (René Bejarano, Gustavo Ponce y Carlos Ímaz) y en que le imputaba el hábito de mentir, retándolo a debatir públicamente.

La sentencia transcribe los siguientes pasajes de los *spots* en cuestión:

"PRIMER PROMOCIONAL O PRIMER *SPOT*

> *Aparece el candidato a Presidente de la República de la Coalición "Alianza por México", Roberto Madrazo Pintado y dice:*
> *"Debatir es la esencia de la democracia y tú Andrés Manuel, te niegas a debatir.*
> *Por eso tengo que hacerlo de esta manera*
> *Luego, aparece una pantalla en negro u se escucha una voz en off, cuyas palabras se transcriben.*

Aprovecho para recordarlos que tienen que actuar con rectitud, con honradez, que no queremos nosotros políticos corruptos
Vuelve a aparecer a cuadro Roberto Madrazo y dice:
¿Entonces por qué trabajas con Bejarano el de las ligas, Ponce el de las Vegas e Ímaz el de las Bolsas?
Dices una cosa y haces otra.
Vamos a debatir.
Vamos hablando de frente."

SEGUNDO PROMOCIONAL O SEGUNDO *SPOT*

Se observa una pantalla obscura y se escucha una voz en off, y se escribe en dicha pantalla lo siguiente:
"Es muy sencillo, es organizar 3, 4, 5,10 debates".
Aparece Roberto Madrazo y dice:
Definitivamente Andrés Manuel: Cumplir no es tu fuerte.
Ahora resulta que de esos diez debates que prometiste sólo quieres tener uno, mentir es un hábito para ti y ya es tiempo que la gente los sepa.

El debate es la esencia de la democracia.
Tú dices cuándo: Ponle día y hora y vamos hablándonos de frente"

-SUP-RAP-34/2006 y acumulado.

El acto reclamado fue la resolución de fecha 21 de abril de 2006 emitida en sesión extraordinaria del Consejo General del IFE. La resolución recayó sobre el procedimiento especializado entablado por la coalición Por el Bien de Todos en contra del Partido Acción Nacional (PAN) y desahogado por el Consejo General del IFE con fundamento en la

sentencia dictada por la Sala Superior en el recurso de apelación SUP-RAP-17/2006.

En dicha resolución, el Consejo General del IFE declaró parcialmente fundada denuncia presentada por la coalición Por el Bien de Todos, ordenándose al PAN modificar un promocional o *spot* considerado contrario al orden constitucional y legal.

Durante la campaña presidencial del 2006, el Partido Acción Nacional transmitió cuatro promocionales o *spots* en los que se anunciaba a Andrés Manuel López Obrador con el presidente venezolano Hugo Chávez, se imputaba una gestión como jefe de Gobierno basada en el endeudamiento, se le atribuía haber permitido los actos de corrupción en que incurrieron Gustavo Ponce y René Bejarano y se insinuaba que el financiamiento de su campaña era de origen ilícito, afirmando en tres de ellos que el candidato presidencial de la coalición Por el Bien de Todos representaba "un peligro para México". La sentencia transcribe las siguientes porciones de los *spots*:

> *"**Spot 1**: Aparece una pantalla oscura con la palabra "Intolerancia" y una voz dice: Esto es intolerancia; aparece el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez y dice: " presidente Fox, no se meta conmigo caballero porque sale espinado"; aparece una imagen de Andrés Manuel López Obrador y un sonido que dice: "Cállese ciudadano Presidente", vuelve a aparecer una imagen de Andrés Manuel López Obrador y se escucha un eso: "Cállate Chachalaca"; posteriormente aparecen en letras la palabra "NO"; No a la intolerancia, y parece la leyenda: Partido Acción Nacional.*
>
> *"**Spot 2**: El famoso segundo piso de la Ciudad de México, ¿Cómo pagó López Obrador por él? Se endeudó; ¿Las*

pensiones? Se endeudó; ¿Los distribuidores viales? Deuda, Triplicó la deuda del D.F Si llega a Presidente nos va a endeudar más y más. Y llegará un momento en que vendrá una crisis económica, devaluación, desempleo, embargos, estos son los grandes planes de López el endeudador. López Obrador es un peligro para México. Pantalla oscura y aparece en letras blancas la siguiente leyenda: Partido Acción Nacional.

*"**Spot 3**: Aparece una imagen con un letrero de película de cine mudo y una voz en off que dice: "ahora resulta… Que los segundos pisos y las pensiones de López Obrador…" Aparece la imagen de la escritora Elena Poniatowska e imágenes insertas de dos personas que al parecer son Gustavo Ponce y René Bejarano y se dice: "Se hicieron con buen gobierno, ahorro y honradez… ¿A quién quieren engañar? López Obrador permitió estos delitos. Es un peligro para México. No se puede confiar en él… Luego aparece la imagen de López Obrador y señala tanto en texto como en audio "López Obrador es un peligro para México. Imagen en negro y aparece la siguiente leyenda en letras blancas: "Partido Acción Nacional"*

*"**Spot 4.:** Aparece un fondo rojo y la siguiente leyenda repetida por una voz que dice: Ya salió el peine ¿Sabes qué pasó con los fajos de dólares que Bejarano el Secretario de López Obrador metió en aquella maleta? Aparece en una imagen Andrés Manuel López Obrador y se escucha en audio lo siguiente; "Ahorita es, maletas de dinero para los candidatos, es la época de los portafolios, nada más que no hay videos". La voz dice: "Ja, ahora resulta que no hay videos! Luego al aparecer la imagen de López Obrador, se dice y se coloca un letrero que afirma lo siguiente: "López Obrador un peligro para*

México" Por último se obscurece la pantalla y aparecen letras blancas: "PARTIDO ACCIÓN NACCIONAL."

c) Argumentación de la Sala Superior.

1.- SUP-RAP-31/2006.

Se estimó que el agravio referente a los contenidos de los dos *spots* es, en general, infundado. El contenido de los *spots* es preponderadamente valorativo, por oposición a fáctico, por lo que no puede estar sujeto a un criterio de veracidad que condicione su protección bajo los artículos 6° y 7° constitucionales.

En cuanto a la aseveración fáctica referente a que López Obrador "trabaja" con gente como Ponce, Bejarano e Ímaz, la Sala Superior estimó que no se acreditó que dicha afirmación sea falsa.

En lo referente a la acusación contenida en el segundo *spot* – el referente a la discrepancia de López Obrador de haber buscado varios debates con anterioridad, mas sólo estar dispuesto a participar en uno durante la campaña – la Sala Superior estima esencialmente fundado el agravio de la coalición Por el Bien de Todos en virtud de que:

> "… contiene una "acusación" desproporcionada que por su naturaleza es contraria a derecho, sin que tenga por objeto difundir la plataforma o propuesta política de la Alianza por México", pues el promocional sólo está dirigido a descalificar a Andrés Manuel López Obrador."

La descalificación se realiza a través de la frase "***mentir es un hábito para ti"***. En este segundo caso, la Sala Superior estimó que se

satisfacen los siguientes requisitos que permiten determinar que la expresión referida no goza de protección constitucional, a saber:

- *Tiene única finalidad descalificar al candidato de la coalición Por el Bien de Todos.*
- *Constituye una crítica desproporcionada e inadecuada.*
- *No procura difundir la propuesta política o plataforma electoral del emisor.*

Así, tenemos que los criterios utilizados para decidir los casos planteados – la *ratio decidendi* en estos casos – pueden resumirse de la siguiente forma:

1.- El carácter valorativo o fáctico de la expresión. Si la expresión es preponderadamente valorativa, su veracidad no podrá ser tomada en cuenta para determinar su protección constitucional y su permisibilidad.

2.- En el caso de afirmaciones preponderantemente fácticas, debe quedar establecido con claridad su falta de veracidad a fin de considerársele desprotegida constitucionalmente y por lo tanto no permitida.

3.-El ánimo exclusivo de descalificación, la desvinculación de las propuestas políticas o plataformas electorales y la desproporción de la crítica son, juntos, elementos suficientes para considerar que una expresión no está protegida constitucionalmente y que ha violado la normatividad electoral.

La Sala Superior caracteriza a la libertad de expresión en materia electoral de la siguiente forma:

> “a. La libertad de expresión es fundamental para la democracia y para el orden político. Esto es, va más allá de

ser una prerrogativa de las personas y se constituye como un pilar del sistema político.

b. Las restricciones que el texto constitucional admite a la libertad de expresión son indeterminadas. En consecuencia, solo pueden determinarse en función de un caso concreto. Ello implica que el órgano jurisdiccional que deba determinarlos tendrá que ser cuidadoso de no afectar injustificadamente o arbitrariamente esta libertad.

c. El elemento anterior se vincula con un mandato de interpretación expansiva de los derechos político-electorales establecida por tesis jurisprudencial de la propia Sala Superior.

d. La libertad de expresión contenida en los artículos 6° y 7° constitucionales debe siempre vincularse a las obligaciones establecidas en el artículo 41 Constitucional.

e. El debate democrático requiere la libre circulación de ideas e información acerca de candidatos y partidos políticos." [305]

La caracterización enunciada lleva, a decir de la Sala Superior, a un umbral de crítica ampliado para el caso de la expresión en materia electoral:

"A la luz del régimen jurídico específico aplicable a la libertad de expresión en relación con la propaganda electoral (…) esta Sala Superior estima que el ámbito de la crítica aceptable debe ampliarse en el curso de los debates políticos o cuando verse sobre cuestiones de interés público. En estos casos, debe haber un margen de tolerancia mayor frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones proferidas en esos debates o cuando estén involucradas

[305] MADRAZO, Lajous Alejandro, *Los límites a la libertad de expresión*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 276.

> cuestiones de interés público o de interés general en una sociedad democrática."[306]

Así, de lo dicho hasta este punto por la Sala Superior, tenemos que el régimen de libertad de expresión en materia electoral:

1. Es un régimen ampliado en comparación con otras materias;
2. Debe ser especialmente amplio tratándose de juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones hechas en el debate político; y
3. Tiene un umbral más alto tratándose de funcionarios públicos o contendientes a puestos de elección popular que a ciudadanos privados.
4. Habiendo llegado a este punto en que la tendencia expansiva de la libertad de expresión parece alcanzar su punto máximo, la Sala Superior establece límites a la propia Libertad.

El límite a la libertad de expresión, bajo esta construcción de la misma, está pues en la honra, reputación y dignidad personal de las personas.

Ahora bien, este límite se precisa aún más en la sentencia aunque no siempre en forma consistente. En primer lugar, tenemos que la Sala Superior sostiene que "en lo tocante a los juicios valorativos o apreciaciones no es exigible un canon de veracidad". Esto es, cuando las expresiones sean juicios valorativos o apreciaciones y no afirmaciones de hechos las que recaigan sobre las personas, no pueden exigírseles a dichas expresiones el ser veraces.

---

[306] *Ídem.*

Hasta aquí, el límite a la libertad de expresión está en la dignidad, reputación y honra de las personas afectadas, mas ese límite no puede implicar una exigencia de veracidad tratándose de apreciaciones o juicios de valor. Este límite es precisado por la interpretación que la Sala Superior hace del artículo 38, párrafo 1, inciso p) del COFIPE.

> "Lo dispuesto en el invocado artículo 38, párrafo 1, inciso p) del código electoral federal tiene por objeto excluir del ámbito de protección normativa aquellas criticas, expresiones, frases o juicios de valor que sólo tiene por objeto o como resultado la denotación, (*sic*) la ofensa o la denigración de otro…
> *(…)*
>
> …sin que para ello sea requisito ineludible el empleo de términos que, en sí mismos, constituyan una diatriba, una calumnia, una injuria o una difamación…"

En otras palabras, el límite a la libertad de expresión es la afectación de la dignidad, honra o reputación de las personas afectadas, no teniendo protección constitucional aquella expresión que:

1.- Tenga como objeto o consecuencia el denuesto o denigración de otro (afectación de honra, reputación o dignidad). Esto es, el límite no exige que hay finalidad o intencionalidad.

Puede también quedar excluida una expresión que, sin buscar denostar o denigrar, lo haga:

2.- No es necesario que se realicen mediante términos que intrínsecamente constituyan diatriba, difamación, injuria o calumnia, pudiendo ser también términos que lo sean solo en su contexto y,

3.- Las expresiones deberán de tener como único (“solo”) propósito o resultado la injuria, denuesto, denigración, calumnia, etc.

2.-SUP-RAP-34/2006 y acumulado.

La Sala Superior resolvió en la parte evidente que:

1.-En cuanto al primer *spot* – en que se alude al Presidente venezolano Hugo Chávez, asociándolo en su intolerancia a López Obrador – la Sala Superior estimó infundado el agravio de la coalición Por el Bien de Todos en virtud del siguiente razonamiento:

Estimó que en dicho *spot* existe un “mensaje claro, consistente en no permitir la intolerancia”.

Dicho mensaje se transmite mediante imágenes y sonidos, obtenidos de hechos que sucedieron en el pasado y cuyo contenido no está controvertido.

El mensaje consiste en una crítica severa a aquellas actitudes encaminadas a limitar la libertad de las personas de expresarse.

2.- En cuanto al segundo *spot* - en que se afirma que López Obrador desempeñó sus labores como funcionario público mediante el endeudamiento y que incluye la afirmación de que es “*un peligro para México”* – la Sala Superior estimó que las afirmaciones en el contenidas

> “se encuentran dirigidas fundamentalmente a demeritar la imagen del candidato” y que “el objetivo primordial del

> mensaje está destinado a empañar, ante el electorado, la imagen del candidato en cuestión…"

De lo anterior, se desprende que el *spot* en referencia no se estimó como expresión protegida por ser su finalidad la de denostar, injuriar, etc. Y por violar, con ello, la normatividad electoral.

3.- En cuanto al tercer *spot* – en que afirma que López Obrador permitió conductas delictivas y en el que se incluye la afirmación de que es "un peligro para México" – la Sala Superior estimó que la afirmaciones en él contenidas "*pretenden minar la imagen del candidato referido, al mostrarlo frente a la opinión pública como una persona a la que no se le puede tener confianza, ya que es vinculado activamente con la comisión de ilícitos, esto es, "la finalidad del mismo se orienta a quitar mérito al candidato Andrés Manuel López Obrador*".

En síntesis, la Sala Superior estimó que el *spot* en referencia viola la normatividad electoral por ser su finalidad denostar, injuriar, etc. Por lo cual no resulta una expresión protegida por la Constitución.

4.-Finalmente, el cuarto *spot* – en que se insinúa que López Obrador obtiene recursos para su campaña electoral con dinero ilícito y que contiene afirmación de que es "un peligro para México" – la Sala Superior estimó que la afirmación acerca del peligro que representa López Obrador "por sí mismo afecta su imagen frente al electorado" y que la insinuación de que se allega recursos de procedencia ilícita "acentúa la denostación personal".

En su conjunto, la Sala Superior resolvió que los tres últimos mensajes tienen tres puntos comunes que constituyen el incumplimiento del PAN de sus obligaciones bajo el régimen de propaganda electoral. Las características que unen a estos tres *spots* y que llevan a la Sala Superior a

la convicción de que, a pesar de no utilizar expresiones intrínsecamente vejatorias o injuriosas, “su propósito manifestó no es difundir preponderadamente una crítica razonada, una oferta política o un programa electoral, sino por el contrario, empañar la imagen pública del mencionado candidato” son:

1. Que todos tienen un carácter negativo.
2. Son manifestaciones relativas a supuestas acciones pasadas, no vinculadas con los programas o planes propuestos por el candidato en cuestión o su coalición, y
3. Son ajenos a la información directamente relacionada con las plataformas electorales del PAN o de la coalición Por el Bien de Todos.
4. En este caso, podemos decir que la *ratio decidendi* se define por la finalidad de afectar la imagen de la persona perseguida por los *spots*, siendo los tres elementos citados meras indicaciones de que la finalidad perseguida es ilegítima.

En este caso, para la Sala resulta problemática la distinción entre afirmaciones fácticas y juicios de valor en las expresiones, pues en las primeras tienden a sustentar los últimos:

> “La problemática se presenta cuando, a partir o con relación de ciertos hechos, explicitados o no en el mensaje de que se trate, se efectúa algún tipo de valoración, pues puede ocurrir que de unos determinados acontecimientos, se deriven pensamientos o inferencias más o menos vinculadas con los hechos que se toman como base, y que estos se relaten o presenten a un auditorio ajeno a tales hechos, siendo posible incluso, como se anticipó, que los destinatarios no estén en aptitud de conocer las acciones u obras en que se fundan las opiniones, lo que pudiera dar pie a que presuman la

> veracidad de los asertos, por considerar que el autor del mensaje tiene conocimiento de los mismos"[307]

La Sala Superior afirma una distinción fundamental en términos de protección constitucional: **las afirmaciones de hecho falsas, erróneas o incorrectas, no gozan de protección constitucional, a diferencia de los juicios de valor y las afirmaciones ciertas:**

> "…debe inmediatamente puntualizarse que la cobertura constitucional con la que cuenta se rige por parámetros distintos de los aplicables a las ideas o juicios, pues las aseveraciones de hechos erróneas, incorrectas o falsas no se encuentran, por sí mismas, amparadas por la Ley Fundamental."[308]

Esta distinción se vincula con una exploración de la libertad de expresión que la Sala Superior emprende en seguida: una exploración de la libertad de expresión en conjunto con la libertad de información.

Así, la Sala plantea una "dimensión social" de la libertad de expresión. No se trata ya solo de un derecho individual a expresarse, sino que se abunda en el hecho de que dicho derecho individual va de la mano de un derecho colectivo a recibir información y a conocer la expresión ajena, debiéndose proteger ambas dimensiones en forma simultánea:

> "Lo anterior es así, toda vez que la libertad de expresión no puede circunscribirse a proteger la posición de quien participa en el foro público sino también debe extender su cobertura a quienes participan escuchando lo que los demás tengan que decir."[309]

---

[307] SUP-RAP-31/2006.
[308] *Idem.*
[309] *Idem.*

Esta vinculación desencadena, en la sentencia, una serie de consecuencias para la libertad de expresión.

I.- En primer lugar, se incluyen aspectos institucionales en la valoración de expresión, esto es, no debe circunscribirse a considerar la naturaleza del discurso expresado o el carácter de las expresiones proferidas, sino, también, por ejemplo, la identidad de quien se expresa, el entorno institucional en que se producen las expresiones proferidas (empresas, sindicatos, universidades y demás) o el medio a través del cual se difunden, un medio impreso, o bien, en medios electrónicos de comunicación.

II.- El derecho a la información aporta, además, “el derecho a recibir información veraz y no manipulada”. Es en este punto, en que se han incluido en el análisis de la libertad de expresión el derecho a la información, el derecho a recibir información veraz y la consideración de elementos institucionales, donde la Sala se adentra específicamente en la materia electoral:

> “En el ámbito de las campañas electorales, como se precisó, la veracidad de las informaciones que se presenten como tales al electorado tiene una indudable trascendencia, pues de lo contrario se permitiría que se proporcionara a la ciudadanía insumos de noticias con contenidos que, en lugar de fomentar la consecución de un voto razonado y ampliamente informado, propendieran precisamente en lo contrario, con lo cual de desnaturalizaría el diseño Constitucional existente.”

En otras palabras, la materia electoral, específicamente durante las campañas, es donde más trascendente deviene la veracidad de la

información circula. El derecho a la libertad de expresión, al vincularse con el derecho a la información y la fundación político-electoral, adquiere una orientación específica dentro de la materia electoral: se convierte en un vehículo indispensable para el desarrollo del juego político-electoral; "…la propaganda electoral tiene un fin político". Esto es, tiene como fin contribuir a la construcción del entendimiento y la deliberación política.

-**Contraste garantista.**

La diferencia entre la concepción del derecho a la libertad de expresión en el recurso SUP-RAP-34/2006 y la construcción adoptada tan solo unas semanas antes por la Sala en el recurso SUP-RAP- SUP-RAP-31/2006 es abismal.

Un tema que inmediatamente llama la atención es la prueba de "escrutinio estricto" que en el Recurso de Apelación 34 anuncia y aplica al caso que resuelve.

Esto es así, porque lo que la Sala Superior establece en dicha sentencia es una prueba de altísimo rigor a la cual debe someterse el ejercicio discursivo de los actores políticos durante las campañas electorales. Esto es, se presupone que los actores políticos – quienes hacen uso del derecho de libertad de expresión en tiempos electorales – deben de ser vigilados con particular rigor, a fin de asegurar que se adhieran a aquellas "características a que deben ceñirse ciertos mensajes" que el legislador ha determinado.

En otras palabras, en el Recurso de Apelación 34 se establece una presunción de desconfianza en contra de los actores políticos y un mandato al juez electoral de proteger con celo a las disposiciones del legislador ante

el riesgo de un ejercicio indebido de un derecho fundamental por parte de los participantes en los procesos electorales.

> "El problema consiste en que la forma en que la Sala Superior entiende el escrutinio estricto es exactamente la opuesta al sentido original que se le dio a la doctrina del escrutinio estricto".[310]

La doctrina del escrutinio estricta fue desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en referencia a temas como la libertad de expresión, el derecho a la igualdad y la no discriminación.[311]

En la tradición estadounidense, se aplica un estándar de escrutinio constitucional "estricto" cuando el juez Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de restricciones jurídicas (normalmente legislativas) impuestas a los ciudadanos en el goce de un derecho fundamental.

En un famoso pasaje, el ministro *Black* afirmó que:

> "…toda restricción jurídica que acota los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Ello no quiere decir que necesariamente toda restricción de este tipo sea inconstitucional. Quiere decir que las Cortes deben someterlas al más rígido escrutinio."[312]

Así, en su contexto original, la doctrina del escrutinio estricto, establece una presunción a favor de los ciudadanos y en contra de la autoridad, cuando se involucren restricciones a los derechos

[310] MADRAZO, Lajous Alejandro*, Op. Cit., pags.* 287 y siguientes.
[311] Brest. *et al.,processes of Constitutional Decisionmaking*, 4ª ed., Aspen Law & Business, Nueva York 2000, págs. 80-810.
[312] *Korematsu vs. United States* 323 U: S 214 (1944).

fundamentales, tan graves, como por ejemplo la segregación racial. La doctrina ha sido aplicada a diversas materias constitucionales, pero siempre en los contextos de mayor riesgo de afectación de los derechos fundamentales.

Aplicada al caso que nos concierne, la doctrina del escrutinio estricto – según la entendió el ministro *Black.* Y con él la doctrina constitucional estadounidense[313]habría aplicado al evaluar la constitucionalidad de la norma legislativa que establece límites al ejercicio de la libertad de expresión, no al ejercicio concreto sometido al caso.

Ahora bien, es preciso señalar que el desarrollo de la Sala Superior hace del derecho a la libertad de expresión a partir de su vinculación con el derecho a la información, la contextualización institucional en la qué se inserta el ejercicio de dicho derecho y, finalmente, la vinculación íntima entre la función pública y política de la libertad de expresión en el proceso electoral parecen todas medidas acertadas.

La campaña negativa sobre la que recayó la sentencia constituyó un exceso (entre muchos) en el uso de recursos mediáticos para denostar a un rival político. Ello fue ampliamente documentado por la propia Sala Superior unos meses después de los fallos en cuestión. Sin embargo, contener a dicho exceso y calificarlo de ilícito podía bien haberse llevado a cabo con los elementos que, hasta antes del último minuto, la Sala Superior había establecido en su interpretación de la libertad de expresión de contextos políticos. Concretamente, la aplicación del criterio de veracidad a las expresiones contenidas en los *spots* – valorando la veracidad en virtud de la

[313]Vale la pena explicitar que lo valiosos de la doctrina del escrutinio estricto según la interpretación constitucional estadounidense no radica en su origen o en su calidad paradigmática, sino en el hecho de que hace sentido exigir un estándar constitucional alto a las restricciones legislativas de las garantías constitucionales, mientras que no hace sentido exigir un estándar alto al ejercicio de las garantías constitucionales enfrentadas con restricciones legislativas.

dimensión pública de la libertad de expresión y vinculando éste último al derecho de la información del auditorio – parece un recurso doctrinal suficientemente como para identificar y contener los excesos que el caso presentaba.

Por otro lado, independientemente de la crítica sostenida en contra del uso que da la Sala Superior a la doctrina del escrutinio estricto, queda aún pendiente el que establezca claramente cuando puede usarse el escrutinio estricto para evaluar la conducta del ciudadano.

En mi opinión, lo óptimo es rescatar la dimensión social del derecho a la libertad de expresión, su vinculación con el derecho a la información y la íntima vinculación entre afirmaciones de hecho y juicios de valor sin caer en el exceso que representa aplicar un criterio como el de "escrutinio estricto" al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la ciudadanía.

- ***SUP-RAP-31/2006: interpretación expansiva de los derechos político-electorales y dimensión individual***

En esta sentencia se adopta una perspectiva de la libertad de expresión casi exclusivamente desde la perspectiva del individuo que ejerce el derecho fundamental a expresarse libremente.

Desvinculado del derecho a la información, la sentencia bajo estudio entiende el contexto político-electoral en que se ejerce la libertad de expresión exclusivamente como una razón para ampliar más esta garantía. Al final, nos quedamos con una libertad individual que poco o nada está obligada a aportar al proceso político electoral.

El auditorio – los votantes – cuyos derechos debieran ser la piedra de toque de toda la interpretación de la normatividad electoral, son desplazados por el individuo que se expresa.

La veracidad de la expresión poco o nada importa, aun cuando dicha expresión poco o nada aporte.

Esta sentencia es producto de la adopción de una doctrina que despliega una lógica contrapuesta a lo que esperaríamos de un juez Constitucional. La piedra angular de la misma se encuentra en el mandato autootorgado del juez electoral, articulado en la tesis jurisprudencial cuyo rubro se cita como **DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACION Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE DE SER RESTRICTIVA**. Como aparece entender esta jurisprudencia, la Sala Superior en la sentencia es como un mandato para expandir, sin restricción alguna, los derechos individuales.

Madrazo opina al respecto que:

> "El papel del juez Constitucional, inclusive de un juez constitucional especializado, no debe ser ese. En teoría, el Constituyente es quien forja y delimita los derechos fundamentales. El juez Constitucional debe protegerlos de autoridades y leyes, resguardando su justa dimensión, no suplantar al Constituyente en una campaña de expansión de los derechos fundamentales por vía jurisdiccional. La tentación de suplantar al Constituyente es siempre grande para el juez constitucional, pero su capacidad de auto contenerse es la única forma en que puede garantizar la salvaguarda de su propia legitimidad".[314]

[314] MADRAZO, *Op. Cit* pág. 292.

Pero no solo preocupa la legitimidad del juez constitucional que adopta una posición abiertamente activista. Preocupa también específicamente en la material electoral, la capacidad que tendría la autoridad electoral (administrativa y legislativa) para regular los procesos tan complejos en los que tanto está en juego. Los peligros de una política ciega de expansión de los derechos fundamentales, el juzgador presente en esta sentencia sería incapaz de acotar los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión en que incurrió el PAN mediante la campaña publicitaria analizada en el caso SUP-RAP-34/2006. Ello queda manifestado con el voto particular que en ese caso emitió el magistrado José de Jesús Orozco Henríquez.[315]

Una posición así, que ignora el SUP-RAP-34/2006 realizó adecuadamente (esto es, la vinculación entra la libertad de expresión de quien se expresa y el derecho a la información de quien lo escucha, la dimensión social de la libertad de expresión, la vinculación entre afirmaciones de hecho y juicios de valor, etc.) gradualmente dejaría sin regulación efectiva a los procesos electorales. En aras de una expansión dogmática de los derechos fundamentales, quedaría la deliberación democrática al arbitrio de una "mano invisible" en medio de una competencia electoral "salvaje" e irrestricta.

Me parece que en este punto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene mucho que aportar, efectivamente, no se trata de suplantar al Constituyente ni de tener un activismo judicial fuerte, pero en la medida que se profundice en la teoría de Ferrajoli y exista el compromiso

[315]El voto particular en referencia, la mayor parte de la sentencia de la Sala Superior en **SUP-RAP-31/2006** consistentemente se muestra anuente con los excesos de la campaña negativa que insiste en desacreditar a un candidato presidencial como "un peligro para México".

de tutelar adecuadamente los derechos fundamentales, tendremos mejores sentencias, desde el punto de vista de las decisiones.

Aun y cuando esta es una tesis de doctorado en la que es necesario teorizar, es importante considerar que desde el discurso de los prácticos, también existen presiones políticas sobre decisiones judiciales, y el mejor antídoto, siempre será la interpretación garantista y el compromiso con la impartición de justicia.

- Caso Peña Nieto y críticas del Partido Acción Nacional. SUP-RAP-251/2012.

Como se mencionó, el objeto de estudio se circunscribe hasta las sentencias emitidas por el Tribunal Electoral hasta 2010, sin embargo, por la relevancia del asunto considero oportuno comentar este precedente judicial:

En definitiva, la arquitectura constitucional de la que gozamos en México hoy día es sólida, existe un Poder Judicial que hace un contrapeso efectivo a los poderes ejecutivo y legislativo, así como a los órganos autónomos, para demostrar lo anterior, me ocuparé de presentar, una síntesis de un debate constitucional de suma trascendencia realizado en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sobre la Libertad de Expresión en las campañas políticas.

Los hechos materia de este juicio fueron analizados en el expediente **SUP-RAP-251/2012**, es decir, en lenguaje ciudadano una apelación o inconformidad por un acto realizado consistente en la imposición de una multa por el Consejo General del Instituto Federal Electoral.

Resulta que el PAN promocionó en radio y televisión dos spots, *"la verdad no divide"* y *"la verdad sobre la violencia*", en el que, en el segundo de ellos hacía una referencia a que el Partido Revolucionario Institucional permitió que los criminales tomaran el control de los Estados que gobiernan y le imputaron homicidios relacionados con el crimen organizado; en el primero, se hace referencia a que lo que divide son los gobernantes que permiten que *los criminales maten, roben o extorsionen*, entre otras cuestiones; Por este spot, el Partido Acción Nacional fue sancionado con la cantidad de $623,000 (seiscientos veintitrés mil pesos), no así por el spot de la verdad sobre la violencia.

Como era de esperarse, en la ruta jurídica y la estrategia de los partidos, se planteó el recurso de apelación, es decir, una revisión de lo actuado por el Instituto Federal Electoral de parte del Partido Revolucionario Institucional, y los Magistrados de la Sala Superior confirmaron la actuación del IFE, no atendiendo al llamado canon de veracidad, dado que éste no es el parámetro que se tiene que utilizar en la materia, sino el canon de proporcionalidad, en relación a que si dicha información es relevante para la construcción del debate democrático, siguiendo por supuesto, una línea argumental liberal del Tribunal Europeo, Corte Interamericana y Corte Norteamericana, argumentar lo contrario, nos trasladaría al tribunal de la santa inquisición.

Por supuesto, es loable hablar de ética, siempre y cuando, se cuiden los límites infranqueables, pues como dijo Rodolfo L. Vigo, donde *todo vale, nada vale*[316], máxime tratándose de jugadores antisistema.

La Sala Superior confirmó la resolución del IFE, dado que en su consideración, la opinión no se sujeta a un análisis de verdad, pues no es

[316] VIGO, Rodolfo, entrevista contenida en la Revista "Expresiones: letras ciudadanas a favor de la democracia", del Instituto Electoral de Querétaro, número 7, abril - julio de 2012, p. 32.

tribunal de inquisición, según el Dr. González Oropeza; en el debate político, la libertad de expresión e información ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, frente al interés público de una sociedad democrática; los spots bajo análisis sólo contienen un señalamiento de idoneidad y eficacia de ciertas políticas públicas, a juicio de este Tribunal.

En síntesis, la Sala Superior considera que:

1. La libertad de expresión es un derecho fundamental, contenida en el texto constitucional y en tratados internacionales, los cuales, según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, no puede alegarse el derecho interno para incumplir los pactos internacionales.

2. La libertad de expresión comprende tres derechos, buscar, recibir y difundir mensajes e informaciones de toda índole.

3. Los valores para ejercer una democracia son pluralismo, apertura y tolerancia.

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palmara Iribarne vs. Chile* redimensiona la libertad de expresión para que coexista con el pluralismo de amplio espectro y una acentuada tolerancia.

Se trató, sin duda, de un caso difícil, fue una decisión mayoritaria de 5 a 2, en la que los votos particulares de la minoría conformada por dos grandes juristas: Alanis y Galván expresaron datos interesantes:

- Según el Tribunal Constitucional Español, *no existe el derecho al insulto*.

- Existen límites a la libertad de expresión fundados en la *dignidad, honra y reputación de la persona.*

- Se cuestiona la interpretación entre veracidad de hechos y la proporcionalidad para coadyuvar a la calidad democrática.

4.1.1.10. *Integración de órganos electorales*.

a) Datos de identificación: SUP-JRC-412/2010 y acumulados.

b) Antecedentes del conflicto:

El conflicto se origina al renovar el Consejo General del Instituto Electoral de Querétaro, es decir, 7 Consejeros Propietarios y 7 Suplentes; algunos de ellos, tres en concreto, con posibilidad de reelección.

Los hechos que originaron el conflicto constitucional que tuvo que dirimir el Tribunal Electoral en su faceta de Tribunal Constitucional se fincan en lo siguiente:

1. El treinta y uno de octubre de dos mil diez, el Presidente de la Mesa Directiva y el Presidente de la Comisión de Gobernación, Administración Pública y Asuntos Electorales, ambos de la Legislatura del Estado de Querétaro, emitieron la convocatoria para la designación de Consejeros Electorales para el periodo 2010-2017 del Instituto Electoral de Querétaro.

2. El doce de noviembre del dos mil diez, se emitió un documento denominado “DECLARATORIA DE LA JUNTA DE CONCERTACIÓN POLÍTICA de los aspirantes que cumplieron con los requisitos señalados en la Convocatoria a participar en el proceso de selección de candidatos a ocupar los cargos de Consejeros Electorales.”

En dicha declaratoria, consta que se tuvieron por cumplidos los requisitos de los ciudadanos actores en este juicio, por lo cual se fijaron fechas para sus entrevistas ante dicha Junta.

3. Del dieciséis al veinte de noviembre se desahogaron las entrevistas de los aspirantes, dicho órgano legislativo valoró el perfil de cada uno de los 54 aspirantes, mediante dictamen.

4. En sesión iniciada el treinta de noviembre y concluida el día siguiente, la LVI Legislatura del Estado de Querétaro designó nuevos consejeros electorales, con algunas peculiaridades, materia de la interpretación en sede judicial:

De conformidad al artículo 17, de la Constitución local, la designación de Consejeros Electorales debe hacer con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Legislatura. En este tenor, la sesión para designar a los Consejeros Electorales inició a las 13.00 hrs, del 30 de noviembre de 2010, sin embargo, ante la falta de acuerdos políticos entre los grupos parlamentarios, se decretó un receso, el cual cerca de las 23.50 hrs, se levantó, a fin de desahogar la designación; ante dicha circunstancia, un partido político con representación de diez diputados en la Cámara, de los cuales 9 diputados decidieron abandonar la sesión y con ello, imposibilitar la construcción de la mayoría de las dos terceras partes requeridas para llevar a cabo la designación.

No obstante lo anterior, una mayoría de dieciséis diputados llevó a cabo la sesión y designó a los Consejeros Electorales; situación que generó desde luego una serie de especulaciones en torno a la constitucionalidad de la elección y parafraseando a Zagrebelsky en el caso Serena, se formaron prácticamente dos bandos, lo que sostenían la constitucionalidad del acto, ante una conducta dolosa de un partido político que pretendía amagar la

sesión y hacer valer su dolo en juicio; y los que por el contrario, firmes a la tradición paleopositivista insistían en una inconstitucionalidad del acto, pues se aducía era nula de pleno derecho, bajo una interpretación de corte contractualista.

5. El caso se complicó aún más, pues el litigio principal y sus derivados o accesorios se prolongó hasta el 27 de abril de 2011; la sentencia SUP-JRC-412/2010, fue sesionada el nueve de febrero de 2011, después de una serie de conductas procesales atípicas provocadas por algunos de los actores: tales como ampliación de demanda y pruebas supervenientes, así como al final con incidentes de aclaración de sentencia y de ejecución de la misma.[317]

Por tanto, a fin de conocer los principales planteamientos de las partes, es menester señalarlos, dado que será el material jurídico de interpretación en por la Sala Superior, el cual trataré de justificar con las ideas del jurista italiano en mención.

c) Argumentación de la Sala.

Las partes a través de diversos juicios para la protección de los derechos político – electorales del ciudadano[318] y el Partido Acción Nacional a través del juicio de revisión constitucional electoral:

- **Violación al procedimiento legislativo y reelección de consejeros electorales.** Los actores adujeron que el

[317] El litigio trajo aparejado un intenso debate mediático en la Entidad, fuertes posicionamientos a favor y en contra, lo que originó que se plantearan en sede judicial diversos incidentes.

[318] La reforma electoral 2007 y 2008 incorporó el párrafo 2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral que afirma: *"Asimismo, resultará procedente para impugnar los actos y resoluciones por quien teniendo interés jurídico, considere que indebidamente se afecta su derecho para integrar las autoridades electorales de las entidades federativas."*

procedimiento de designación de Consejeros vulneró formalidades esenciales, al no estar fundado y motivado; que no se distinguió entre procedimiento de designación y procedimiento de ratificación, en perjuicio de los consejeros que tenían derecho a esto último y no se elaboró un dictamen en el que se analizaran los expedientes de cada participante.

Por su parte, la Sala Superior sostuvo que los actos complejos que no están dirigidos contra los particulares, se requiere otro tipo de fundamentación y motivación distinta a la generalidad de los actos de privación o molestia, pues, el acto legislativo por el cual se "elige" a un consejero en su encargo, por tratarse del ejercicio de una atribución legal, no requiere de la misma fundamentación y motivación a que están sujetos los típicos actos de molestia.

> "De igual forma, calificó de infundado el agravio, en virtud de que la reelección de los Consejeros Electorales se limita a la posibilidad de que los Consejeros en funciones participen en el procedimiento respectivo y se valore si cumplen los requisitos para ello, sin que por esas razones se imponga a la Legislatura el deber de ratificar a los funcionarios que tengan el derecho, pues tal deber sería en contravención de su facultad de decidir soberanamente al respecto".[319]

- **Incorrecta aplicación de las reglas de votación**. Los actores afirmaron que era inconstitucional la designación de Consejeros Electorales sin contar con la votación mínima requerida de las dos terceras partes de los integrantes de la Legislatura. La Sala Superior, en este punto, fijó como *litis* si la frase con "*el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Legislatura*" a que

[319] Criterio sostenido en el **SUP-JDC-3000/2009**.

alude el artículo 17, fracción IV, de la Constitución local se refería a los integrantes presentes de la Legislatura, o bien, si estaba enfocada a la totalidad de los integrantes de la misma, es decir, a los votos de los 17 votos de los 25 legisladores que integran esa Legislatura.

Este es el agravio medular de la decisión judicial, el cual se calificó como infundado. La interpretación que prevaleció fue de tipo funcional,[320]en el sentido que la votación tiene que hacerse con los legisladores presentes al momento de recabar la votación.

El argumento expresado en la sentencia es el siguiente:

> "….de interpretarse que se trata de las dos terceras partes de la totalidad de los integrantes de la legislatura, esto es, de diecisiete diputados, se dificultaría gravemente la funcionalidad del órgano, pues se permitiría que una minoría de legisladores impidiera sesionar válidamente, a partir de su inasistencia o al retirarse de la misma, lo que podría generar la posibilidad de paralizar el funcionamiento de la legislatura, ya que de ausentarse nueve diputados no sería posible integrar la mayoría calificada, tal como aconteció en el caso, a pesar de que la sesión del Pleno estuviera válidamente integrada hasta con trece de ellos. La funcionalidad de la Legislatura no puede depender de la voluntad unilateral de algunos diputados, siendo que su obligación constitucional, legal y política es la de acudir a todas las sesiones del Pleno, salvo que, por excepción, tengan justificación legal para no hacerlo."[321]

[320]Criterio de interpretación propio del Estado Constitucional de Derecho, en el cual es necesario privilegiar la funcionalidad de la norma jurídica.
[321]**SUP-JRC-412/2010**, págs. 182 y 183.

En este tenor, si en la sesión de la Legislatura había dieciséis diputados presentes con lo cual, se integró la legislatura con la mayoría de sus integrantes, razón por la cual es válida la designación, incluso con el voto favorable de once de ellos, pues esa cantidad representa las dos terceras partes de los diputados presentes al momento de la sesión y quince de ellos votaron a favor de la propuesta, resolvió la Sala.[322]

- **Inelegibilidad de los Consejeros Electorales**. El artículo 62 de la Ley Electoral del Estado de Querétaro enuncia los requisitos para ser designado Consejero Electoral, entre éstos:

- "no ocupar ni haber ocupado carga o comisión o laborar ni haber laborado durante el último año anterior al proceso electoral, en empleo alguno de la Federación, estado o municipios." Y como en el caso concreto, varios de los Consejeros Electos trabajaban antes de ser designados en uno de estos espacios, se configuró la materia de impugnación.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación confirmó a los Consejeros Electorales designados, con excepción de uno de ellos a quien se le vinculó en el plano de los hechos a un partido político, cuestión muy complicada de valorar, a grado tal que meritó el voto particular y en contra del Magistrado Flavio Galván Rivera.

En síntesis, la Sala Superior determinó que el artículo 62, fracción VII, tiene como finalidad, garantizar la independencia de los futuros

[322] Fundamentó este criterio la tesis de jurisprudencia P./J. 43/2007, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 110/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Mayo de 2007 pág. 1652, materia constitucional que dice: "**VETO.PARA SUPERAR EL QUE EJERCIÓ EL TITULAR DEL PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO, DEBE INTERPRETARSE QUE SE REQUIERE LA VOTACIÓN CALIFICADA DE LAS DOS TERCERAS PARTES DE LOS DIPUTADOS PRESENTES AL VOTARSE EL DICTAMEN RESPECTIVO."**

consejeros, por lo que debe entenderse que la referencia es respecto de proceso electoral posterior a su designación, pues se afirmó que *"poca relevancia tendría que su independencia derivada de su desvinculación a la Federación, Estados o municipios, pudiera presumirse con relación a un proceso electoral en el que no les correspondió participar como consejeros.*

- **Directivas de interpretación en el Estado Constitucional de Derecho.**

A fin de comprender la decisión relevante del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es necesario recurrir a los teóricos del Derecho, a efecto de justificar esta decisión bajo un andamiaje que permita establecer los parámetros sobre los cuales un Juez Constitucional puede pronunciarse.

Bajo esta línea argumental, Rodolfo Luis Vigo plantea once orientaciones de interpretación constitucional, con un sustento académico, doctrinal y jurisprudencial, las cuales en un ejercicio de síntesis, podemos decir que son las siguientes:

> **"1. Optimización de la eficacia jurídica de la Constitución**. La aplicación de este principio implica que el juez constitucional reconozca a la propia Constitución como una primera fuente de respuesta para todo asunto. Exige dirigir su actividad judicial hacia el campo de aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales pero sin distorsionar su contenido.
>
> **2. Sistematización de la Constitución.** Implica que el intérprete de la Constitución opere conforme al sistema de donde emana el enunciado normativo cuyo contenido se pretende desentrañar.

3. La Constitución como parte del sistema. Consiste en que la operatividad de la Constitución requiere ser visualizada en el marco más amplio de todo el sistema jurídico que integra.

4. Fidelidad no estática al Poder Constituyente. Esta directiva parte de la debilidad que suscita un seguimiento estricto a la voluntad del Constituyente, dado el desajuste que pueden provocar el transcurso del tiempo y las nuevas realidades.

5. Contenido y proyecciones políticas. Operar la Constitución implica introducirse al campo de la política, de ahí que la funcionalidad del régimen político, ligada al equilibrio de poderes, se encargue a un órgano judicial de control constitucional. A través de este postulado, se pretende concientizar al intérprete sobre el poder que tiene para favorecer la unidad política y reducir la multiplicidad de intereses, aspiraciones y conductas existentes en la sociedad.

6. Contenido axiológico. Permite al operador jurídico entender a la Constitución como una expresión de valores sustanciales que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretarla. El juzgador debe superar la visión normativista y buscar respuestas jurídicas en el núcleo axiológico Constitucional, esto es, abrirse al dominio de una razón práctica idónea para ponderar y argumentar en materia de bienes humanos.

7. *Self – restraint*. Básicamente se sustenta en brindar una solución desde el Derecho y no a partir de la cosmovisión particular del intérprete.

8. Fundamentación apropiada y trascendencia de los considerandos. Refuerza el argumento tendente a demostrar que las sociedades democráticas y pluralistas actuales, no basta la justificación autoritaria de la resolución y menos la operación de simples silogismos propios de una argumentación arcaica y limita en ocasiones a las instancias jurisdiccionales de estricta legalidad.

9. Apertura al Derecho comunitario e internacional. Se trata de una orientación hacia la interpretación de la Constitución con base en el derecho comparado, permite invocar la autoridad de un derecho extranjero en respaldo a una interpretación de normas nacionales.

10. Medir las consecuencias del resultado interpretativo. Requiere que el intérprete esté consciente de las consecuencias de sus fallos. Que en la responsabilidad de hacer justicia no debe quedar fuera el interés de la sociedad.

11. Estabilidad relativa de los precedentes judiciales. Obliga a respetar la *ratio decidendi* de los fallos y la regla conforme a la cual se resuelve un caso concreto. Trata de brindar una estabilidad a los precedentes constitucionales, digna de modificarse mediante el empleo de adecuadas cargas argumentativas".[323]

De igual forma, la doctrina nacional representada por el Dr. Santiago Nieto aduce como tipos de interpretación contemporánea a la interpretación liberal, la interpretación evolutiva, la interpretación conforme y la interpretación pragmática. Dichas herramientas deben ser usadas por el

[323] VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, 2ª edición, México, Porrúa, 2005 pág. 115.

operador de la norma jurídica a fin de re posicionar su papel en el Estado Constitucional de Derecho.[324]

d) Contraste garantista

En particular esta decisión de la Sala Superior más que un asidero garantista, en mi opinión encuentro su fundamento y razón de ser en el paradigma del neoconstitucionalismo, particularmente en las ideas de Zagrebelsky.[325]

De las anteriores directivas de interpretación, me parece que la decisión del Tribunal Electoral en el caso bajo estudio, se realizó justamente a partir del contenido y proyecciones políticas, esto es, si reconstruimos el caso, tenemos que la designación de Consejeros Electorales que realiza la Legislatura del Estado es un acto soberano, por lo que la racionalidad que debe imperar en ese acto, es de naturaleza política, dado que se trata de un poder del Estado que encomendará a un ente: Instituto Electoral, una función de Estado: *organizar las elecciones*. Ello no implica que se politice la decisión, la cual puede basarse en criterios objetivos, sin embargo, al provenir de una soberanía estatal, su naturaleza es de índole política.

En efecto, en el caso concreto la Legislatura del Estado se encontraba en la fecha límite para designar Consejeros Electorales, esto es el 30 de noviembre, y a pesar de ello, no existieron acuerdos sobre la designación; no obstante, continuaba vigente el imperativo legal de realizarlo; más aún en lugar de acudir a la sesión, una fracción parlamentaria se ausentó de la sesión a fin de impedir la construcción de la mayoría requerida para designar Consejeros Electorales, por lo que es

[324] NIETO, Castillo Santiago*, Op. Cit,* págs. 302-304.
[325] *Véase*: Artículo del Dr. Pedro Salazar, el garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente, en http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/239.pdf, consultado el 8 de febrero de 2011.

inconcuso que existió un dolo, el cual debió tener consecuencias jurídicas y políticas para dicha fracción parlamentaria.

Es claro que las dos terceras partes de los diputados que exige la Ley para elegir a funcionarios públicos, entre ellos, a los Consejeros Electorales, puede entenderse como los integrantes totales, sin embargo ante especificidad del caso, en condiciones de **"anormalidad política",** si se designó a los Consejeros con el voto de las dos terceras partes de los diputados presentes, es constitucional dicha actuación legislativa en esta óptica de interpretación, dado que existen diversos intereses en la propia sede legislativa, pero el más importante es la continuidad del Estado, dado que uno de sus elementos es la permanencia en el tiempo.

Gustavo Zabrebelsky en su obra "*Derecho Dúctil*"[326] hace referencia precisamente al término italiano *"Diritto Mite*", el cual equivale a manso o dúctil, con ello, el constitucionalista italiano encierra un trasfondo muy importante: el modo de operar el derecho en sede judicial después de la segunda mitad del siglo XX, cuya principal característica es la de insertarse en un mundo globalizado y cambiante.

La ductibilidad entendida ésta como una propiedad de los metales para modelarse en hilos, lo que analógicamente puede referirse al fenómeno de lo jurídico como una huida de los dogmas para convertir a las Constituciones en textos abiertos, en los que incluso, valores heterogéneos pueden coexistir, es decir, el autor excluye la rigidez dogmática y los fanatismos o absolutismos de otros estadios que da cuenta la evolución jurídica.

[326] ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, 5ª. Edición, traducción Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

La obra de Zagrebelsky es orientadora en diversas materias, pues además de resaltar las características propias de lo que denomina Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho, exponiendo las notas esenciales de ambos modelos, entre las que resalta, el que en el primero de ellos, el hecho de que la ley era la expresión más fina y acabada del Derecho; y que al concluirse la Segunda Guerra Mundial este paradigma se transforma, para hacer que la ley se ajuste a una Constitución.

La distinción no es menor, atenta a que el cambio de modelo jurídico implicó en la forma de impartir justicia en los tribunales constitucionales un fuerte cambio, puesto que se adentran en la interpretación de la Constitución como un documento valorativo y principialista, alejado de la visión decimonónica de Montesquieu.

Se trata, finalmente, de la puesta en escena de una nueva visión del Derecho, con métodos de interpretación distintos a la subsunción del modelo legislativo, lo que convierte al juez en protagonista sin precedentes en la arquitectura constitucional de los Estados actuales, en ese sentido se abandona la máxima *dura lex sed lex*[327], como quintaesencia del positivismo acrítico.

En México, las ideas de la interpretación contemporánea han permeado, sobre todo en materia electoral, concretamente en instituciones como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que han fincado su legitimidad durante la transición democrática y la misma consolidación en bases argumentales de este tipo, a fin de dar funcionalidad al modelo diseñado constitucionalmente.

En ese tenor, es encomiable el esfuerzo del Tribunal Electoral al desarrollar líneas jurisprudenciales de vanguardia que tutelan los derechos

[327] Aforismo latín que significa: La ley es dura pero es la ley.

político – electorales del ciudadano, tales como libertad de expresión[328], pueblos y comunidades indígenas[329], equidad en la contienda electoral, control convencional de normas[330], perspectiva de género[331], formalismo enervante,[332] acceso a la información de los partidos políticos y, finalmente, a raíz de la Reforma Constitucional y legal 2007 y 2008, la procedencia del juicio para la protección de los derechos político – electorales del ciudadano para tutelar el derecho a integrar los órganos electorales de las entidades federativas que dispone el artículo 116, fracción IV, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El punto central versa sobre una sentencia[333] de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la que para dilucidar el *thema debatendi*, es necesario partir del planteamiento de Zagrebelsky para entender el criterio que subyace en la decisión de la Sala Superior al resolver uno de los casos más difíciles que se le sometió a su consideración, en tratándose de la integración de órganos electorales.

En función de lo anterior, me ocuparé de explicar algunas de las notas más importantes de esta relevante decisión constitucional, la cual ha sido calificada en el foro judicial como un caso difícil o de frontera, en el que la penumbra de los derechos en cuestión tuvo que aclararse mediante herramientas incorporadas en cánones de interpretación constitucional actual.

[328]Tesis de jurisprudencia **11/2008**., cuyo rubro es “Libertad de expresión e información. Su maximización en el contexto del debate político”.
[329] Caso “Tanetze de Zaragoza”. **SUP-JDC-11/2007**.Vid supra pág. 231.
[330] Caso Hank. **SUP-JDC-695/2007**. Vid supra pág. 201.
[331] Los criterios de género son amplios: integración de autoridades electorales, cuota y alternancia de género, acciones afirmativas; **SUP-JDC-484/2009 Y ST-JDC-295/2009**.
[332]**ST-JDC-97/2008**, de la Sala Regional Toluca.
[333]**SUP-JRC-412/2010 Y ACUMULADOS**.

En este asunto en particular, es importante mencionar lo que la doctrina contemporánea señala como un caso difícil, siguiendo al filósofo inglés Ronald Dworkin, como:

> "Un litigio en el que no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución.[334]"

La visión de Zagrebelsky sobre el particular es explicada, a través del famoso caso de "Serena[335]", y refiere que para el juez y la ciencia jurídica, el caso no es algo que sólo deba ser registrado, sino resuelto,[336]de tal manera que, la solución judicial al caso depende de la asunción de criterios de sentido y de valor que precede a la interpretación de los textos legislativos.[337]

En síntesis, en no pocas ocasiones el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha resuelto casos difíciles, como el que nos ocupa, el cual, para ser entendido debe leerse, desde mi punto de vista, en clave neo constitucionalista, por lo que la materia del presente trabajo, justamente consiste en dilucidar los alcances y efectos de la sentencia referida, así como el impacto de la decisión judicial adoptada, misma que fue comentada en diversos sectores de la academia, la política y por supuesto, en los órganos electorales locales.

---

[334] DWORKIN, Ronald, Los Derechos en serio (*Takingrightsseriusly*), traducción Marta Gustavino, Arial, Barcelona, 1984.
[335] Catalogado por el autor como caso crítico: Una niña nacida en un país fue llevada ilegalmente a Italia y un matrimonio la tenía como su hija, con estrategas usados por los cónyuges permaneció en Italia. Principios constitucionales en pugna: *Ilegalidad vs. Lazos afectivos.*
[336] En México, los amparistas le han denominado el principio de plenitud hermética del orden jurídico. *Véase*: Marroquín Zaleta Jaime Manuel, Técnica para la Elaboración de una sentencia de amparo directo, Porrúa, México, 2000.
[337] ZAGREBELSKY, *Op. Cit*., pág. 143.

Para Luis Prieto Sanchís[338],

> "El neoconstitucionalismo que representa Zagrebelsky está enfocado a que en la aplicación judicial se prefiera el valor o principio en vez de la norma; ponderación en lugar de subsunción; ominipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución. El Derecho Dúctil es un manifiesto sobre el fin del Estado Decimonónico."[339]

Así, la Constitución se postula como una norma superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más neutro de los poderes, a aquel que debe mantenerse al margen del debate político, es decir, al Poder Judicial.

La sentencia, desde mi punto de vista, debe ser leída en clave neo constitucionalista, porque en este paradigma el operador jurídico, con la finalidad de cumplir cabalmente los fines previstos en la Constitución, nunca debe realizar una interpretación limitada o técnica de su texto.

En el caso particular, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en una polémica decisión, 4 votos a favor (con votos concurrentes) contra 3 votos en contra, además de que dicha votación se hizo para alguno de los resolutivos en concreto, evidencia varios temas:

1. La dificultad del caso, por lo que puede encuadrar en un caso difícil o trágico.

[338] Profesor de filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla – La Mancha, campus Toledo, España.
[339]PRIETO, Sanchís Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra ediciones, Lima 2007., pág.111.

2. Para superar esa dificultad, el Tribunal usó criterios de interpretación contemporánea en el marco del neo constitucionalismo, criterios que no fueron aprobados por unanimidad.

3. La decisión, finalmente, fue la correcta, puesto que se privilegiaron principios y valores constitucionales, así como derechos fundamentales, tales como, la permanencia del órgano electoral, ya que se sancionó la conducta de un grupo parlamentario al abandonar el recinto legislativo y se permitió que funcionarios y ex funcionarios electorales participaran como Consejeros Electorales, a pesar de una infundada inelegibilidad, la cual se basó, en que un funcionario electoral no podía ser designado Consejero, atento a que debió separarse de su cargo, desde el proceso electoral de 2009.[340]

En este análisis particular, es oportuno destacar el sentido y los razonamientos principales de los votos particulares que integraron la minoría, así como los concurrentes de la mayoría.

- Votos particulares y concurrentes.

El Magistrado Flavio Galván Rivera emitió voto razonado, con reserva, concurrente y particular al coincidir con la designación de los Consejeros Electorales, sin embargo, en contra de los resolutivos cuarto, quinto y sexto de la sentencia bajo análisis, los cuales se relacionan con la revocación de un Consejero Electoral, que en la vía de los hechos se presume su relación con el Partido Revolucionario Institucional.

El Magistrado Galván emitió voto razonado para especificar que si existió la posibilidad de reelección de los Consejeros Electorales que en su

[340] Lo cual era contrario a lo resuelto por el propio Tribunal en el diverso **SUP-JDC-695/2008** y los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Yatama*.

caso, así lo plantearon; emitió voto concurrente para sostener que efectivamente el órgano electoral debió ser designado con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Legislatura, en condiciones de normalidad, pero como en la especie, con su conducta provocaron que no se integrara, la designación con los miembros presentes fue la correcta.

El voto particular versó sobre un Consejero Electoral a quien la mayoría decidió que por haber ocupado un cargo de dirección partidista le hacía acreedor a cierta relación y por ende, vulneraba el principio de imparcialidad con que debe conducirse un órgano electoral; para el Magistrado Galván, estaba acreditado en autos que dicho Consejero Electoral sufrió en su esfera jurídica un error del partido, al haberlo incluido en una lista de cargos directivos, situación que después aclaró, vía figura del *habeas data.*

- **La posición de la minoría.**

La minoría centró su votación en la circunstancia relativa a que en la designación de Consejeros Electorales efectuada con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Legislatura es incorrecta, dado que la disposición jurídica contenida en el artículo 17 de la Constitución local, establece que dicha designación debe hacerse con el voto de las dos terceras partes de los integrantes, entendiendo por tales, a todos los diputados que conforman el órgano legislativo, y no con los diputados presentes, además de que esta minoría es muy crítica respecto a que la posición de la mayoría determine en el sentido de que con una tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se resuelve parte del conflicto, por recoger el criterio relativo a que para superar el veto del gobernador del estado en una ley, es suficiente el voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes en la sesión correspondiente.

***- Excursus: Inaplicación de normas parlamentarias por la Sala Superior y ejecución de la sentencia*.**

Bajo la misma cuestión a dilucidar, se originó un nuevo conflicto constitucional, porque al reponerse el procedimiento para designar al nuevo consejero electoral, la sesión atinente del Congreso del Estado fue de 15 votos a favor contra 10 abstenciones, sin embargo, el artículo 78 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo disponía que las abstenciones de las votaciones se suman a la mayoría; dicha forma de designación del Consejero Electoral fue de nueva cuenta impugnada en sede jurisdiccional.

Respecto a este particular, es de suma importancia tener muy en cuenta la faceta de "legislador negativo" que asume un Tribunal Constitucional al invalidar o inaplicar una norma jurídica por considerarla inconstitucional.

En ese sentido, existe una crítica hacia ese tipo de órganos, pues se considera que son órganos contra mayoritarios al invadir la esfera de otro poder soberano, el cual fue electo popularmente. Sin embargo, existen diferentes matices, en el caso mexicano, este control constitucional es dual o bicéfalo[341]ya que se encomienda a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el control abstracto, vía acción de inconstitucionalidad, y al Tribunal Electoral el control concreto a través de los medios de impugnación en materia electoral.

En este tenor, si el tema es polémico en la teoría constitucional contemporánea, se agudiza aún más, tratándose de inaplicación de leyes parlamentarias, como sucedió en el SUP-JDC-569/2011 y acumulado en el que, la Sala Superior expulsó del sistema normativo un párrafo del artículo

[341] Véase: Rodolfo Terrazas Salgado en la literatura jurídica especializada en México, o en su caso a Javier Díaz Revorio Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla La Mancha; Campus Toledo, España.

78 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo que permitía sumar las abstenciones de los diputados en una votación a la mayoría; en este mismo tema, la mayoría de los magistrados integrantes consideraron que dicha porción normativa si es violatoria del orden constitucional,

> "Concretamente el principio de legalidad y certeza derivados de los artículos 14, 16 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, habida cuenta que el diseño normativo establecido en esa norma merma la voluntad del legislador de abstenerse a votar, toda vez que la abstención hace patente que su decisión, en modo alguno, es favorecer la expresada por la mayoría, puesto que la naturaleza de la abstención es una omisión voluntaria de no adherirse a las posiciones sometidas a votación."

Por otro lado, el voto particular del Magistrado Galván es enfático en señalar que no existe una norma expresa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevea que a una abstención de voto de algún legislador, no se le pueda dar un sentido específico, ya sea en: **1)** sentido afirmativo —a favor del proyecto; **2)** en sentido negativo —en contra del proyecto—; **3)** se suma a la mayoría de los votos; **4)** a la minoría de los votos o, **5)** no produce efecto alguno. De ahí que sea conforme a Derecho sostener que no se vulnera una prescripción normativa de carácter Constitucional.

Asimismo, planteó, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que en el control de constitucionalidad, abstracto y concreto, también se debe atender a la vulneración de principios reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, en el caso particular no se advierte vulneración a algún principio, en especial los de certeza, seguridad jurídica y legalidad.

Finalmente, el presente caso es importante en atención a lo siguiente:

1. El asunto configura un caso difícil en el que la decisión adoptada puede ser cuestionada pero válida en función del interés que se protege: la permanencia de los órganos electorales y la ratificación del principio jurídico de que nadie puede hacer valer su propio dolo en juicio.

2. El Estado Constitucional de Derecho a través de las directivas de interpretación constitucional permite operar la Constitución desde la política y dar funcionalidad al régimen, tal es la premisa metodológica con la que se puede justificar la actuación de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

3. La ductilidad del Derecho en sede jurisdiccional implica, como lo afirma Zagrebelsky hacer maleable el principio, a grado tal de que permita transmitir el valor jurídico tutelado, en el caso concreto, se tutelan derechos fundamentales por encima de ciertas reglas, tal es el caso de la elegibilidad de funcionarios, a través de la potencialización del derecho político a integrar órganos ciudadanos, el cual con la reforma electoral 2007 y 2008 se tutela vía juicio para la protección de derechos político – electorales del ciudadano.

4. Hoy día los órganos electorales son afectados en su estructura interna y externa; hay en ellos extrema polarización o pasividad que no les permite realizar sus funciones, lo cual se agrava con malas decisiones en su integración, así como con su desaparición, lo importante es dotarlos de autonomía y de perfiles adecuados, en síntesis de brindarlos de elementos perniciosos que abonen al descrédito de la noble función de organizar las elecciones, la sentencia es una insumo para conservar los órganos y los derechos de los ciudadanos a participar en ellos.

4.1.1.11. *Derecho a la información y acceso a las boletas electorales*.

a) Datos de identificación. SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007.

b) Síntesis del problema planteado:

José Daniel Lizárraga Méndez y Delia Ortiz Trujillo solicitaron básicamente el acceso a las boletas sobrantes, inutilizadas, votos válidos y nulos, de todas las casillas instaladas durante la jornada electoral del 2 de julio del año de 2006, respecto de la elección de Presidente de la República, así como el acceso a las bodegas o a las instalaciones de los 300 distritos electorales en todo el país, para contabilizar de nuevo las boletas relativas a la mencionada elección; asimismo, pidió que la información solicitada se pusiera a su disposición en forma ordena, por sección y casilla en casa distrito, solicitudes que fueron negadas en última instancia por la Comisión del Consejo para la Transparencia y Acceso a la información del Instituto Federal Electoral.

La Comisión del Consejo para la Transparencia y el Acceso a la información del Instituto Federal Electoral, resolvió negar la petición formulada por los ciudadanos José Daniel Lizárraga Méndez y Delia Ortiz Trujillo con base en los siguientes razonamientos:

1. Supremacía del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales sobre la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, afirmando que el primero de dichos ordenamientos, constituye la ley especial aplicable.

2. La primacía de los principios constitucionales de legalidad, certeza jurídica y definitividad que rigen la materia electoral, sobre la garantía individual relativa al derecho de acceso a la información.

3. Que la legislación aplicable era el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y no así la Ley Federal de Acceso a la Información Pública, y toda vez que en primer ordenamiento aludido en su naturaleza 254, párrafo 2, que contempla como destino final de las boletas electorales su destrucción.

4. Lo que existe de la contraposición entre la obligación de las autoridades correspondientes de destruir las boletas electorales, una vez concluido el proceso electivo, y el derecho que tenía los ciudadanos de solicitar tal documentación.

5. Inconformes con tal determinación, los ciudadanos Daniel Lizárraga Méndez y Delia Ortiz Trujillo interpusieron, respectivamente, los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-10/2007 y SUP-JDC-88/2007, que fueron acumulados ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

c) Decisión de la Sala Superior.

La cuestión esencial de la *litis*, fue por una parte, la solicitud de acceso a las boletas electorales hecha por los ciudadanos, y por la otra, la negatividad del Comisión del Consejo para la Transparencia y el Acceso a la información del Institutito Federal Electoral de proveer sobre su petición, con base esencialmente que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales era la ley aplicable, por ser la ley especial, y que existía riesgos a la seguridad nacional, si se proporcionaba dicha información a los ciudadanos peticionarios, como se precisó con amplitud en los puntos anteriores.

La decisión central de la sentencia, consistió en determinar que la autoridad responsable Comisión del Consejo para la Transparencia del Instituto Federal Electoral, vulneró el principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, y por lo tanto, determinó la revocación del acto emitido por la autoridad.

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinó que el razonamiento de la Comisión del Consejo para la Transparencia del Instituto Federal Electoral, resultaba violatorio del principio de legalidad contenido en el artículo 14 y 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, por los siguientes razonamientos:

1.- La Comisión del Consejo para la Transparencia del Instituto Federal Electoral partió de una premisa errónea de incompatibilidad de la legislación electoral con las de acceso a la información. Pues, conforme a la naturaleza de la solicitud, para atender la respectiva petición de acceso a las boletas electorales, debió aplicar la normativa que regula el acceso a la información y, en su caso, de resultar necesario, de acuerdo con el propio dispositivo, acudir a un método de integración de los ordenamientos que regulan la materia específica sobre la que se solicita la información contenida en el artículo 6° Constitucional, anterior a la reforma que establecía que el Estado garantizará el derecho de acceso a la información.

2.- La ley reglamentaria de ese derecho fundamental, el ámbito federal, es la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, pues de conformidad con su artículo 1°, tiene la finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso a toda persona a la información en posesión de los poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier entidad federal.

3.-La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, así como su Reglamento en el Instituto Federal Electoral, regulan, específicamente, el derecho de acceso a la información pública gubernamental o en poder de alguno de los órganos del Estado, no lo hace incompatible, necesariamente, con otras normas, como el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

4.- Entre la legislación especial de acceso a la información y la legislación electoral sustantiva, no existe incompatibilidad o antinomia, pues se trata de ordenamientos que, en su caso, deben interpretarse de manera armónica o sistemática para dar respuesta a la petición de acceso a las boletas electorales.

5.- Por lo anterior, determinó que la resolución de la Comisión del Consejo para la Transparencia del Instituto Federal Electoral, se encontraba indebidamente fundada y motivada, toda vez, la petición de acceso a la información formulada por el acto se rige, mediante un sistema de armonización y complementariedad, por la Ley Federal de la Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el correspondiente reglamento emitido por el Instituto Federal Electoral y, en el caso, el Código Federal de Instituciones y Procedimiento Electorales.

6.- La Comisión del Consejo para la Transparencia del Instituto Federal Electoral sostuvo incorrectamente que la ley aplicable para atender la solicitud, era únicamente el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

7.- La Comisión del Consejo para la Transparencia del Instituto Federal Electoral, no demostró fundada y motivadamente, que la solicitud de acceso formulada por el accionante, debía resolverse en sentido

negativo en aplicación de la ley federal correspondiente al ejercicio del derechos a la información, o de la ley en materia de seguridad nacional.

8.- Ninguna disposición del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, ni siquiera las invocadas por la Comisión del Consejo para la transparencia del Instituto Federal Electoral para sustentar su resolución, a saber, los artículos 41 y 99 constitucionales, así como 234, párrafo 4, 247, 253 y 254, párrafo 2, del Código Federal Electoral, establecen o permiten deducir, que el acceso de los ciudadanos a las boletas electorales una vez agotado el proceso electoral, bajo las condiciones solicitadas por los ciudadanos, implican una amenaza a la seguridad nacional que deba ser tutelada a través de la restricción en análisis.

9.- La Comisión del Consejo para la Transparencia y Acceso a la Información del Instituto Federal Electoral inobservó el principio de legalidad dispuesto en los artículos 16 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tanto la Sala Superior, revocó el acto reclamado.

10.- La resolución emitida por la Comisión del Consejo para la Transparencia del Instituto Electoral se encontraba indebidamente fundada y motivada, porque rechazó la solicitud de acceso a la información de los ciudadanos, con el argumento de que se ponía en riesgo la seguridad nacional, sin citar el fundamento de tal afirmación.

Previamente al análisis de la resolución, se procederá a efectuar un breve bosquejo de los dos elementos torales que consideró la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para sostener el sentido de las sentencias acumuladas motivos del presente comentario.

Bajo este tenor, la Sala Superior, determinó la forma y términos en que debía resolver la Comisión del Consejo para la Transparencia y el Acceso a la información del Instituto Federal Electoral; respecto de la petición de los ciudadanos, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 17 y 99, fracción V, de la Carta Magna, y 84 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación.

Con fundamento en los ordinales mencionados, la Sala Superior procedió al análisis de la *Litis*, respondiendo aspectos torales de la contenida de la siguiente forma:

- **Disponibilidad de las boletas electorales.**

Respecto a este punto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, determinó lo siguiente:

- Que de acuerdo a la naturaleza de las boletas electorales como instrumentos contenientes de información, su acceso es restringido.

- Que las excepciones previstas en la ley, corresponden a los estándares internacionales comúnmente aceptados en la materia y están siempre justificadas por un equilibrio entre el derecho a la información y la protección del interés público.

Por lo que, en términos del artículo 14, fracción I, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Publica Gubernamental, se considerará como información reservada, entre otras, aquella que por disposición expresa de una Ley se le confiera tal naturaleza.

- Que al aprobar el Congreso de la Unión la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, tuvo especial cuidado de evitar derogar de una sola vez todas las disposiciones vigentes en la materia, y con ello permitir que la propia autoridad legislativa, caso por caso, pudiera examinar y valorar la existencia de intereses legítimos que sean lo suficientemente importantes como para limitar el acceso a cierta documentación, como es el caso de las boletas electorales y los votos, en términos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Así, surgió la Sala Superior, por virtud de la confección del sistema comicial, durante el procedimiento, en todo momento, las boletas electorales se encuentran resguardadas por la propia autoridad, a efecto de llevar a cabo la función estatal de organizar elecciones. Por tanto, dichos documentos en sí, en ningún momento pierden el carácter de inviolabilidad.

Más adelante, la Sala Superior determina, que si la legislación electoral dispone la destrucción de las boletas electorales una vez concluido el proceso electoral, es inconcuso que jurídicamente tales documentos no tienen el calidad de información disponible.

Por tanto, el hecho de que este momento los consejos distritales materialmente tengan en su poder los paquetes electorales no es una razón jurídica para considerar a las boletas electorales como información disponible.

- La disponibilidad de las boletas electorales, en términos de criterios contenidos del Derecho Internacional.

En cuanto a este tópico la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció que la indisponibilidad de las boletas electorales, encuentra sustento también a partir de otro valor fundamental que, inspirado en criterios de Derecho Internacional, subyace en todo procedimiento electoral y cuyo respeto es a tal grado necesario, que de soslayarlo se alteraría fatalmente la subsistencia del sistema democrático, y que se encuentran contenidos en el segundo párrafo de la base I, del artículo 41, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, y el artículo 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Afirmando lo anterior, la Sala Superior consideró que tanto en el orden Constitucional como en el internacional, la secrecía en un aspecto consubstancial al derecho de voto, lo que incuestionablemente, tiene su razón de ser en la necesidad de que los electores no se vean constreñidos de ningún modo para ejercer su voto en determinado sentido, y que ni aun después de haber sufragado, puedan verse afectados por la decisión tomada por presiones externas.

La Sala Superior determinó que la indisponibilidad del acceso físico a las boletas electorales, que no puede ser interpretada como la limitación al derecho al acceso a la información que ellas arrojan, aspecto que de acuerdo a las propias disposiciones que rigen el proceso electivo, está garantizado con diversas medidas de transparencia y publicidad que comienzan con el cierre de las casillas en la jornada electoral hasta la difusión electrónica y actas que permanecen en el Instituto Federal Electoral y sus medios de difusión de información.

En el contenido de los razonamientos torales de la sentencia, si bien es cierto, aluden a las existen de los instrumentos internacionales que son

parte de nuestro sistema jurídico, y que hemos precisado en los párrafos precedentes, no analizan la repercusiones y consecuencias de éstos al momento de emitir la sentencia, pues la *Litis* la resuelven con base al hecho de que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en su artículo 14, fracción I, determina que también considerara como información reservada aquella que se encuentre así dispuesta en otra ley, y por lo tanto, se remiten al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, para determinar que el acceso a las boletas electorales no es factible, al ser información reservada, pero sin vincularlo con el orden jerárquico e interpretativo que prevé el sistema jurídico mexicano en el ámbito de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, ante la presencia de controversias relacionadas con el ejercicio del derecho de acceso a la información, era necesario analizar, más allá de las excepciones que taxativamente determinaba la legislación ordinaria en acceso a la información o de aquellas contenidas en diversas legislaciones ordinarias de forma conexa, como es el caso del Código Electoral, sino que tenía que adminicularse y compararse el contenido de éstas acorde a las excepciones internacionales, al ser el derecho a la información pública gubernamental un derecho humano fundamental, necesario para el desarrollo democrático de un estado, para el ejercicio de otros derechos (como libertad de expresión de imprenta), y tendiente a eliminar la opacidad, discrecionalidad del ejercicio de la autoridades, y que tiene además un objetivo primordial: *la búsqueda de la veracidad en las actuaciones gubernamentales.*

El acceso a la información es un derecho humano fundamental que debe encontrarse garantizado plenamente y por tales razones, siguiendo los lineamientos contenidos por los instrumentos internacionales, no era suficiente el hecho de que la legislación federal remitiese al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, sino que debía analizarse si

lo contenido por él, se encontraba en congruencia y consistencia con los principios contemplados por los tratados internacionales.

Lo anterior, implica que la limitante contenida en el código electoral, tenía que ser necesaria para asegurar el respecto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o morales públicas, que son precisamente las únicas restricciones que deben ser consideradas como límites para poder acceder a una información pública gubernamental.

Por ende, las restricciones contenidas en las legislaciones ordinarias no pueden exceder o ser incongruentes con las restricciones que han sido previamente establecidos por los tratados internacionales de los que México forma parte, o con los criterio jurisprudencia emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los límites y alcances del Derecho a la Información.[342]

No pasa inadvertido que, cuando se pronunció la sentencia motivo del presente análisis no se había efectuado la reforma constitucional al artículo 99 que actualmente faculta a las Salas del Tribunal para determinar la inconstitucionalidad de actos o resoluciones, por lo que de conformidad con la tesis P./J. 74/99,[343] la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se encontraba, por así decirlo impedida, para analizar la constitucionalidad de la *litis s*ujeta a su jurisdicción; sin embargo, consideramos, pudo afectar un análisis con base a los principios que regulan y que son parte de nuestro sistema jurídico mexicano, y que determinaban el rango de aplicación de las normas en conflictos como en el

[342]Como se precisó en los antecedentes del presente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, había efectuado diversas interpretaciones, sobre los alcances y límites del derecho a la información, pero se aprecia la congruencia de que las restricciones son en concordancia con lo establecido en los tratados internacionales.

[343]**Cfr. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES, NO LO AUTORIZA EL ARTICULO 133 DE LA CONSTITUCION**. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Agosto de 1999: P/J. 74/99, pág.5.

presente caso, es decir, sin necesidad de entrar al control difuso de la constitución, pero si considerando los principios que son parte esencial de una norma para poder resolverlo con una congruencia interna con el propio sistema.

Como se ha precisado en líneas anteriores, si la ley de transparencia determina que en su interpretación se debe siempre favorecer el “Principio de Publicidad”, se debía haber ponderado ese principio a la restricción de la información, y precisar con claridad, no sólo el hecho de que existiese una restricción en otra norma, como lo prevé la fracción I, del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y que por tal hecho resultaba aplicable el numeral 254, párrafo 2 del Código Electoral Federal, sino que debía analizarse que las razones intrínsecas contenidas en ese numeral, resultaban congruentes con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de “La Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José”, y 19 de “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

d) Contraste garantista.

La Sala Superior determinó el no acceso a las boletas electorales, bajo dos argumentos básicos:

> **a) La restricción de conformidad con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; y**
> **b) La restricción de conformidad a los principios contenidos en el Derecho Internacional.**

Para que la sentencia se considerara garantista debió permitir el acceso a las boletas, como información pública, es decir, como un ejercicio democrático.

Para Gil Rendón:

> "La restricción a los ciudadanos al acceso a las boletas, no sólo vulnera el derecho humano que es el acceso a la información pública gubernamental, sino que puede afectar a otros derechos vinculados con éste, como la libertad de expresión o de imprenta, es decir, que puede entenderse como una censura previa el no acceso a las boletas electorales de conformidad con los artículos 13.2 y 13.3 de la Convención Americana.
>
> En efecto, la Sala Superior se limita a un análisis de legalidad, declarando la compatibilidad "sistemática" de las normas "infra-constitucionales", la Ley de Acceso a la información y el Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, concluyendo que por remisión de una a la otra, la información contenida en las "boletas electorales" era "indisponible" y estaba restringida, por ser "reservada" la información contenida en las boletas electorales de la elección presidencial del 6 de julio de 2006.
>
> El criterio que debió prevalecer para determinar la preeminencia del derecho al acceso a la información ("buscar"), sobre la "indisponibilidad" de las boletas electorales ("destruir"), era el ponderar el derecho fundamental de acceso a la información, privilegiando y prevaleciendo éste, bajo el más elemental criterio de jerarquía normativa a saber:

En el caso, la norma superior se compone por:

1.-La Constitución (artículo sexto).
2.-La Convención Americana (artículo décimo tercero),
3.-El Pacto Internacional de Derechos Políticos (artículo decimonoveno).

Dichas disposiciones prevalecen sobre la norma inferior, en la especie, la Ley de Acceso a la información y el Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales; y en consecuencia, debe respetarse el derecho fundamental a buscar y obtener información, sobre la destrucción de las boletas electorales y permitirle el acceso de ellas a los quejosos, pronunciamiento que debió de efectuar la Sala Superior, en el caso "el acceso a las boletas electorales".[344]

El criterio de la Sala Superior, como tribunal constitucional no fue garantista, ya que carece de una adecuada y suficiente fundamentación, en sede y rango constitucional, del derecho a la información contenida en las boletas electorales de la elección presidencial del seis de julio de 2006, con base y sustento en la propia Constitución y en los tratados internacionales; la Convención Americana y el Pacto Internacional de derechos políticos, sobre la base de una restricción e indisponibilidad de "las boletas electorales", por una supuesta limitación legal y por ser una información "reservada".

Resulta incuestionable que el derecho de allegarse de información, y eso implica contenido de las "boletas electorales", es un derecho fundamental y una garantía individual, por estar previstos en la Constitución, en su artículo 6º; en la Convención Americana, artículo décimo tercero, decimonoveno del Pacto Internacional de Derechos

[344] GIL, Rendón Raymundo, *Elecciones y derecho a la información: el acceso a las boletas electorales* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, P.75.

Políticos, por ser la Ley Suprema en nuestro país, al amparo del artículo 133 de nuestra Carta Magna, así como en los principios ("de la libertad de expresión"), criterios y precedentes de la Suprema Corte de México (tesis del pleno del 99 y 2007, sobre la "supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes federales") y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[345] (Opinión Consultiva OC 5/85; "la libertad de asociación de los periodistas).

De conformidad con lo anterior, podemos plantear el problema de la siguiente manera: Al analizar el conflicto entre normas contradictorias, se aplica el principio del tercer excluido, de tal suerte que, puede ser válida la norma "X" o puede ser válida la norma "Y" pero no ambas. Sin embargo, antes de llegar a este punto debemos establecer la contradicción entre normas, la cual puede reconstruirse de la siguiente forma:

- **Norma X:** Las boletas electorales en resguardo, una vez concluido el proceso electoral, no deben mostrarse a los ciudadanos que no requieran.

- **Norma Y**: Las boletas electorales en resguardo, una vez concluido el proceso electoral, deben mostrarse a los ciudadanos que lo requieran.

La Sala Superior fue omisa en plantear la posible contradicción en estos términos, porque aludió a un criterio de armonización y complementariedad, de tal suerte que desapareció la antinomia, diluyendo el conflicto constitucional de fondo, no se trataba de establecer una norma que concluyera en la disolución de la contradicción, aunque ésta resultara contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, en el fondo hay

[345]Opinión Consultiva OC 5/85; "La libertad de asociación de los periodistas".

dos afirmaciones y dos criterios en juego, el primero, relativo a un derecho fundamental, el segundo relativo a un problema de límite de tal Derecho.

La autoridad concluyó, como única norma, la que afirma que si las boletas están bajo resguardo, entonces no deben mostrase a los ciudadanos que lo requieran en razón de una restricción contenida en el código electoral, y por la infracción del principio de la secrecidad del voto.

Sin embargo, tal conclusión, omite el problema de la constitucionalidad del acto, y del principio de definición, es decir, no se advierte que en tal circunstancia se están enfrentando dos posturas que requieren una solución jerárquica, por lo que está en juego no es la mera aplicabilidad de una norma, lo que realmente está en juego es una garantía individual y un derecho social, más un derecho fundamental prescrito en los artículos 6º de la constitución, el 13 de la Convención Americana y el *indubio pro homine* del Pacto Internacional de Derechos Políticos.

Por otra parte, el derecho a la información no sólo es una garantía, es un derecho social y como tal una obligación de la autoridad, por lo que, podemos afirmar que hay un principio constitucional de certeza pública, que anima como uno de los axiomas el sistema jurídico mexicano.

Por ello, negar el planteamiento de la antinomia nos coloca en la superficialidad jurídica del problema, en la expresión y no en la razón, el verdadero debate está en los principios y sus consecuencias, en tal tesitura el fallo bajo análisis no es garantista.

4.1.1.12. *El acceso a la justicia federal y el derecho parlamentario*. SUP-JDC-144/2007.

a) Datos de identificación. Número e instancia resolutoria. SUP-JDC-144/2007.

b) Síntesis del problema planteado:

En el caso Campeche fue la punta de lanza para que la Sala Superior del Tribunal Electoral determinara que el derecho político-electoral a ser votado no abarca el ejercicio del cargo de los servidores públicos de la elección popular. Asimismo, estableció un criterio para diferenciar los actos naturaleza parlamentaria de los actos administrativos electorales establecimiento la improcedencia, por vía de la interpretación judicial, del juicio para la protección de los derechos políticos-electorales en contra de los primeros.

La controversia se originó debido a la remoción del diputado Local Mario Alberto Pacheco Martínez Ceballos, efectuada por la presidenta del Comité Directivo Estatal del Partido Acción Nacional, del cargo de coordinador parlamentario de la LIX Legislatura del Congreso del estado de Campeche.

El nombramiento del diputado local citado fue realizado por los miembros de la fracción parlamentaria, de conformidad con el acuerdo de fecha de tres de octubre de dos mil seis mediante la cual la LIX Legislatura del Congreso del estado de Campeche declaró constituidos los grupos parlamentarios de los partidos políticos con representación ante dicho órgano legislativo, señalando que el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional estaría coordinado por el Diputado Mario Enrique Pacheco Ceballos.

Sin embargo, el acto impugnado en la sentencia consistió en la remoción o sustitución del diputado Mario Enrique Pacheco Ceballos del cargo de coordinador del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional en la LIX legislatura del Congreso del estado de Campeche, y, el nombramiento de la diputada Yolanda del Carmen Montalvo López como

coordinadora del grupo parlamentario en cita, efectuado por la presidenta del Comité Directivo Estatal del Partido Acción Nacional.

En su escrito de interposición del medio de impugnación, el acto hizo valer los siguientes agravios:

1. El establecimiento de un procedimiento de remoción de los coordinadores de los grupos parlamentarios que integran la legislatura estatal.

2. La presidenta del Comité Ejecutivo Estatal del Partido Acción Nacional en el estado de Campeche carece de facultades para remover al coordinador parlamentario de su bancada en la LIX legislatura del estado de Campeche.

3. La violación a la garantía de audiencia del actor porque no fue notificado del acto de remoción del cargo como coordinador del referido grupo parlamentario y, la inexistencia de procedimiento alguno, a través del cual tuviera conocimiento acerca de las causas que la originaron.

4. Como podemos advertir, los agravios de la parte actora establecidos en la demanda, no son claros y, por esa razón, tanto en la sentencia como en el voto particular, los magistrados que integran la Sala Superior consideraron que era necesario desentrañarlos del escrito y suplir la deficiencia de la queja.

c) Argumentación de la Sala.

La mayoría que conformó la Sala Superior del Tribunal Electoral consideró que era aplicable la causal de improcedencia prevista en el

artículo 9, párrafo 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, relacionada con lo dispuesto en el artículo 79, debido a que, según su criterio, el acto reclamado, esto es, la remoción del coordinador parlamentario del Partido Acción Nacional en el Congreso del estado de Campeche en un acto que pertenece al derecho parlamentario y no constituye una violación inmediata y directa a los derechos políticos-electorales de votar, ser votado y de afiliación.

Uno de los argumentos expuestos por la mayoría consiste en que el nombramiento del coordinador parlamentario de un grupo legislativo en el congreso local, es una medida de participar de la naturaleza estructural interna de la legislatura del estado de Campeche, debido a dos razones:

Las leyes orgánicas de los órganos legislativos prevén que la finalidad de los grupos parlamentarios es coadyuvar al mejor desarrollo del proceso legislativo, y tales órganos se constituyen por la decisión de sus miembros.

Para los magistrados que integraron la mayoría, los grupos parlamentarios sólo representan una manera de organización del trabajo legislativo, puesto que no son órganos de decisión, debido a que únicamente realizan actividades preliminares a través de sus integrantes en las distintas comisiones.

Según Itzel García Muñoz:

> “Llevando a cabo la tarea de interpretación jurídica, la mayoría de la Sala Superior señaló que el derecho a ser votado está satisfecho debido a que el actor es diputado local, cargo al que accedió a través de su partido y del cual no alega ninguna afectación. **En este sentido, estableció un criterio que consiste en que el derecho a ser votado**

se agota en el momento en que un candidato electo ocupa el cargo de elección popular.

La Sala Superior delimitó los alcances del derecho a ser votado, especificando que este último, implica el respeto a la situación jurídica de igualdad que a su vez, abarca los siguientes aspectos:

- **Igualdad para competir en un proceso electoral;**
- **Ser proclamado electo;**
- **Ocupar materialmente y ejercer el cargo (acceder) por el ciudadano que haya sido electo.**

En relación con los dos primeros aspectos, la igualdad se traduce en que todos los ciudadanos deben gozar de iguales posibilidades sin discriminación, de tal manera que se garantice que pueden ser igualmente elegibles y, en caso de obtener la mayoría de la votación emitida, ser declarado funcionario electo. También comprende el establecimiento, en la ley, de los elementos materiales necesarios para una contienda equitativa.

Por otra parte, ocupar materialmente el cargo significa que el candidato ganador sea proclamado funcionario electo y tome posesión del cargo. El derecho de acceso al cargo se agota en el establecimiento y garantía de las condiciones de igualdad aludidas para ocupar y ejercer la función pública correspondiente. Sin embargo, la sentencia aclara que ocupar y ejercer el cargo no se refieren a situaciones jurídicas derivadas o indirectas de las funciones materiales, esto es, los actos políticos correspondientes al derecho parlamentario partidista como los concernientes a la

organización interna de los grupos parlamentarios y la designación del coordinador respectivo.”[346]

En este sentido, según la sentencia, el derecho de acceso y ejercicio del cargo se refiere sólo a las funciones propias del cargo asumido y no a las actividades individuales y particulares que puede desarrollar cada legislador.

Finalmente, la sentencia establece que no hay violación al derecho de afiliación por las siguientes razones:

El ser designado coordinador parlamentario no es un derecho de los militantes según los estatutos del Partido Acción Nacional. En el artículo 10, de los Estatutos del Partido Acción Nacional no se prevé como derecho de los militantes el ser designado coordinador de una fracción parlamentaria.[347]

El nombramiento aludido deriva de la calidad de diputado del actor y no de la de militante, lo cual escapa de la tutela del juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano.

El derecho de participar en la dirección del partido de los militantes no se ve afectado con la remoción de coordinador parlamentario en la legislatura local. El ser designado coordinador no otorga el derecho de pertenencia con derecho de voto en alguno de los órganos de deliberación, ejecución y dirección del partido (artículos 75 y 86 de los estatutos del Partido Acción Nacional) ya que solamente el coordinador parlamentario cuenta con derecho de voz (artículo 24 del Reglamento de Relaciones entre

[346]MUÑOZ, García Itzel, *El acceso a la justicia federal electoral: análisis de la sentencia relacionada con el nombramiento del coordinador parlamentario en el Congreso Local de Campeche*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, pág. 68.
[347]En el artículo 10 de los Estatutos del Partido Acción Nacional establece que los derechos de los militantes son desempeñar cargos en los órganos directivos del partido, ser propuestos como precandidatos o, en su caso, candidatos e intervenir en las decisiones del partido por sí o por delegados.

el Partido Acción Nacional y los funcionarios Públicos de Elección Postulados por el Partido Acción Nacional) en el Comité Directivo Estatal.

El coordinador parlamentario no es integrante de los órganos de deliberación, decisión y ejecución. En este sentido, en la sentencia se interpretan los artículos 75 y 86 de los estatutos del Partido Acción Nacional, estableciendo que con ser designado coordinador no se adquiere el derecho de pertenecer, con derecho de voto, en los órganos de deliberación, decisión y ejecución, ya que solamente cuenta con derecho de voz (artículo 24 del Reglamento de Relaciones entre el Partido Acción Nacional y los Funcionarios Públicos de Elección Postulados por el Partido Acción Nacional). Por tanto, el dejar de participar con voz en una sesión de un órgano directivo no significa que el militante deje de estar representado, pues en esa hipótesis continuará su intervención de dicho órgano directivo a través de los delegados que le representen al igual que a los demás militantes.

- Posición minoritaria.

Por otra parte, en su voto particular, los magistrados María del Carmen Alanís Figueroa y Manuel González Oropeza consideraron que si es procedente el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, debido a que el acto reclamado es objeto de tutela jurídica de parte del órgano jurisdiccional por los siguientes argumentos:

El actor fue privado de la prerrogativa de desempeñar el cargo con todos los derechos y obligaciones respectivas, tanto al interior del Partido Acción Nacional como del órgano legislativo, vulnerando su derecho de afiliación para acceder, en condiciones de igualdad, a un cargo de

dirigencia partidaria, participar en la vida política del país y el derecho a ser votado en su modalidad de acceso y ejercicio al cargo.

Los magistrados consideraron que era necesario entrar al estudio del fondo del asunto ya que el órgano jurisdiccional debe determinar la naturaleza del acto reclamado, esto es, si se trata de un acto parlamentario o de un acto de naturaleza político-electoral.

Por otra parte, los magistrados disidentes indicaron que el acto que se impugna es de naturaleza político-electoral aplicando los criterios que ha creado la doctrina para determinar la naturaleza de un acto: el formal y el material. En este orden de ideas, la designación del coordinador parlamentario del Partido Acción Nacional en el Congreso local del estado de Campeche es un acto de naturaleza político-electoral, desde un punto de vista formal, debido a que el acto reclamado, el nombramiento del Yolanda del Carmen Montalvo López como coordinadora parlamentaria de la LIX legislatura del Estado de Campeche, fue realizado por la presidenta del Comité Directivo Estatal en ejercicio de sus atribuciones como dirigente.

d) Contraste garantista.

Resulta de especial interés analizar la interpretación que ha realizado la Sala Superior acerca de los alcances o límites del derecho a ser votado. La cuestión central en el debate entre los magistrados que conformaron la mayoría y los disidentes del asunto, fue precisamente dejar claro que el derecho a ser votado abarca solamente el acceso al cargo en condiciones de igualdad y no implica el ejercicio del mismo, con todos los derechos y obligaciones inherentes al mismo, ya que esto último cae en el ámbito del derecho parlamentario.[348]

[348]Al respecto del Tribunal Electoral ha establecido una definición de derecho parlamentario calificándolo de administrativo, el cual comprende el conjunto de normas que regulan las actividades internas de los órganos legislativos, respecto a la organización,

Primeramente, es necesario aclarar que en una tesis de jurisprudencia, la primera integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral determinó que el derecho a ser votado comprendía no únicamente el derecho del candidato a contender en una campaña electoral, sino también el derecho a ser proclamado como funcionario electo y de ocupar el cargo que la ciudadanía le encomendó.[349]

Posteriormente, este criterio fue matizado en la resolución del expediente SUP-JDC-572/2003. En esa sentencia, la Sala Superior especificó que el derecho a ser votado no involucra la permanencia del funcionario electo en el período correspondiente y sus finalidades inherentes.

En el mencionado asunto se citaron los expedientes SUP-JDC-098/2001 y SUP-JDC-314/2001, de cuyo análisis, la Sala Superior concluyó:

El derecho a contender, como candidato registrado, en la campaña electoral.

Una vez electo, el derecho de ocupar y ejercer el cargo para el cual fue designado.

En esta misma resolución, el magistrado responsable de la elaboración del proyecto de sentencia indicó que en el SUP-JDC-135/2001, el órgano jurisdiccional genéricamente señaló que el derecho a ser votado también implica la permanencia en el cargo durante el periodo

---

funcionamiento, división de trabajo, desahogo de tareas, ejercicio de las atribuciones, deberes, privilegios de los integrantes, así como a las relaciones entre los grupos políticos parlamentarios y entre las diversas Cámaras del Congreso.

[349] Véase la tesis de jurisprudencia cuyo rubro es **DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO, SU TELEOLOGIA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN**, Jurisprudencia y tesis relevantes, *Op. Cit*., págs. 96 y 97.

correspondiente y el derecho de desempeñar las funciones inherentes al mismo,[350]no obstante, el matiz relevante que se hace en dicha sentencia consistió en determinar el alcance de dicha expresión, puesto que el derecho a ser votado abarca el derecho de un ciudadano que, al haber sido llamado a ocupar la vacante del órgano respectivo por la separación del propietario, concluyendo que tal derecho pertenece al ciudadano durante el periodo constitucional que dure el encargo.

En este sentido, observamos que la Sala Superior del Tribunal Electoral, en la mayoría de sus resoluciones, había optado por una interpretación amplia en relación con el derecho a ser votado. Sin embargo, en determinados asuntos, ha optado por una interpretación más restrictiva respecto de los alcances del derecho a ser votado ya que, ha cerrado la puerta para la impugnación de actos y resoluciones que no pueden ser considerados ni formal ni materialmente legislativos como es el caso del asunto cuya sentencia se analiza, y que, a su vez, pueden llegar a violar los derechos políticos-electorales del ciudadano sin que existan los medios de impugnación para combatirlos y reparar el daño causado, cerrando el acceso a la justicia y dejando en completo estado de indefensión a los ciudadanos afectados.

En efecto, el Tribunal Electoral ha establecido la improcedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales en aquellos asuntos que implican los siguientes actos:

- **La permanencia o reincorporación de los cargos de la elección popular.** El Tribunal ha determinado que ambas cuestiones caen en el ámbito del derecho parlamentario debido a que se encuentren regulados por normas y procedimientos que regulan las actividades del Congreso del Estado y, por lo tanto, no

[350]En el caso, se trataba de una regidora suplente del ayuntamiento de Saltillo, Coahuila, que a pesar de la muerte del propietario, no había sido llamada para ocupar el cargo.

se encuentran vinculadas a una elección popular para la renovación de los poderes públicos, donde se involucran los derechos a votar y ser votado, y tampoco tienen relación alguna con derechos políticos-electorales como el de asociación y el de afiliación.[351]

- **Los actos políticos correspondientes al derecho parlamentario. Este es un criterio reciente que está relacionado con el que citamos con antelación.**[352] Expresamente, la Sala Superior, a través de una tesis relevante producto de la sentencia SUP-JDC-1771/2006 determinó que están excluidos de la tutela del juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano los actos de organización interna de los órganos legislativos, ya sea que los mismos sean realizados por los legisladores de manera individual o conjunta (a través de las fracciones parlamentarias) y la integración o funcionamiento de las comisiones.

De esta manera, podemos aseverar que la interpretación de la Sala Superior en relación con los límites al derecho de ser votado está encaminada a no dar acceso a la justicia electoral cuando se trate de actos relacionados con el ejercicio del encargo, como lo serían, en su caso, la designación o remoción de coordinadores parlamentarios y la debida integración de las comisiones legislativas.

---

[351] Véase tesis relevante cuyo rubro es **JUICIO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POLITÍCO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. LA PERMANENCIA O REINCORPORACIÓN EN LOS CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR ESTÁ EXCLUIDA DE SU TUTELA**, Jurisprudencia y Tesis relevantes 1997-2005. Compilación Oficial, México, TEPJF, 2005 volumen tesis relevantes, págs. 674 y 675.

[352] Véase la tesis cuyo rubro es **DERECHO POLÍTICO-ELECTORAL DE SER VOTADO. SU TUTELA EXCLUYE LOS ACTOS POLITICOS CORRESPONDIENTES AL DERECHO PARLAMENTARIO**, cuarta época, publicada en la página de internet http://www.trife.gob.mx

El magistrado González Oropeza hace una interpretación amplia del derecho a ser votado, en un afán garantista. En este sentido es importante mencionar que la misma Sala Superior, durante la tercera época, emitió un criterio relevante y que el magistrado en cita toma en consideración al elaborar su voto particular:

> **DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLITICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACIÓN Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA.-(…)** En efecto, los derechos fundamentales de carácter político-electoral consagrados constitucionalmente, como los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación, con todas las facultades inherentes a tales derechos, tiene como principal fundamento promover la democracia representativa, habida cuenta que, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y democrática.

Se estima que el criterio que ha sostenido la mayoría de la Sala Superior en relación con que el derecho a ser votado no abarca el ejercicio del cargo, puede ser modificado con el transcurso del tiempo.

Ello implicará que el Tribunal Electoral conozca de las controversias suscitadas entre los miembros de una legislatura y los órganos directivos de la misma. En este sentido, el Tribunal Electoral, a través de la jurisprudencia, estaría dando acceso a la justicia electoral a los ciudadanos que sufran una afectación a un derecho político, abriendo la posibilidad de que el daño sea reparado, de otra forma, pareciera que tales actos quedarían fuera del control jurisdiccional, lo cual no es acorde con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Efectivamente, para contar con una vigencia plena del Estado Constitucional es necesario que el órgano jurisdiccional federal electoral cuente con todas las atribuciones para lograr una plena protección de los derechos políticos-electorales de los ciudadanos respecto a los actos o

resoluciones emitidos por las autoridades electorales federales, autoridades electorales locales y, en su caso, por los partidos políticos que pueden afectar la esfera jurídica de los ciudadanos. Evidentemente, a través de la interpretación y la integración del derecho, los tribunales activistas dan acceso a la justicia.

Para que una decisión de este tipo se considere garantista debe ocuparse de lo siguiente:

- Los jueces constitucionales enfrentan, dentro del Estado Constitucional Democrático de Derecho, la tarea de interpretar las normas jurídicas que regulan los derechos fundamentales. En la sentencia en análisis, los magistrados electorales tuvieron posiciones encontradas respecto de dos cuestiones relacionadas con la aplicación de una causal de improcedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales:

- La sentencia en estudio establece una interpretación restrictiva respecto del acceso a la justicia como derecho fundamental, los alcances del derecho a ser votado y los actos materialmente administrativos electorales.

- El Derecho al acceso a la justicia es el medio para hacer efectivos los derechos fundamentales, entre los cuales encontramos, sin ninguna duda, los derechos políticos. En la resolución del estudio, no se justificaba la aplicación de la causal de improcedencia ya que la mayoría de la Sala Superior debió ponderar entre dicho límite al acceso a la justicia, la reparabilidad del orden jurídico y los derechos políticos violados. **Efectivamente, a mi juicio, los magistrados que constituyeron la mayoría, en una posición garantista y de activismo judicial, al interpretar las normas procesales, tenían la obligación de aplicar el**

propio *pro homine* para favorecer, **en principio, el derecho de acción, admitiendo el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y, posteriormente establecer la naturaleza del acto y determinar si con la emisión del mismo se habían violado los derechos político-electorales del ciudadano.**

- Con relación a la naturaleza del acto impugnado, después de analizar los argumentos de la mayoría de la Sala Superior, los contenidos en el voto particular elaborado por los magistrados disidentes y los criterios que al respecto ha sostenido el Tribunal Electoral durante los más de diez años de existencia consideró que, para determinar la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, es necesario analizar la naturaleza material del acto impugnado.

- En un afán de proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos, el Tribunal Electoral tiene el deber de realizar interpretaciones más amplias con el objeto de que ningún acto que viole los derechos políticos-electorales que fuera de la tutela del órgano jurisdiccional federal ya que, en caso contrario, los ciudadanos afectados se encuentran en completo estado de indefensión.

- Sin embargo, el voto particular elaborado por los magistrados María del Carmen Alanís Figueroa y Manuel González Oropeza es una muestra de una interpretación garantista del órgano jurisdiccional federal cuyos objetivos son: **facilitar el acceso a la justicia electoral federal, no dejar al ciudadano Mario Enrique Pacheco Ceballos en estado de indefensión y proteger el derecho de afiliación**

en su vertiente de acceso y ejercicio de cargos de dirigencia partidaria.[353]

4.2. Los criterios de Sala Regional de la Quinta Circunscripción Plurinominal.

Derivado de la Reforma Constitucional 2007 y legal 2008, se introdujeron nuevas facultades a las Salas Regionales del Tribunal Electoral, entre ellas su permanencia y la inaplicación de normas inconstitucionales, así como todo un espectro competencial para resolver los conflictos político-electorales.

En este sentido, la Sala Regional Toluca en conformidad con la naturaleza del Tribunal Constitucional, vinculó importantes decisiones en sus sentencias, que encuentran sustento en la jurisprudencia constitucional comparada entre ellos, la relativa al Tribunal Constitucional Español, y por supuesto, el constante dialogo con la doctrina, entre quienes podemos destacar a Ferrajoli, Rodolfo Vigo, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrabelsky, John Rawls.

4.2.1. Formalismo Enervante.

a) Datos de identificación. ST-JDC-97/2008.

b) Síntesis del problema planteado:

Dicho juicio para la protección de los derechos político – electorales del ciudadano, sustanciado y resuelto por la Sala Regional de la Quinta Circunscripción Plurinominal, bajo la ponencia del Dr. Santiago Nieto Castillo, fue un caso difícil en su resolución, pues se ponderó entre dos principios establecidos: *Legalidad vs. Acceso a la justicia.*

[353] GARCÍA, Muñoz Itzel., *Op. Cit*., p. 92.

En el juicio ciudadano bajo estudio, diversos militantes del Partido de la Revolución Democrática participaron como candidatos en un proceso de selección interna de Consejeros Estatales; En dicho proceso, resultó ganadora una planilla, misma que fue impugnada por otra de las planillas contendientes, bajo el argumento que se había excedido en los topes de gastos de campaña, lo cual en términos estatutarios, reglamentarios y de la propia convocatoria tenía como efecto la imposibilidad de asumir la Consejería Estatal.

Por su parte, la instancia partidista resolvió que, efectivamente, existió un incumplimiento a la normativa partidista, por lo cual, notificó el sentido de la resolución al recurso interpuesto por la planilla inconforme, dentro del cual, dicho sea de paso, la planilla vencedora, no tuvo garantía de audiencia para desvirtuar la acusación de la cual era objeto.

Finalmente, al momento de percatarse de la privación de sus derechos políticos, la planilla vencedora en el proceso de selección interna, interpuso el juicio para la protección de los derechos político – electorales del ciudadano ante la Sala Regional.

d) Decisión de la Sala Regional.

En la sentencia dictada por la Sala Regional, en primer término, se declaró infundada la causal de improcedencia alegada por el órgano partidista responsable, aduciendo básicamente, una violación a la garantía de audiencia de la planilla vencedora y la configuración de un caso típico de *formalismo enervante* al privar la defensa de dichos ciudadanos; y en el fondo, la sentencia declaró fundado el agravio relativo a la indebida notificación del inicio del procedimiento establecida en el artículo 14 constitucional y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De igual forma, en las consideraciones medulares de la sentencia se afirma que:

> "En relación a la *litis* del presente juicio, es necesario tener en cuenta que sobre un *thema debatendi* semejante se ha pronunciado la jurisprudencia internacional, concretamente, el Tribunal Constitucional Español a propósito de lo que se ha denominado "**formalismo enervante**", aquel órgano jurisdiccional, ha establecido que los tribunales ordinarios deben ser favorables a la efectividad del derecho al recurso, huyendo de excesos formalistas que resulten contrarios a la finalidad de la norma que convierta cualquier obstáculo insalvable para la prosecución de un proceso".[354]

En razón de lo anterior, la Sala Regional ordenó la reposición del procedimiento viciado para que los ciudadanos quejosos tuvieran oportunidad de ser oídos y vencidos en juicio, tal y como lo mandata el imperativo constitucional y los tratados internacionales suscrito por nuestro país y a los que la judicatura está vinculada a observar, por vía del artículo 133 del Pacto Federal.[355]

Otros ejemplos en los que se puede configurar un supuesto de formalismo enervante en la función jurisdiccional, son los relativos a indebida notificación; la imposibilidad física de presentar la demanda por cuestiones imputables a la autoridad responsable; la oposición de mayores requisitos administrativos para presentar un recurso, etc.

---

[354]ST-JDC-97/2008, p. 48, consultable en http://10.10.15.37/Informacion_jurisdiccional/sentencias_word/sword/Toluca/JDC/2008/ST-JDC-0097-2008.doc

[355]Es importante mencionar que a la fecha de resolución, no se tenía la Reforma Constitucional de 2011, sin embargo, en la ponencia del Magistrado Nieto como puede observarse en numerosos casos, previo a dicha Reforma existió, vía artículo 133 Constitucional, un control de la convencionalidad.

d) Contraste garantista

A manera de síntesis, puede decirse que en el Estado absolutista de derecho, el cual coincide con la formación de los Estados modernos, en la figura del monarca confluían las diversas facultades del Estado, pues se presumía que su soberanía provenía de alguna divinidad. Las revoluciones francesa e inglesa, respectivamente, así como la independencia norteamericana configuran al Estado de Derecho cuyo mandato principal es la sujeción de gobernantes y gobernados a lo establecido por la ley. La codificación es el resultado palpable de este tipo de Estado con la característica de pretender regular todo.

Finalmente, la segunda transición jurídica se refiere al abandono de la concepción mecanicista de la actividad jurisdiccional que constreñía a la aplicación literal de la ley, entre otros atributos. En este sentido, Rodolfo Luis Vigo, en sus cátedras que imparte en nuestro país y en sus variadas visitas al Tribunal Electoral, ha enfatizado que el cambio de paradigma del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional fue lo sucedido después de la Segunda Guerra Mundial en los Tribunales de Núremberg, en los que si se aplicaba la ley para juzgar a los criminales de guerra, no habría justicia, de ahí el origen y la configuración de la famosa frase del jurista alemán Gustav Radbruch: **"*Injusticia extrema no es Derecho*".**[356]

La interpretación en el Estado Constitucional de Derecho debe estar encaminada, primordialmente, a hacer efectivo el texto constitucional como documento jurídico cargado de contenido: principios y valores y no sólo circunscribirse a ser un pacto político entre las élites de una sociedad, es decir, la interpretación en esta concepción, debe hacer de la Constitución

[356] Para ampliar esta idea, Véase: *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy*, en Rodolfo L. Vigo coordinador, Fontamara, Argentina, 2004.

un documento jurídico, más que político. Lo anterior es lo que, entre otros autores, Vigo denomina como *fuerza normativa de la Constitución*.[357]

En función de lo anterior, la teoría de la interpretación contemporánea presenta como una herramienta importante en la determinación del contenido y el alcance de un derecho fundamental ciertos criterios de interpretación, dentro de los cuales, según Miguel Carbonell, se encuentra el criterio *pro homine*, del que derivan los subprincipios: *favor libertatis*, *favor debilis*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro reo* e *in dubio pro accione*[358].

Este criterio *pro homine*, como principio de interpretación sostiene la necesidad de acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, con la finalidad de reconocer derechos protegidos o no por la norma Constitucional.

Bajo las consideraciones hasta aquí expuestas, por un lado de la transición al Estado Constitucional de Derecho y de la interpretación de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Español elaboró jurisprudencialmente una línea argumentativa denominada "*formalismo enervante*".[359]

La formalidad enervante de acuerdo a estos textos judiciales del Tribunal Constitucional Español atiende principalmente a dos significados:

1. "Los formalismos inútiles que impiden la admisión a trámite de un recurso como son considerar con eficacia una notificación o publicación en estrados, a pesar de las deficiencias de la misma o de la imposibililidad material de

[357]VIGO, Rodolfo L., *La interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pág.64.
[358]CARBONEL, Miguel, *Op, Cit*. págs. 130 y 131.
[359](Dicha línea argumental la podemos encontrar, entre otras sentencias, en las diversas STC 19/83, 57/84, 60/85, 36/86, 3/87, 185/88, 77/1993, 238/2002, 192/2003.)

tener conocimiento pleno de su contenido, son consideradas inconstitucionales y,

2. Los requisitos formales y materiales dotados de significación jurídica inútiles, deben necesariamente ser interpretados en el sentido que más favorezca la admisión a trámite del recurso".[360]

En los propios textos de las sentencias citadas, también puede desprenderse que aquel órgano jurisdiccional, ha establecido que los tribunales ordinarios deben ser favorables a la efectividad del derecho al recurso, huyendo de excesos formalistas que resulten contrarios a la finalidad de la norma que convierta cualquier obstáculo insalvable para la prosecución de un proceso, es decir, se tutela el derecho fundamental al acceso a la justicia, establecido en nuestra Constitución y en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el paradigma actual del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, exige que el Tribunal Electoral, el cual tiene encomendadas las funciones del control concreto de la Constitución, efectué criterios de interpretación de tipo abierto, que se maximice la norma a favor del ciudadano para brindar expresión y contenido a la protección de los derechos fundamentales, los cuales en una democracia cobran especial importancia.

Por último, la reflexión gira en torno a la propia legitimidad del Poder Judicial, la cual, como se ha sostenido desde Hamilton en el Federalista, ésta radica en que los poderes judiciales, son poderes de la razón, es decir, su legitimidad se encuentra en las sentencias que emiten y de la protección y tutela de los derechos fundamentales contenidos en ellas, en razón de lo

[360]STC 19/83, 57/84, 60/85, 36/86, 3/87, 185/88, 77/1993, 238/2002, 192/2003, entre otras.

anterior, desde mi punto de vista, la sentencia asume el criterio garantista por oposición a formalista.

4.2.2. Equidad en la contienda electoral. Caso Colima: ¿existe una única respuesta correcta a cada caso? ST-JRC-9/2009 y SUP-REC-16/2009.

a) Datos de identificación: ST-JRC-9/2009 y SUP-REC-16/2009.

b) Síntesis del problema planteado:

En el municipio de Colima, capital del Estado, participaron para renovar la alcaldía, la Coalición integrada por el Partido Acción Nacional y la Asociación por la Democracia Colimense, a través de Enrique Michel Ruiz; la Coalición integrada por el Partido Revolucionario Institucional y el Partido Nueva Alianza a través de Sergio Agustín Morales Anguiano; la Coalición de los partidos de la Revolución Democrática y Social demócrata, por conducto de José Gabriel Sánchez Castellanos.[361]

La Coalición de los Partidos Acción Nacional y la Asociación por la Democracia Colimense, postularon como ya se mencionó a Enrique Michel Ruiz, quien tenía la peculiaridad, el estatus jurídico de diputado local, es decir, siendo diputado en funciones en la LV Legislatura del Estado fue registrado como candidato a presidente municipal. El sustento legal de dicho registro fue la regla contenida en el artículo 27 de la Ley del Municipio Libre de Colima, la cual no contempla a los diputados locales como funcionarios públicos, por lo que, de acuerdo a dicha disposición no existe impedimento o causal de inelegibilidad alguna para que un diputado en funciones participe en un proceso comicial como candidato, en la especie, al cargo de Presidente Municipal.

[361]Véase sitio oficial en Internet del Instituto Electoral del Estado de Colima en el que se presenta un informe del proceso electoral 2009, consultable en http://www.ieecolima.org.mx/ieeindex2.htm

Tal situación fue detectada desde un principio por los partidos políticos opositores, quienes iniciaron la cadena impugnativa local, a efecto de contrastar dicha disposición con lo postulado por la Constitución General de la República, la Constitución local y los principios de derecho inmersos en el litigio, pues a juicio de ellos, resultaba aberrante la situación relativa a que un diputado local, participara en el proceso electoral como candidato.

Finalmente, el Tribunal Electoral del Estado de Colima falló en el sentido de confirmar el registro de Enrique Michel Ruiz, pues en su opinión, el no haberse separado del cargo como diputado local, no constituye un engaño, dado que presentó la documentación atinente y al no ser considerado funcionario público, tiene derecho a participar en el proceso electoral, incluso, el Tribunal estatal presenta como fundamento, una tesis de jurisprudencia de la Sala Superior, en la que se establece la potencialización del derecho a ser votado.[362]

- **Cadena impugnativa y fijación de la *Litis.***

El partido del trabajo por conducto de sus representantes recurrió en diversas instancias locales el registro del candidato de la Coalición PAN – ADC, Ganará Colima a la alcaldía capitalina, presentó recurso de revisión ante el Consejo Municipal; contra la negativa recaída a dicho recurso, apeló ante el Tribunal Electoral del Estado, y cuando éste confirmó el registro del candidato, el recurrente presentó, ante la Sala Regional el juicio de revisión constitucional electoral.

[362] Sobre esta línea argumental volveremos más delante, pues se está potencializando un derecho fundamental pero de un diputado local, el cual, por su propia naturaleza, aunque no lo contemple la legislación local, es un servidor público.

c) Decisión de la Sala Regional.

Por su parte, la Sala Regional identificó como *Litis* del asunto, si la sentencia dictada por el tribunal local se ajustaba a derecho o si por el contrario, existían irregularidades que reparar, dado que, precisamente, esa es la naturaleza del juicio de revisión constitucional electoral, ya que las Salas del Tribunal mediante este juicio estudian a la luz de la Constitución la legalidad de los actos de autoridad.

d) Contraste garantista.

La filosofía del Derecho contemporánea alude a diferentes posturas teóricas sobre la epistemología del Derecho, entre las más destacadas encontramos corrientes no positivistas, entre ellas las más importantes son las *ius* naturalistas o el llamado positivismo incluyente; desde luego el positivismo jurídico y finalmente, corrientes críticas sobre el ser del Derecho en la sociedad.

A efecto de dilucidar en qué clave está cifrada la sentencia bajo estudio, haremos siguiendo a Rodolfo Vigo una breve referencia a los principales postulados de cada una de estas teorías:

> ***"a) Teorías Iuspositivistas***: su tesis jurídica central es que no hay más derecho que el establecido como tal a partir de decisiones adoptadas por autoridades y ciudadanos (tesis de las fuentes sociales del derecho en Raz), consiguientemente el derecho —concluye Alexy— puede tener cualquier contenido.
>
> ***b) Teorías críticas***: el derecho es parte del juego de poder que se da en cada sociedad de manera que el mismo se reduce en última instancia a ser un instrumento político.

c) Teorías no-positivistas: hay alguna juridicidad que resulta indisponible para cualquier decisión que pretende crear derecho, por ende, si ella se contradice queda comprometida la aparición o configuración del derecho. Más allá de las nuevas variantes que ofrece hoy el iuspositivismo (en particular piénsese en el "iuspositivismo inclusivo") es indudable que sus versiones más clásicas o exitosas —por ejemplo la exegética francesa o la kelseniana— son absolutamente funcionales al modelo de "Estado de Derecho Legal" que se instituyó en Europa después de la Revolución francesa, recordemos que las características centrales de ese modelo decimonónico pueden sintetizarse:

1) El derecho se constituye raigal y totalmente por la voluntad del legislador nacional, por ende no hay derecho antes, arriba o después de la ley;

2) Ese derecho legal estatal además de contar con esa garantía de infalibilidad —según la propuesta rousseauniana— alcanzaba la previsión completa de eventuales y futuros casos jurídicos, o sea no existía la posibilidad de lagunas jurídicas.

3) El derecho —y el Estado consignará Kelsen— era un conjunto "sistemático de normas" en tanto había respuestas dispuestas para todos los casos jurídicos, por eso el juez sería un ser inanimado o boca de la ley bajo el apercibimiento de incurrir el delito de prevaricato.

4) El derecho se identificaba con normas y el rechazo de la posibilidad de principios (Kelsen) era facilitado porque la Constitución decimonónica europea no era una fuente de

derecho sino estructura del poder estatal o un programa político dirigido sólo al legislador;

5) No sólo se desconocía la existencia del control judicial de constitucionalidad, sino que la moral quedaba totalmente distinguida del derecho (unilateralidad-bilateralidad, autonomía-heteronomía, incoercible-coercible)".[363]

Pero por supuesto que la realidad jurídica y estatal europea cambia significativamente después de la Segunda Guerra Mundial –a partir de Núremberg, como simbólicamente subraya *Perelman*–, y un modo de destacar esos cambios es analizar al "Estado de Derecho Constitucional" que sustituirá paulatina pero inexorablemente al "Estado de Derecho Legal". Como diría Ferrajoli, el Estado de "Derecho débil" se convierte en Estado de "Derecho fuerte", y los jueces constitucionales pasan a ser el poder constituido que tiene la última palabra en nombre del poder constituyente.

En este orden de ideas, algunas notas esenciales del pensamiento de Ferrajoli, son las siguientes:

"a) La renuncia a la epistemología kelseniana y a la iusfilosofía analítica italiana de la posguerra, proponiendo una ciencia jurídica funcional al paradigma constitucional con un "papel crítico y constructivo" y "descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico", comprometiendo a los juristas a asumir la responsabilidad cívica y política de superar las antinomias y lagunas.

b) Una nueva noción de validez de las normas jurídicas no circunscrito a análisis meramente formales sino interesado por

[363] VIGO, Rodolfo Luis, Reflexiones *ius* filosóficas de una decisión judicial: suplencia de la queja total en los juicios electorales. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pág. 28.

> "La coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales".
>
> c) Su definición de los derechos fundamentales como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar" que las normas de un determinado ordenamiento jurídico reconocen, indicando entre los rasgos estructurales de aquellos la forma universal de imputación y el carácter indisponible e inalienable.
>
> d) Su "teoría de la justicia" de los derechos fundamentales abocada –"entre iuspositivismo e iusnaturalismo" al fundamento axiológico de los mismos e identificando "cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana entendida como fin y nunca como medio: *igualdad, democracia, paz y ley del más débil".*
>
> e) La dimensión sustancial de la democracia superadora de la "dimensión política o formal" en donde los derechos fundamentales ponen límite a lo decididle por la mayoría y hasta por la unanimidad."[364]

En primer término, la Sala Regional consideró fundado el agravio del partido político actor, pues además de que la sentencia del Tribunal local carecía de fundamentación y motivación, se trataba de una vulneración al principio de equidad en la contienda electoral, ya que permitía de facto, que un diputado local, participara como candidato a Presidente municipal. Lo que genera en sí mismo una arbitrariedad, dado que el diputado en

[364]Ferrajoli, Luigi, "*Los fundamentos de los derechos fundamentales*", Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, págs. 19 y ss.

funciones goza de una serie de medios políticos y económicos de los que no gozan los otros contendientes, lo que se traduce en una violación directa a la contienda electoral. Este fue, en síntesis, el argumento toral de la Sala Regional.

La Sala Regional consideró que si bien es cierto que el cargo de diputado local no se encuentra dentro del catálogo que precisa la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima sobre qué tipo de servidores públicos deben separarse con cierta anticipación para participar en un proceso comicial, no se puede negar que dicho funcionario es un servidor público, ya que además de ejercer facultades inherentes a su propia función pública, misma que fue encomendada en las urnas por la ciudadanía, tiene Constitucional y legalmente un cúmulo de facultades que debe ejercer para cumplir con el mandato que le ha sido conferido.

Por otra parte, aplicar de manera restrictiva la última parte de la porción normativa contenida en el artículo 27 de la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima, podría ser una interpretación que, privilegiando el texto legal, no diera cuenta del concepto genérico de servidor público contenido en el texto Constitucional.

En ese sentido, sería incorrecto, sostener que si una ley estatal no contempla que un diputado local, al no estar comprendido dentro del catálogo de servidores públicos obligados a separarse de su encargo para participar en una contienda electoral, este servidor público no lo haga, cuando por mandato de la Constitución y el Código Electoral locales, interpretados sistemáticamente, se concluye que debe separarse de sus funciones, atento a la naturaleza jurídica, política y de gestión de sus funciones, ya que sostener lo contrario, lleva implícita una transgresión al orden jurídico, particularmente al principio de equidad.

Dicha situación genera, en consideración de la Sala, per se, una situación de inequidad en la contienda por la presidencia municipal de Colima, pues los demás partidos políticos y candidatos participaron en desigualdad de circunstancias, ya que desde el cargo que ostentó el diputado local en la LV Legislatura del Estado y candidato de la Coalición “PAN ADC, Ganará Colima” puede generó presión en el ánimo de los electores, así como condiciones de inequidad, por cuanto ve al uso y destino de recursos públicos.

Atento a ello la Sala Regional revocó la sentencia del tribunal local y dejó sin efecto el registro de Enrique Michel Ruiz, al propio tiempo que se ordenó a la Coalición, el registro de un nuevo candidato.

De lo anterior, deriva uno de los puntos de crítica centrales de la sentencia en análisis, pues ésta fue dictada el nueve de junio del año dos mil nueve y la jornada electoral se desarrollaría el cinco de julio siguiente, sin embargo, dicha situación obedeció a que el desarrollo de la cadena impugnativa local tardó demasiado tiempo y consecuentemente, la Sala Regional tuvo que fallar al límite del plazo.

Desde mi punto de vista, la decisión de la Sala Regional contenida en la sentencia, se inscribe en una lógica de una teoría no positiva, pues si se hubiere resuelto en términos de derecho positivo, con un método adecuado para resolver la antinomia entre las dos disposiciones en conflicto, se hubiere optado por la aplicación de la ley municipal, en la que no se considera al diputado local un servidor público.

Por el contrario, del lenguaje en que está cifrada la sentencia, de las alusiones al Estado Constitucional de Derecho, al principio de Equidad y la cita a un autor contemporáneo como *Jonh Rawls* y en sí, de la propia decisión, al “revocar” a un candidato inelegible, la sentencia se inscribe en

un positivismo incluyente, porque valora el principio de equidad, o bien, en una perspectiva garantista, dado que se intentó salvaguardar la equidad y proteger al más débil, en este caso, a los otros candidatos y no al candidato que además fungía como diputado local.

- **Materia de la reconsideración: *otra interpretación posible.***

Inconforme con la resolución anterior, la Coalición PAN – ADC Ganará Colima, interpuso un recurso de reconsideración para combatir la revocación de Enrique Michel Ruiz.[365]Dicha sentencia es la **SUP-REC-18/2009**.

La Sala Superior del Tribunal Electoral revocó la sentencia emitida por la Sala Regional y validó el registro de Enrique Michel Ruiz; la argumentación está construida a partir de lo que dicha Sala considera como una inaplicación tácita del artículo 27 de la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima, puesto que la Sala Regional al hacer acorde lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución de Colima, inaplicó el citado artículo 27 de la ley municipal.

La Sala Superior consideró que indebidamente se desaplicó el artículo 27 de la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima, para que a partir de ello, se sustentara, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política de Colima, existe una obligación hacia los diputados locales, dado su carácter de servidores públicos, de separarse de su cargo, por lo menos, un día antes del inicio del período de registro de candidatos, para poder ser postulados a integrantes de un Ayuntamiento.

[365]Con estos precedentes se amplío jurisprudencialmente la competencia de la Sala Superior para conocer a través del recurso de reconsideración, las sentencias de las Salas Regionales que inapliquen expresa o implícitamente una ley inconstitucional. Tesis de jurisprudencia **32/2009**.

Las razones que motivaron a la Sala Superior de revocar la sentencia de la Sala Regional Toluca, se encuentran sustentadas, fundamentalmente, en que ésta efectuó una interpretación extensiva del artículo 27 de la Ley del Municipio Libre de Colima y del 90 de la Constitución local, lo cual se derivó de no atender la intención del legislador, bajo el principio del federalismo.[366]

Para el órgano máximo del Tribunal Electoral las incompatibilidades y los supuestos que podrían originar la inelegibilidad de un aspirante a munícipe, en el caso, se encuentran recogidos en los artículos 115, fracción I, de la Constitución Política Federal y 90 de la Constitución colimense. En los cuales se precisa que, los servidores públicos de la federación, los estados y los municipios, que se encuentran impedidos para desempeñar los cargos de elección popular en los municipios, salvo que se separen un día antes del inicio del período de registro de candidatos, al respecto, la propia norma constitucional estatal hace una remisión hacia el artículo 27 referido; con la salvedad de que dentro de este sistema normativo no se contempla a los diputados locales.

Bajo esa línea de estudio, según la Sala Superior, la Sala Regional Toluca pasó inadvertido la funcionalidad legislativa que tienen dichos preceptos jurídicos, ya que se encuentran dirigidos a enumerar los sujetos que pueden incurrir en responsabilidades públicas por desempeñar empleos, cargos o comisiones en los órganos del Estado. Con lo cual, desde la perspectiva de la Sala Superior, al haberse incluido a los diputados locales dentro del rango de los servidores públicos a que alude el artículo 90 de la Constitución local, sin tomar en cuenta la remisión que en dicho mandato se hacia la ley, artículos 13 del Código Electoral local y 27

[366]Para la Sala Superior del Tribunal Electoral los alcances de la justicia federal, en su vertiente de poder revisor deben limitarse a la noción misma del federalismo, esto es, dentro de un sistema federal cada entidad federativa dicta sus propios actos de gobierno y los habitantes resuelven sus controversias dentro de su espacio geográfico, el cual se basa en el respeto a las diferencias específicas de cada Estado, ya que su facultad de legislar en su ámbito territorial es el fundamento de su soberanía.

multicitado-, la interpretación realizada por la Sala Regional responsable resultaba insostenible, pues se atenta contra la coherencia del sistema normativo aplicable, y se afectan los principios de certidumbre jurídica y legalidad en perjuicio del impetrante.

En este sentido, para la Sala Superior del Tribunal Electoral no resulta válido integrar al contenido de un sistema normativo una disposición que tenga como objeto limitar un derecho, pues la interpretación que se realice en este sentido, iría contra el principio garantista que, entre otras cosas, persigue maximizar, en la medida de lo posible, el ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos, pues las funciones realizadas por los legisladores locales, en opinión del propio constituyente local, no resultan incompatibles con las realizadas por los demás servidores públicos que se contemplan en el citado artículo 90 de la Constitución Local, cuyas categorías, son definidas por el multicitado artículo 27 de la Ley Municipal.

En consecuencia, los integrantes de la Sala Superior, por mayoría de votos[367], coincidieron en que si la disposición en comento optó por no incluir a los diputados locales, ello trae como consecuencia que no se les debe exigir el cumplimiento de dicho requisito y, por tanto, la Sala Regional Toluca no debió desaplicar el artículo 27 de la Ley Municipal.

Desde nuestro punto de vista, ambas soluciones eran posibles, tanto revocar el registro del candidato, como confirmarlo a partir de una interpretación auténtica del artículo 27 de la ley municipal, en el sentido de que si así lo dispuso el Constituyente de aquella entidad, debía respetarse dicha decisión. Sin embargo, como puede observarse, en Derecho no existe una respuesta correcta a cada caso concreto, las razones que subyacen a

[367]El caso fue resuelto el 3 de agosto de 2009, por mayoría de votos de los Magistrados que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral, con el voto en contra del Magistrado Flavio Galván Rivera, quien formuló voto particular.

la sentencia de la Sala Regional son evidentemente fundadas en un paradigma no positivista, en todo caso en un positivismo incluyente porque se valora y se opera con el principio de equidad en la contienda electoral. En otro punto de vista, se protegió a los candidatos débiles que al no ser diputados locales, se encontraban en una posición de franca desventaja, lo cual es contrario a una democracia constitucional y a un sistema de partidos equilibrado.

- ¿Existe una respuesta correcta para cada problema jurídico?

La principal enseñanza que nos dejan las sentencias ST-JRC-12/2009 y SUP-JRC-18/2009, es que en Derecho no existen respuestas absolutas o únicas. Quizá Ronald Dworkin en su ultraracionalismo se equivoque al decir que existe una respuesta correcta para cada problema jurídico.

Me parece que el Derecho admite diversas respuestas, el operador de la norma jurídica debe estar atento a sus implicaciones y fundar de la mejor forma sus decisiones, procurando siempre, proteger los derechos fundamentales de las persona.

Ahora bien, ambas soluciones son coherentes con una determinada posición filosófica, en lo personal, me identifico más con la sentencia de la Sala Regional, ya que trabaja con un principio que si bien no está explicito en el orden jurídico de aquella entidad, es un principio constitucional y válido en una democracia, por consiguiente.

Sin embargo, como se ha dicho, el problema jurídico sometido a jurisdicción admitía diversas interpretaciones, una auténtica, en el sentido de privilegiar las leyes locales y otra, contrarrestar una norma con un principio.

4.2.3. Interpretación conforme.[368]

El siguiente criterio fue dictado después del año 2010 en la Sala Regional Toluca, sin embargo, dada la trascendencia del tema debe hacerse algún comentario al respecto:

- **ST-JDC-33/2011**. La sentencia se dictó en marzo de 2011, previo a la reforma de junio de ese año, y en la parte medular se expone:

> "El cúmulo de derechos o prerrogativas reconocidos en la Constitución a favor del ciudadano no deben traducirse como un catálogo rígido, invariable y limitativo de éstos, que deban interpretarse de forma restringida, ya que ello desvirtuaría la esencia misma de los derechos fundamentales.
>
> Al respecto, el artículo 133 del referido ordenamiento constitucional identifica como "Ley Suprema" a la constitución, las leyes del Congreso de la Unión y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, y de igual forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en ese sentido.
>
> En este contexto, de entre los tratados internacionales que México ha celebrado se encuentran la Convención Americana de Derechos Humanos o "pacto de San José", adoptado el 22 de noviembre de 1969, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, los que, además, son de observancia y aplicación, entre otros,

[368] En la parte conducente, se pueden consultar: **ST-JDC-53/2011.** (Obligación de los partidos políticos de ejercer control constitucional) **ST-JDC-463/2011**. (inaplicación de normas contrarias a la Constitución).Votos particulares del Magistrado Santiago Nieto Castillo en los diversos **ST-RAP-29/2012** y **ST-JDC-66/2012**.

para **todos los juzgadores** del Estado Mexicano al constituir una obligación en el concierto de las naciones que los suscriben bajo los principios *pacta sunt servanda,* relativo a que todo tratado en vigor obliga a las partes, así como el cumplimiento de dichos instrumentos conforme al principio de buena fe, tal y como lo prevé la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados en su artículos 26.

Ahora bien, en términos del artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de mil novecientos noventa y ocho, por lo que la jurisprudencia que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de **observancia obligatoria**.

De esta forma, al resolver el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, la citada Corte Interamericana ha establecido que **los Estados parte se encuentran obligados a aplicar la Convención en las decisiones que impliquen vulneración de los derechos contemplados en ella**, armonizando las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha realizado la citada Corte Interamericana, cuya tendencia se ha reflejado en la jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional supranacional.

Al respecto, es ilustrativo el voto razonado del Juez *Ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en el fallo del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, en el que señaló que la intencionalidad de la Corte Interamericana es clara al establecer que el control de convencionalidad debe ejercerse

> por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, lo cual implica, entre otros aspectos, **la obligación de los jueces de aplicar de forma directa los tratados internacionales**."

Con este criterio queda de manifiesta la interpretación garantista llevada a cabo por la Sala Regional previo a la reforma constitucional.

Capítulo 5
La interpretación de los derechos políticos en los Tribunales Constitucionales.

Un Tribunal o Corte Constitucional[369] es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes, y procesos referentes a la Constitución y eventualmente, de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo, a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos.

De acuerdo al modelo kelseniano, el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes pero, en el caso de una ley promulgada vulnere lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, declarando su inconstitucionalidad.

Algunas de las teorías más recientes, sostienen que la tarea del Tribunal Constitucional es ejercer una función jurisdiccional, resolviendo conflictos de carácter constitucional, que puede incluir la revisión de la actuación del Poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

5.1. Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América.

Un referente importante en el derecho comparado con precedentes judiciales de vanguardia y la forma de interpretar en materia de derechos político – electorales, es sin duda alguna, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América.

[369] RUIZ, Miguel Alfonso, Modelo Europeo y Americano de Justicia constitucional, en http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/eventos/modelo_americano_y_europeo.pdf, consultado el 25 de octubre de 2011.

Al respecto, es necesario considerar que la Corte Norte Americana como Tribunal Constitucional posee la facultad de revisión judicial y la facultad de declarar inconstitucionales leyes federales o estatales y actos de los Poderes Ejecutivos Federal y Estatales, sus decisiones no pueden ser apeladas.[370]

Los períodos de jurisprudencia de la Corte se designan comúnmente por el nombre del Juez Presidente de turno. Por ejemplo, el Tribunal durante 1969-1986 se le conoce como la "*Corte Burger*" (por el nombre del Juez Presidente Warren Burger) y durante 1986 a 2005 se le conoce como la "*Corte Rehnquist*" (por el nombre del Juez Presidente *William Rehnquist*).

En mi punto de vista, existen dos casos que han marcado la historia jurídica de los Estados Unidos: *Brown vs. Born of education (Consejo de Educación*1954) y *Roe vs. Wade* (1973). En *Brown vs. Board of Education*, la Corte Suprema estableció que la segregación en las escuelas públicas era inconstitucional. A partir de esa decisión, la segregación en cualquier sitio público pasó a ser igualmente inconstitucional.[371]

En *Roe vs. Wade*[372], la Corte determinó que el derecho al aborto no podía ser negado a las mujeres, ya que existe un derecho a la privacidad en la Constitución que protege a las mujeres y sus decisiones. Aún hoy, esta decisión resulta controvertida y miembros de la Corte, como los jueces Scalia y Thomas, han expresado que *Roe* fue una decisión errónea.

La dinámica de resolución consiste en que los jueces escuchan los argumentos de los diferentes casos y luego se reúnen para discutirlos entre ellos. Cada juez de la Corte tiene un voto en cada caso. Cuando hay por lo

[370] *Marbury vs. Madisson*.
[371] *Brown vs. Boart of education*, 347 US 483 (1954) en http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl.court/US,consultado 8 de Febrero de 2012.
[372] www.US-history.com/pages/h2603.html, consultado 8 de Febrero de 2012.

menos cinco jueces a favor de alguna decisión, esa pasa a ser la opinión de la Corte que representa el precedente final.

El juez de mayor veteranía entre los cinco votantes tiene el privilegio de escoger cuál de ellos escribirá la opinión del Tribunal. Si el Juez Presidente se encuentra entre la mayoría, el privilegio pasa a él.

Todo juez tiene derecho a escribir una explicación de su voto. Si su voto se encuentra entre la mayoría, el juez escribe una opinión concurrente. Si el juez votó en contra de la mayoría, escribe entonces una opinión disidente. Debe tenerse en cuenta que sólo la decisión de la mayoría representa un precedente legal.

5.1.2. Libertad de expresión en materia política.

De acuerdo a lo que se analizó en el anterior capítulo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en diversas ejecutorias sobre el tema de libertad de expresión en materia político – electoral, tal es el caso de la guerra sucia contra el ex candidato presidencial en el año 2006, Andrés Manuel López Obrador y el caso denominado "*transformers*", en cuyas sentencias realicé comentarios en torno a si los criterios empleados por el Tribunal Electoral revestían una adherencia a la teoría garantista, y en su caso, las teorías empleadas para resolver los problemas ahí planteados.

Como parte de aquella crítica, abordaré en este espacio la forma en que decide la Corte Norte Americana asuntos similares, a efecto de que a partir de la perspectiva comparada en México se tengan elementos jurídicos que coadyuven en su resolución.

5.1.2.2. *Texas vs. Jonhson*.

Antecedentes del caso[373]**.**

El caso *Texas contra Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), de la Corte Suprema de Estados Unidos es un hito en la historia judicial estadounidense, pues invalidó las leyes que prohibían la profanación de la bandera estadounidense en rigor en 48 de los 50 estados al momento de emitir la sentencia.

El juez *William J. Brennan, Jr*. dictaminó que el acto del defendido, quien quemó una bandera estadounidense, estaba protegido por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que garantizaba su libertad de expresión.

Gregory Lee Johnson, perteneció a la Brigada de la Juventud Comunista Revolucionaria, participó en una demostración política durante la Convención Nacional del Partido Republicano de 1984 en Dallas, Texas. La manifestación protestaba contra las políticas bélicas de la administración de Reagan y contra algunas compañías que las apoyaban. Los manifestantes marcharon por las calles, gritando y mostrando pancartas. En un punto de la marcha, otro manifestante le entregó a Johnson una bandera estadounidense, que tomó de un asta que se encontraba fuera el edificio de una de las compañías contra las que manifestaban.

Cuando la manifestación llegó a la localidad de Dallas, Johnson empapó la bandera con kerosene y le prendió fuego. Nadie resultó herido, aunque algunos testigos declararon haberse sentido muy ofendidos.

[373] BIANCHI, Alberto, el caso *Texas vs. Jonhson* y el dilema de la colisión de los derechos constitucionales, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1990. pág. 149.

Johnson fue acusado de violar una ley que prohibía vandalizar objetos respetados. Y se le sentenció a un año de cárcel y una multa de US$2.000. Por su parte, apeló de la condena ante la Corte de Apelaciones de Texas, perdiendo el caso.

La Corte de Apelaciones Criminales de Texas, la mayor instancia estatal, revocó su condena argumentando que el Estado no podía condenar a Johnson, pues su acto estaba protegido por la primera enmienda como un "discurso simbólico".

En su caso, el Estado mantuvo que era su interés preservar la bandera como un símbolo de unidad nacional, lo que era más importante que el discurso simbólico de Johnson, y que quería mantener el orden. La Corte dijo que ninguna de estas razones justificaban la condena de Johnson.

La Corte adujo que:

> "Reconociendo que el derecho a diferir es la pieza central de las libertades concedidas por la primera enmienda, el gobierno no puede mandatar por decreto un sentimiento de unidad entre sus ciudadanos. Por lo tanto, el mismo gobierno no puede establecer un símbolo de unidad y prescribir un conjunto de mensajes aprobados para que sean asociados con ese símbolo..."

También concluyó que la quema en sí no constituía una amenaza ni una afrenta a la paz.

El Estado de Texas solicitó a la Corte Suprema de los Estados Unidos que se enterara del caso, entregando su decisión en 1989.

- **La decisión de la Corte Suprema.**

La opinión de la Corte provino de una controversial decisión de 5 contra 4, siendo de la opinión mayoritaria los jueces *Brennan, Marshall, Blackmun, Scalia, y Kennedy.*

Los argumentos centrales de la Corte son los siguientes:

Primero, la Corte consideró que si la primera enmienda protegía actos no verbales, y de ser así, si el acto de Johnson constituía una "conducta expresiva", que le permitiera invocar la primera enmienda.

La primera enmienda protege la libertad de expresión, y la Corte reconoció que ésta no se limitaba a la expresión oral. La decisión se sustentaba en un hecho reconocido en la jurisprudencia, con casos como *Stromberg vs California* (uso de una bandera roja como expresión) y en *Tinker vs Distrito Escolar de Des Moines* (uso de un brazalete negro como expresión).

La Corte rechazó la idea de que existía una aparente cantidad ilimitada de conductas que podían ser descritas como "expresión", pero reconoció que en cualquier momento en que una persona quiera comunicar una idea, existen conductas no verbales que incluyan suficientes elementos comunicativos para ser protegidos por la primera y decimocuarta enmiendas. Al decidir sobre cuales conductas poseían una cantidad suficiente de elementos comunicativos, la Corte determinó que lo serían cuando existiera un intento de entregar un mensaje particular, cuando existiera una mayor probabilidad que éste fuera entendido por quienes lo observaran.

La Corte encontró que, bajo las circunstancias en que ocurrieron los hechos, la quema de la bandera de Johnson sí constituyó una conducta expresiva, pues la naturaleza política del hecho era intencional y evidente.

5.1.2.3. *Sullivan vs. New York Times*[374]*.*

En el año 1960, un grupo de personas publicó una nota en el diario *New York Times*, haciendo referencia a la lucha de los estudiantes afroamericanos por su derecho a vivir dignamente, tal como lo garantizaba la Constitución estadounidense y el *Bill of Rights*. Se hizo mención de ciertos hechos que habrían acontecido generando una ola de terror en estos grupos sectarios.

La nota expresaba que en cierta ocasión, luego que los estudiantes cantaran un himno patriótico en la legislatura estatal, sus líderes fueron expulsados de la universidad y sufrieron una salvaje represión policial. Asimismo, hizo mención a la persecución sufrida por *Lüther King.*

L. D. Sullivan, comisario de la ciudad de Montgomery, expresó agravio por dicha publicación, inició una acción civil por el delito de injurias, en contra del diario de *New York Times* por sentirse involucrado en los eventos descritos, ya que por su cargo supervisaba el departamento de policía que actuó en el hecho.

El Tribunal de primera instancia hizo lugar a la pretensión de Sullivan y le otorgó la indemnización reclamada. Dicha medida fue confirmada por la Corte Suprema de Alabama.

[374] http://www.fallodelderecho.com.ar/resumenes-de-fallos/new-york-times-vs-sullivan-2, consultado el 25 de octubre de 2011.

La Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la sentencia en base a que si bien, no fueron acreditados todos los episodios descritos en la solicitada, el debate sobre la cosa pública debía ser abierto y sin inhibiciones de acuerdo a los principios emanados de la forma republicana de gobierno.

En la especie, fundamentó que la protección constitucional de la libertad de prensa no se perdía por la falsedad o el contenido injuriante de la publicación, ya que de lo contrario se estaría dando lugar a la autocensura. Por tal motivo, ante la publicación de datos ofensivos para un funcionario público, la responsabilidad del medio periodístico quedaba condicionada a que el afectado acreditara la malicia, que la noticia había sido publicada con conocimiento de que era falsa o con notoria despreocupación acerca de su veracidad, es decir que la prueba estaba a cargo del demandante.

En el caso, Sullivan no logró acreditar que los firmantes de la solicitada conocían la falsedad de las expresiones publicadas, o que habían actuado con culpa grave acerca de si las mismas eran o no verdaderas.

Respecto del diario, el demandante logró probar que el *New York Times* pudo haber detectado la inexactitud del aviso, revisando sus propios archivos. Sin embargo, el periódico alegó haber confiado en la buena reputación de los firmantes de la solicitada y que el hecho de no haberse preocupado por realizar un control más profundo, se debió a que el aviso en cuestión, no contenía ningún ataque de carácter personal, por tal motivo, si bien existió cierta negligencia por parte del periódico, no se había probado la malicia que se exigía.

Hay que destacar que la nota no se refería ni indirectamente al Sr. Sullivan, y se le había dado la oportunidad de demostrar que no había estado involucrado en los eventos descritos.

Este fallo deja como precedente la elaboración de la doctrina de la real malicia[375], que implica que un funcionario público, agraviado por una noticia falsa, no pueda obtener indemnizaciones por injurias, a menos que pruebe que el medio de prensa conocía la inexactitud de la publicación o que no se molestó en averiguarlo.

- ***Libertad de expresión.***

De conformidad a Miguel Carbonell,[376] una característica que parece estar presente en cualquier sistema autoritario es el control sobre lo que pueden y no pueden decir los ciudadanos. Por eso es que el grado de libertad de expresión que se disfruta en un país suele ser un indicador bastante fiable del avance democrático que se ha alcanzado.

En México, el pluralismo democrático que se vive repercute de forma muy intensa en la ampliación de los márgenes para ejercer la libertad de expresión.

La libertad para decir y escribir lo que queramos, además de un indicador democrático, es también y sobre todo un derecho fundamental, es decir, un derecho que garantiza la Constitución y los tratados internacionales. Los encargados de proteger este derecho cuando ha sido

[375] La doctrina de la real malicia reconoce su fuente en la Constitución de los Estados Unidos. Particularmente del artículo 32 de la Constitución Nacional establece que el Poder Legislativo no puede sancionar leyes restrictivas para el ejercicio de la libertad de prensa y de expresión. También dispone que los Estados locales no podrán dictar normas que limiten las prerrogativas o inmunidades que la Constitución reconoce a los ciudadanos, ni privar a una persona de sus libertades sin el debido proceso legal.

[376] Véase:http://www.miguelcarbonell.com/escritos_divulgacion/Libertad_de_expresion_y_democracia.shtml, consultado: 25 de octubre de 2011.

violado son los jueces, concretamente los jueces federales en el caso de México.

Pero sucede, en ocasiones, que los encargados de proteger los derechos fundamentales –la libertad de expresión u otros- no saben cómo hacerlo o no tienen una idea correcta del lugar que tales derechos ocupan en la construcción de un Estado democrático. Esto es lo que ha sucedido en el caso del amparo promovido por Sergio H. Witz, que fue resuelto hace algunos años por la Primera Sala de la Suprema Corte de México, por una votación dividida de 3 votos contra 2.

En la sentencia del que ya es conocido como "Caso Bandera"[377] la Suprema Corte consideró que no hay objeción constitucional al hecho de que a una persona se le siga en México y en pleno siglo XXI un proceso penal por la grave falta de haber escrito un poema. Lo grave del asunto consiste, según los Ministros de la mayoría, en que el poema contiene ciertas alusiones "escatológicas" y quizá un tanto groseras en contra de la bandera mexicana. Y eso les pareció suficiente como para que se le abriera un proceso penal por el delito de "ultrajes a los símbolos patrios", lo que puede llevar al poeta a una pena de prisión de hasta cuatro años.

La sesión de la Corte donde fue votado el asunto alcanzó su clímax cuando el Ministro José de Jesús Gudiño leyó en voz alta el poema de Witz (lo que quizá ubicó al Ministro en el mismo supuesto penal que se le ha imputado a Witz, puesto que el Código Penal no distingue entre quienes sean autores directos de un escrito ultrajante y quienes lo reproduzcan "de palabra o de obra"). Para no quedarse atrás el Ministro Sergio Valls explicó en su intervención oral sobre la baja calidad del poema, al que calificó de

[377]Un análisis de los detalles técnico-jurídicos del caso puede verse en Carbonell, Miguel, "Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión", *Isonomía*, número 24, México, abril de 2006.

"pseudo-poema", que atenta no solamente contra la bandera "sino contra la patria misma".

La Ministra Olga Sánchez Cordero prefirió una ruta hermenéutica, por decirlo de alguna manera, alternativa, haciendo referencia a los niños que en las escuelas públicas saludan a la bandera todos los lunes (*sic)*. La propia Ministra manifestó en referencia a la bandera nacional que "cualquier ultraje a la misma afecta la estabilidad y la seguridad de nuestra nación".

Pero lo más seguro es que ese observador del debate judicial mexicano terminara por formular las siguientes preguntas: ¿puede sostenerse que una revista literaria del estado de Campeche tiene tal fuerza como para afectar a la seguridad de un país como México al publicar un poema de unas pocas líneas? Incluso más: en el extremo e improbable caso de que efectivamente la tuviera, ¿ese riesgo es suficiente para pretender callar a una persona que escribe poesía?

¿Cómo habrían reaccionado nuestros Ministros si en vez de enfrentarse a un poema de evidente mal gusto hubieran tenido que pronunciarse en un caso como el de los "*Papeles del Pentágono*" que la Corte de los Estados Unidos resolvió en los años 70 del siglo pasado?[378]

Al contrario de lo que sostuvo en ese caso la Suprema Corte, en el derecho comparado encontramos decisiones que han permitido la existencia de fuertes críticas en contra de símbolos u objetos a los que las sociedades de referencia les conceden una gran importancia. Esto es lo que sucede en los Estados Unidos, cuya Suprema Corte entendió que no se podía procesar a nadie por quemar una bandera norteamericana en

[378]En el caso de los "Papeles del Pentágono" estaba en juego la estrategia militar y diplomática de los Estados Unidos en Vietnam. La Corte de los EUA permitió que dos periódicos de alcance nacional (el *New York Times* y el *Washington Post*), dieran a conocer miles de documentos oficiales sobre el tema. Fue el caso *New York Times versus United States*, resuelto el 30 de junio de 1971.

público (en el caso *Texas vs Johnson* de 1989)[379]. Unos años antes, la misma Suprema Corte estadounidense había fijado el estándar clásico en materia de libertad de expresión, en el caso *New York Times vs Sullivan,* en cuya sentencia el juez *William Brennan* escribió que todo sistema democrático requiere de un debate público abierto, robusto y desinhibido, lo que incluía la posibilidad de criticar duramente a los funcionarios públicos.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre actos que, sin llegar a quemarla, podrían profanar o ser ofensivos para su bandera; se trataba de una fotocomposición que daba como resultado, en la contraportada de un libro antimilitarista, la imagen de un hombre orinando sobre la bandera alemana. El Tribunal consideró que dicha composición satírica estaba protegida por la libertad de expresión, ya que el núcleo expresivo de la misma era simplemente una crítica (aunque fuera en forma grosera o poco elegante) que era constitucionalmente admisible.

El mismo criterio de apertura fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Última Tentación de Cristo", en el que el Estado chileno fue condenado por violar la libertad de expresión al ejercer un sistema de censura previa contra la célebre película de Martin Scorcese. En esta sentencia, la Corte Interamericana sostuvo que "La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada".

[379]En la sentencia del caso Johnson la Corte sostuvo que quemar una bandera era nada más que una *expresión simbólica*. Según la Corte, es un principio inconmovible de la Constitución norteamericana que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea solamente porque la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable; en la sentencia se afirma que el acto de quema de bandera que se juzgaba en ningún momento supuso una amenaza inminente para la paz social.

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad, y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una "racionalidad discursiva" (*Habermas*), que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos.

La deliberación pública realizada en libertad es una de las características de los modernos regímenes democráticos, como ya se ha dicho.

En palabras de Ignacio Villaverde:

> "En los Estados democráticos, la libre discusión es un componente jurídico previo a la toma de una decisión que afecta a la colectividad, e inexcusable para su legitimación... Sin una discusión libre no es posible una realización cabal del Estado democrático"[380].

Es por esto que algunos tribunales constitucionales de otros países han sostenido el "valor preferente" de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales.

En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español entiende que la vinculación que la libertad de expresión tiene con el pluralismo político le otorga "una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales" (Sentencia 104/1986).

[380]VILLAVERDE, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, pág. 30-31.

Francisco J. Laporta, recordando un argumento de Alexander Meiklejohn, escribe sobre este punto que:

> "La libertad de expresión no es una libertad más que pueda ponerse en la balanza al lado de otras libertades posibles para pesarla y contrapesarla con ellas, prevaleciendo en unos casos y quedando limitada en otros. No es una entre otras libertades, sino el fundamento de todo el orden político"[381]

La decisión de la Suprema Corte de México, lejos de proteger la libertad de expresión, la viola de forma contundente al instalar una especie de censura previa, si atendemos a la definición que de la misma hace Gregorio Badeni, un reconocido experto argentino en la materia.

Para Badeni, actualmente por censura se entiende,

> "Toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, e incluye a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento."[382].

Haría falta recordar las palabras de Alexis de Tocqueville, quien sobre la censura escribía en "La democracia en América" lo siguiente:

> "En un país donde rige, ostensiblemente, el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el

[381] LAPORTA, Francisco, *El derecho a la información y sus enemigos*, *Claves de razón práctica*, número 72, Madrid, mayo de 1997, pág. 14

[382] BADENI, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis-Necis, Abeledo-Perrot, 2002, pág. 215.

> derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo."[383]

La libertad de expresión que de alguna forma involucra al gobierno o a los símbolos nacionales debe estar fuertemente protegida, lo que supone que la regulación y las sanciones que se pueden imponer a la misma deben ser observadas con mucho cuidado. Como afirma *Cass Sunstein*:

> "El gobierno no es tan digno de confianza cuando intenta controlar el discurso que puede dañar sus propios intereses; y cuando el discurso es político, éstos casi siempre entran en juego... tenemos motivos de mayor peso para desconfiar de la regulación gubernamental cuando se trata de temas políticos."[384]

En este supuesto se encuentra el caso que estamos comentando ya que por décadas el régimen político mexicano ha utilizado los símbolos patrios para sus propias necesidades de legitimación; mantenerlos "protegidos" a través del uso del Código Penal es algo inapropiado en cualquier Estado democrático y no solamente resulta sospechoso, sino que viola de manera directa las normas que tutelan la libertad de expresión, que en México no solo se encuentran en el artículo 6° Constitucional, sino en

[383]TOQUEVILLE, Alexis*, La democracia en América*, México, FCE, 2001 (reimpresión), pág. 199.
[384]SUSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003, pág. 147.

diversos tratados internacionales que amplían de forma considerable el núcleo de protección de dicha libertad.

De lo expuesto, hasta aquí no se puede desprender, que la libertad de expresión no pueda ser limitada en modo alguno. Pero las limitaciones necesarias deben ser tales que respeten los principios básicos de una democracia constitucional. Para saber de qué manera y en qué supuestos podemos limitar la libertad de expresión conviene, de nuevo, dirigir la mirada hacia el derecho comparado. Si procedemos de esta manera nos daremos cuenta que en países con una sólida tradición a favor de la libertad de expresión no todos los discursos tienen la misma protección. Si revisamos, por ejemplo, el caso estadounidense veremos que es común en la doctrina norteamericana citar la expresión empleada por el juez de la Corte Suprema *Oliver W. Holmes* en la sentencia *Schenk vs. United States* de 1919, cuando sostuvo que no hay ninguna buena razón para tutelar la expresión falsa de una persona que grita *"¡Fuego!"* en un teatro lleno de gente.

Para distinguir entre los discursos que merecen ser protegidos y aquellos que no, la Corte bajo las ideas del propio Holmes en el caso *Schenk,* planteó el test del peligro claro e inminente (*clear and presentdanger*).

Bajo este parámetro, ninguna expresión –por más odiosa, equivocada o incorrecta que nos parezca- puede ser prohibida a menos que de ella deriva un peligro claro e inminente. Tal sería el caso de una persona que profiere amenazas de muerte a otra enfrente de testigos y en un lugar público. En este supuesto, desde luego, el ordenamiento jurídico puede regular y sancionar dicha expresión, pues supone un peligro claro e inminente para la vida o para la integridad física de una persona. Pero nada de eso existe cuando el objeto de crítica es un símbolo, por más importante

que sea para muchas personas, tal como sucede en México con la bandera nacional.

Esperemos que nuestra Suprema Corte sepa rectificar su criterio y adopte los criterios internacionalmente aceptados en la materia, de manera que todos sepamos que en México se pueden escribir poemas, representar obras de teatro o pintar cuadros sobre el tema que sea, sin que por ello el autor esté amenazado con sanciones que lo pueden llevar a la cárcel.

Hay que recordar que precisamente los tribunales constitucionales sirven para proteger a los disidentes individuales o no sirven para nada. Son esos disidentes incómodos, groseros, nada elegantes, provocativos, odiosos incluso (como para algunos debe ser Sergio H. Witz), los que deben estar protegidos por la libertad de expresión. Esto, y no otra cosa, es lo que da cuerpo y sentido real –más allá de los análisis académicos- al conocido axioma de que los derechos fundamentales son derechos "*contramayoritarios*", razón por la cual no pueden quedar justamente librados a las decisiones de los poderes de la mayoría, sino que quedan bajo el resguardo último o límite de los Tribunales Constitucionales.

Además, la visión alternativa del mundo y de la vida que nos ofrece el pensamiento heterodoxo no solamente está protegida constitucionalmente, sino que es del todo necesaria desde un punto de vista político.

El pluralismo social, expresado en forma de poema de cualquier otra manifestación artística, es propio y característico de los sistemas democráticos y por tanto debe estar protegido por completo

5.1.2.4*. Bush vs. Gore.*

Respecto a este importante precedente internacional, el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz ha comentado que:

> "En dicha elección en la que contendieron George W. Bush y Al Gore, se pronosticó semanas antes de su realización, una elección competitiva y muy cerrada en cuanto a sus márgenes de votación. Lo que nunca se pronosticó, o al menos no de manera tan señalada, fueron las muchas dificultades que habrían de sobrevenir, al punto de poder hablarse de una crisis en el sistema electoral presidencial".[385]

La razón de ello es fácil de señalar: se trata de un mecanismo establecido desde el Congreso Constituyente de Filadelfia, mediante el cual cada estado de la Unión nombrará, "*'del modo que su legislatura disponga*", un número de electores igual al total de los senadores y representantes a que el estado tenga derecho en el Congreso (artículo II, 1).

Con esta solución, los Constituyentes buscaron que la decisión final quedara en manos de las instancias locales; igualmente, tenían en mente una solución de tipo republicano, que no necesariamente democrática, en donde algunos pocos sujetos bien instruidos y con sólida presencia social, tomaran las decisiones más relevantes.[386]

Con independencia de si la solución planteada[387] debe o no prevalecer, la cuestión es que el mecanismo apuntado generó una diversidad de problemas que terminaron con su judicialización. Sin embargo, y por lo complejo del caso y haber asumido los tribunales una posición de última instancia de resolución, necesariamente se produjo

---

[385] COSSÍO, Díaz José Ramón., *Bush vs. Gore*, en Revista Este País, marzo de 2001, número 120. pág. 1.
[386] WOOD, G. S., *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage Books, Nueva York, 1993, pág. 57.
[387] DWORKIN, R. *A Badly Flawed Election*, The New York Review of Books, 11 de enero de 2001.

también la politización de la propia justicia. Se trata de un ejemplo en el que quedaron en evidencia muchas de las debilidades institucionales de la justicia, de su débil posición como garante de la racionalidad del acontecer político, así como de su precaria legitimidad. En la misma línea argumental, se manifestó la veracidad de muchas de las críticas que repetidamente se han hecho a la justicia, en tanto forma disfrazada de ejercicio de la política por la vía del activismo judicial de izquierda o de derecha.[388]

En el pasado, los tribunales federales norteamericanos, en particular la Suprema Corte, se habían excluido del conocimiento de cuestiones en las que consideraran presente una cuestión política (*political question*), por estimar que su solución debía provenir de la propia arena política.

En la célebre resolución a *Baker vs. Carr*, resuelta en 1962, la Corte estableció que se estaba frente a una cuestión política siempre que:

1. Fuera imposible establecer un criterio claro de resolución del asunto.

2. Fuera imposible resolver el caso sin un criterio político o a partir de la discreción judicial.

3. Resolver sin mantener un adecuado respeto a los poderes públicos, o llegar a producir un problema potencial por generar variados pronunciamientos de distintos poderes respecto de una determinada cuestión.

Por ejemplo, en el caso que nos ocupa, ese criterio no se sostuvo, de modo que diversos tribunales locales y la Suprema Corte de los Estados Unidos, en particular, decidieron ocuparse del asunto con las

[388]Kramer, L., *No Surprise, It's an Activist Court*, The New York Times, 12 de diciembre de 2000.

consecuencias que más adelante veremos. Por el momento, baste apuntar que la elección hecha por la Corte de los Estados Unidos de no considerar los asuntos presentados como *political questions* constituye desde luego un indicio acerca de su interés en participar y resolver el conflicto político suscitado, es decir, de su interés por introducir a la propia Corte en el juego político que estaba abierto.

El problema que habría de terminar en los tribunales surge y se constituye por los siguientes hechos: el 7 de noviembre se celebra la elección de presidente de los Estados Unidos. Al llevarse a cabo el recuento de los votos en el estado de Florida, se obtiene de modo preliminar el siguiente resultado: 2, 909,135 votos para Bush/Cheney y 2, 907,351 votos para Gore/Lieberman, lo cual significa una diferencia de 1,784 votos.

Candidato	Votos
Bush/Cheney	**2,909,135**
Gore/Lieberman	**2,907,351**

De acuerdo con la legislación de Florida, por estarse frente a una diferencia de menos de medio por ciento de los votos, debía realizarse un recuento diverso por medio de una máquina específica. Gore logró la realización de recuentos manuales en cuatro condados de la Florida (*Volusia, Palm Beach, Broward y Miami-Dale*), lo que provocó un primer problema: ¿cuándo debían remitirse esos datos a la Secretaría de Estado en su carácter de autoridad electoral? Ella misma lo había fijado el día 14 de noviembre, mientras que la Suprema Corte de Florida lo hizo para el día 26 de mismo mes. Recibidos los resultados con anterioridad a esta fecha,

se declaró vencedor a Bush y se le otorgaron los 25 votos electorales del estado.

Al día siguiente, Gore demandó la irregularidad de los votos, misma que terminó resolviendo la Corte de Florida en los siguientes términos: estimó que Gore no había podido probar la irregularidad de los votos en los condados de Nassau y Palm Beach, pero que sí había podido hacerlo en el de Miami-Dade, por lo que ordenó el recuento manual de los 9,000 votos que en el mismo se habían emitido. En la parte más compleja de esta resolución determinó también que los tribunales locales estaban facultados para proveer cualquier solución a casos semejantes a los resueltos, entre ellos la realización de recuentos manuales.

En lo que fue la primera demanda de Bush ante la Suprema Corte de los Estados Unidos solicitó el otorgamiento del *certiorari*[389] para estar en posibilidad de combatir las decisiones de los órganos electorales de *Palm Beach* y otros condados.

El tema jurídico planteado consistió en saber si la Suprema Corte de Florida, al fallar los recursos interpuestos por Gore, había o no resuelto adecuadamente las siguientes cuestiones: ¿en qué medida un error de marca en la boleta justificaba un recuento manual?, ¿se habían o no interpretado adecuadamente los preceptos invocados por la Corte de Florida al resolver el recurso?

La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió *per curiam*[390], el 4 de diciembre de 2000, que su criterio tradicional había sido en el sentido de otorgarle deferencia a las interpretaciones hechas por las autoridades locales respecto de sus normas jurídicas. Sin embargo, advertía que el caso

[389] *Certiorari*: Consulta de una parte a una Corte de Apelación.
[390] *Per curiam:* Decisión tomada de manera colegiada.

a consideración no se trataba sólo de derecho local, en tanto las normas emitidas por la Legislatura de Florida debían utilizarse para llevar a cabo una elección federal. En su parte medular, en la resolución se sostiene que "existe una considerable incertidumbre acerca de los fundamentos precisos de la decisión" tomada en Florida, por lo que, a partir de los precedentes invocados, estimó que la falta de fundamento era suficiente para declinar por ese momento la cuestión federal que se le había planteado.

La siguiente etapa de este asunto se desarrolló el 8 de diciembre, cuando la Suprema Corte de Florida ordenó que la Corte de Circuito del Condado de León contabilizara a mano los 9,000 votos del Condado de Miami-Dale, y que aquellos que en el futuro se realizaran respecto de otros condados fueran hechos de la misma forma.

En contra de esta orden, Bush solicitó a la Suprema Corte de los Estados Unidos el otorgamiento de un *certiorari.* El 9 de diciembre se le otorgó este último y el 12 de diciembre se falló el asunto.

A juicio de la Suprema Corte, la petición plantea la cuestión siguiente: cuando la Suprema Corte de Florida establece un nuevo criterio de resolución para la elección presidencial, se viola el artículo II de la Constitución y se dejan de cumplir varias disposiciones del *Unites Status Code*, además de que al llevarse a cabo un recuento manual se violan los principios de *Equal Protection y Due Process*. Para la mayoría de la Corte, se violó el primero de esos principios.

La forma de llegar a esa conclusión parte de contextualizar a la elección como compleja y cerrada, además de considerar que los problemas de la misma se dieron en alguna medida por las deficiencias de las máquinas que se utilizaron para llevar a cabo el segundo recuento. Para los cinco integrantes de la mayoría, el hecho de que la Suprema Corte de

Florida haya estimado que, por una parte, un voto es legal sólo cuando puede establecerse la clara intención del votante en favor de uno de los candidatos y, por la otra, que era preciso llevar a cabo un recuento manual de los mismos, produce una situación de desigualdad, en tanto que con un criterio tan abstracto es posible que en diversos condados los votos se cuenten de distintas maneras o, incluso, de diversas formas dentro de un mismo condado.

Esta forma de contabilidad, a juicio de la mayoría, podría llegar a producir una violación al principio de igualdad que, por lo mismo, debe ser remediada por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

La solución dada por la Corte es de una gran importancia, no sólo para el caso concreto sino, fundamentalmente, para el porvenir. A partir de la solución adoptada, en efecto, la Corte podría, en sentido negativo, dejar de involucrarse en procesos electorales en los que se hubieran alegado graves violaciones, ello bajo la idea de que el remedio propuesto para corregirlas daría lugar a otro tipo de violaciones constitucionales; en sentido positivo, en tanto que ahí donde encontrara que se ha violado el principio de igualdad u otro semejante, debiera intervenir a efecto de nulificar la elección o parte de ella. La salida que la Corte encontró a estas posibles y no deseadas consecuencias fue apuntando:

> "Nuestras consideraciones están limitadas a las presentes circunstancias, ya que el problema de la protección igual en los procesos electorales presenta muchas complejidades".

Finalmente, siete integrantes consideraron que había problemas de constitucionalidad con el recuento ordenado por la Suprema Corte de Florida. Dos de ellos estimaron que lo procedente era enviar nuevamente el asunto a esa Corte estatal, con el fin de que la misma estableciera la solución que debería darse al caso, mientras que otros cinco optaron por

generar un criterio de control tan amplio que terminaron por impedir a los órganos estatales cualquier intervención posterior en el asunto.

Como lo apuntamos al comienzo, la resolución de la Suprema Corte habrá de convertirse en un hito. Además de haber sido factor determinante en la elección de un presidente de los Estados Unidos, lo que de por sí es mucho, la forma en que está construida y la manera en que sus integrantes se expresaron la hacen tema obligado de discusión acerca del papel de los órganos de impartición de justicia. Ello es así, sencillamente, por el enorme papel que los órganos de justicia están llamados a desempeñar en el modelo constitucional de nuestro tiempo, precisamente, el Estado Constitucional.

Desde finales de la segunda posguerra, no estamos más frente a una forma de Estado en el que las mayorías legislativas ordinarias estén en la posibilidad de determinar la totalidad del fenómeno político, ni muchos menos del social. Por el contrario, las mismas encuentran límites a su actuación que están determinados en las normas constitucionales.

Para que tales restricciones sean efectivas se requiere, a su vez, de órganos que puedan actualizarlas y, lo que es más importante, anular los actos o normas contrarios a la propia Constitución. El problema, que pareciera estar resuelto así en definitiva por contar con una parte conceptual y otra operativa, plantea de inmediato un nuevo problema, en tanto resulta difícil controlar al órgano que está llamado a llevar a cabo el control. Adicionalmente, y en la medida en que la Constitución cobra un sentido operativo y no ya retórico, aparece el problema de que la mayor parte de los conflictos que pueden llegar a darse en una sociedad terminarán relacionándose con la Constitución o, lo que es igual, tendrán que ser resueltos por el o los órganos llamados a mantener su supremacía.

La solución que evidencian los teóricos al respecto, desde hace varias décadas, y que en México comenzamos a construir, parece entonces adecuada: la Constitución es la norma suprema y los tribunales constitucionales sus custodios. Esta rápida respuesta plantea, sin embargo, un nuevo y complejo problema, precisamente aquel que se puso de manifiesto en la resolución *Bush vs. Gore:* ¿cuáles son los límites de los tribunales constitucionales? La primera respuesta que puede darse trata de destacar lo evidente: aquellos que marque la Constitución. Sin embargo, a la misma cabe formular una nueva: ¿cuáles son esos límites? La nueva respuesta comienza a ser más dificultosa, en tanto que, salvo concepciones simplistas, no puede sustentarse con gran fuerza la idea del objetivismo jurídico, es decir, la posición que supone que toda respuesta está dada de antemano en el texto, de forma que lo único que debe hacerse es leerlo con cuidado.

Con independencia de en dónde o cómo puedan identificarse los límites de la Constitución, no podemos desconocer un hecho fundamental del modelo de justicia Constitucional: los Tribunales o cortes están integrados por hombres. Por lo mismo, se hace necesario incorporar una nueva y compleja variable: ¿es posible suponer y constatar que los hombres, en tantos jueces, actúen con neutralidad, que se constituyan en meros "agentes" del derecho, que olviden su muy humano contexto? Hasta ahora, muchas respuestas se abordan en ese sentido. Desde los que aceptan la objetividad del Derecho, los que ven en él la realización de valores permanentes, quienes estiman que está compuesto por principios que necesariamente habrán de identificarse o sostienen tantas otras posiciones piensan que basta la dimensión normativa para comprender su funcionamiento.

Para quienes así piensan, el Derecho puede ser comprendido sin apelar a su positividad, es decir, al hecho de que las normas son puestas

por alguien, interpretadas por alguien y aplicadas por alguien. Esta ausencia de realismo permite suponer, entonces, un modelo de justicia Constitucional que se desarrolla por sí mismo, que genera soluciones para todo los casos y que, al hacerlo, se limita a asignar los bienes que de antemano están puestos de modo pacífico en la Constitución.

La sentencia *Bush vs. Gore*, como muchas otras que podríamos citar, incluso respecto de nuestro orden jurídico, dejan de manifiesto la falsedad del modelo de neutralidad-normativa de la justicia constitucional respecto a los que con cierta ambigüedad han dado en llamarse los "casos difíciles". Lo que las resoluciones apuntadas nos han mostrado es que, llegados ciertos extremos, los tribunales pueden olvidarse del entramado institucional en el que están inmersos, y solucionar los casos que les sean presentados con criterios diversos a la neutralidad-normativa. Se revela entonces el hecho determinante de la justicia constitucional, misma que puede expresarse parafraseando la frase de ***Von Clausewitz: la justicia constitucional es la continuación de la política por otros medios***. ¿Qué problema existe para aceptarlo si en *Bush vs. Gore*, los cinco integrantes designados por presidentes republicanos votan por el candidato del mismo partido y los cuatro restantes lo hacen por el demócrata? Este es el fondo del problema y de las especulaciones que le han sucedido.

5.2. Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos.

En los últimos años, Europa ha padecido el resurgimiento de ideologías y partidos xenófobos, racistas, nacionalistas, antieuropeos, incompatibles con la tolerancia y los derechos humanos.

Por su parte, los dirigentes políticos europeos registraron el problema. Así, en la Declaración de Viena de 9 de octubre de 1993, los

jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa advirtieron que los fenómenos de intolerancia:

> "Amenazan a las sociedades democráticas y a sus valores fundamentales y destruyen las bases de la construcción europea". El aumento de los flujos migratorios, el desempleo, las carencias educativas y culturales, y en ciertos casos, el desprestigio de los partidos tradicionales, favorece el auge de ideologías antidemocráticas. En su voto particular a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Jersild, de 23 de septiembre de 1994, los jueces Gölcüklu, Russo y ValticIos advirtieron que una gran parte de la juventud actual, e incluso de la población de cualquier edad, desamparada por las dificultades de la vida, el paro y la pobreza, está predispuesta a encontrar chivos expiatorios a sus problemas en los miembros de las minorías étnicas o religiosas a las que se les achaca todos los males."[391]

Por otro lado, determinados individuos de dichas minorías religiosas mantienen en ocasiones una actitud y un discurso claramente incompatible con el orden material de valores de la democracia constitucional.

En su polémico ensayo sobre la sociedad multiétnica, Sartori advirtió de la incompatibilidad entre la visión del mundo islámica (teocrática) y la occidental.[392]

En este contexto, Dalh argumentó que:

> "Probablemente bastaría una amplia minoría de antidemócratas violentos y militantes para destruir la

[391]http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000954/095414so.pdf, consultado el 23 de noviembre de 2011.
[392]SARTORI, Giovanni., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001, pág. 53.

> capacidad de un país para mantener sus instituciones democráticas".[393]

Los antidemócratas encontrarían en la pasividad de los demócratas su mejor aliado.

Por ello, y para hacer frente a estos riesgos, es preciso el esfuerzo de los ciudadanos para mantener viva la democracia. Y para ese propósito, innecesario debiera ser recordar que los partidos políticos desempeñan un papel fundamental.

Ahora bien, la defensa de la democracia Constitucional sólo es posible llevarla a cabo mediante partidos políticos democráticos, esto es, de formaciones cuyos programas políticos se identifiquen con el orden material de valores del constitucionalismo.

En este contexto, el propósito de este capítulo es responder al interrogante de si en el marco del Consejo de Europa tienen cabida todos los partidos políticos, incluidos aquellos que defiendan proyectos o sostengan ideologías incompatibles con la democracia y los derechos humanos, o si, por el contrario, del Convenio Europeo de Derechos del Hombre (1950) tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deduce un concepto de democracia militante que impide la existencia de partidos antidemocráticos o liberticidas.[394]

Para ello, por cuestión de metodología en el desarrollo del presente capítulo, seguiré el siguiente esquema.

---

[393]DAHL, Robert., *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, pág. 179.

[394] LAMPERT, P. (dir.), *Les partis liberticidas et la Convention européenne des droits de l´homme*, Bruselas, Bruylant, 2005; Dumont, H. *et al*. (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruselas, Bruylant, 2000.

En primer lugar, examinaré la noción de "sociedad democrática" contenida en el Convenio Europeo de Derechos del Hombre (CEDH). A continuación, analizaré el significado y alcance del artículo 11. 1, CEDH, que reconoce la libertad de asociación; del artículo 11. 2, CEDH, que establece cuáles son las restricciones legítimas al derecho en cuestión; y del artículo 17, CEDH, que contiene una cláusula de prohibición de abuso del derecho.

Con esas premisas, estudiaré la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la prohibición de partidos políticos, haciendo especial énfasis, por su trascendencia, en la sentencia relativa a la disolución del Partido de la Prosperidad por Turquía. Ello nos permitirá valorar críticamente la respuesta que el TEDH da a la pregunta: ***¿en qué momento es lícito —esto es, conforme con el CEDH— prohibir y disolver un partido político?***

- La noción de sociedad democrática en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH ha llevado a cabo una interesante interpretación del significado y alcance de los distintos derechos y libertades reconocidos en el CEDH. Entre los diversos criterios hermenéuticos utilizados, destaca el teleológico. El Tribunal interpreta los derechos reconocidos por el CEDH, desde la perspectiva de la finalidad que dicho texto persigue, a saber, la promoción de los valores de una sociedad democrática.[395] En este sentido, el Convenio ha merecido la denominación de Pacto Europeo de Defensa de

[395] Una magnífica visión de conjunto sobre el modelo europeo de sociedad democrática: Jimena Quesada, L., *La Europa social y democrática de derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

la Democracia, puesto que surgió como reacción al totalitarismo Nacional-Socialista que condujo a la Segunda Guerra Mundial.[396]

El CEDH hace varias referencias a la sociedad democrática. Igualmente, el Preámbulo y los artículos 1o. y 3o. del Estatuto del Consejo de Europa se refieren a la sociedad democrática. Sin embargo, ninguno de estos textos fundamentales contiene una definición de "sociedad democrática" ni de los elementos esenciales que constituyen dicho modelo de sociedad. El TEDH ha suplido esas carencias en su meritoria interpretación teleológica del CEDH. Como señaló en la sentencia de 7 de julio de 1989, en el caso *Soering:*

> "El Convenio debe interpretarse teniendo en cuenta su específico carácter de garantía de los derechos humanos y de las libertades fundamentales… El objeto y la finalidad de este instrumento de protección de la persona exigen que sus preceptos se interpreten y apliquen de manera práctica y efectiva… Además, cualquier interpretación de los derechos y libertades garantizados debe armonizarse con el espíritu general dirigido a amparar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática."[397]

¿Qué modelo de sociedad democrática es el contemplado en el CEDH? El TEDH ha elaborado una doctrina sobre los caracteres, componentes y exigencias de una sociedad democrática. Su comprensión resulta fundamental para afrontar el tema de la prohibición de partidos,

[396] Una visión completa y rigurosa del sistema de derechos del CEDH, integrada a su vez en el marco europeo general: Jimena Quesada, L., *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.

[397] Desde el 1o. de noviembre de 1998, fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional número 11, de 11 de mayo de 1994 el TEDH es el único órgano jurisdiccional con competencia para decidir si se han violado los derechos reconocidos en el sistema del CEDH. Este órgano jurisdiccional tiene carácter permanente y su jurisdicción es obligatoria tanto respecto de las demandas interestatales como de las individuales.

puesto que esta medida sólo tiene, en el marco del CEDH, una justificación posible: la defensa de dicho modelo de sociedad.

El TEDH ha indicado que los caracteres esenciales de la sociedad democrática contemplada en el CEDH **son el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura.** El pluralismo se configura, en cierta forma, como elemento omnicomprensivo de los demás. El pluralismo reconocido en el CEDH tiene una triple dimensión:

a) pluralismo de comportamientos (artículo 8°.),
b) pluralismo de ideas (artículos 9°. y 10)
c) pluralismo institucional, como la posibilidad del individuo de participar en grupo en la vida pública a nivel sindical y político (artículo 11).

El Estado debe ser el último garante del pluralismo en todos los ámbitos. Este pluralismo ampara en principio no sólo las ideas y opiniones recibidas favorablemente, con indiferencia, o consideradas inofensivas, sino también:

> "A aquellas que ofenden, chocan o molestan al Estado o a una parte de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática".[398]

Ahora bien, como veremos después, para el TEDH estas exigencias no son valores absolutos, salvo que se entienda que la tolerancia exige tolerar lo intolerable. Tesis esta que no encuentra amparo ni en el CEDH ni en la jurisprudencia del TEDH. Antes al contrario, y como subraya García San José.

[398] STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside vs. Reino Unido*, párrafo 49.

> "Al tener su razón de ser en el mismo concepto de sociedad democrática, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura estarían supeditados a la salvaguardia de los valores que esta representa. Expresado en otros términos, la democracia no debe servir para destruir la democracia". El TEDH asume la idea de una "democracia apta para defenderse".[399]

Caracterizada así la sociedad democrática, ante todo y sobre todo como una sociedad pluralista, el TEDH ha deducido de ello cuáles son los tres componentes esenciales de la misma:

1) La preeminencia del derecho,
2) La libertad de expresión
3) La libertad del debate político.

En el marco del CEDH, el principio de preeminencia del derecho implica que las injerencias del Poder Ejecutivo (Gobierno y administración) en el ejercicio de los derechos individuales de las personas deben estar sujetas a un control efectivo que, al menos en última instancia, debe corresponder al Poder Judicial, ya que el control judicial es el que ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento adecuado.[400] En segundo lugar, el TEDH sostiene acertadamente que:

> "La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las

[399] GARCÍA, San José, D. I., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Análisis de la interpretación y aplicación por el TEDH de la cláusula "necesaria en una sociedad democrática"*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, págs. 37 y 38.
[400] STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass* y otros, párrafo 55.

> condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres".[401]

Finalmente, la libertad del debate político es el tercer componente de la sociedad democrática. Así, en su sentencia de 8 de julio de 1986 en el caso *Lingens*, el TEDH sostiene que "la libertad del debate político está en el mismo corazón del concepto de sociedad democrática que impregna todo el Convenio".

En similares términos, el TEDH afirma que:

> "Las elecciones libres y la libertad de expresión, en particular la libertad del debate político, constituyen la base de todo régimen democrático. Los dos derechos son interdependientes y se refuerzan mutuamente: por ejemplo, como ha señalado el Tribunal en el pasado, la libertad de expresión es una de las condiciones que aseguran la libre expresión del pueblo sobre la elección del cuerpo legislativo. Por este motivo, es particularmente importante permitir la libre circulación de opiniones e informaciones de todo orden en periodo preelectoral".[402]

De todo lo anterior, el TEDH deduce como lógico corolario el deber genérico que asumen todos los Estados parte del CEDH de permitir el debate público sobre cuestiones políticas o sobre cualquier asunto de interés general. Este deber sólo puede ser cumplido a través de una garantía efectiva de la libertad de expresión en general y de la libertad de prensa en particular e implica para los Estados una doble exigencia: de

[401] *Ibídem* pág. 65.
[402] STEDH de 19 de febrero de 1998, caso *Bowman c. Reino Unido*, párrafo 42.

carácter negativo (no obstaculizar la libertad de expresión) y de carácter positivo (facilitarla).[403]

En este contexto se ubica la libertad de asociación reconocida en el artículo 11 del CEDH. En conexión con la Libertad de Expresión (artículo 10), se configura como un elemento esencial para garantizar el pluralismo de la sociedad democrática.

5.2.1. Casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*European Court of Human Rights*) en materia de derechos político – electorales.

a) La libertad de asociación. Artículo 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El artículo 11. 1 del CEDH reconoce la libertad de asociación —junto con la de reunión— en los siguientes términos:

> "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

En el ámbito material protegido por este derecho se encuentra la libertad de asociación política, esto es el derecho de fundar partidos y de afiliarse a ellos.

La jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 11 ha dado lugar a una doctrina clara y reiterada sobre la posición de los partidos políticos en una

[403] STEDH de 24 de noviembre de 1993, caso *Informations verein Lentia y otros c. Austria*, párrafo 38.

sociedad democrática.[404] Según el alto Tribunal sólo son compatibles con el CEDH los partidos políticos que defiendan proyectos respetuosos de la democracia y los derechos humanos, y que lo hagan por medios igualmente democráticos.

Esta doctrina viene desarrollada y explicada con detalle en la sentencia del caso *Partido de la Prosperidad vs. Turquía* que, por su trascendencia, expondremos después. Basta ahora dejar constancia de lo señalado por los jueces en el párrafo 46 de la sentencia, en donde se sintetiza de manera ejemplar la doctrina en cuestión:

> "El Tribunal entiende que un partido político puede pretender el cambio de la legislación o de las estructuras legales y constitucionales de un Estado bajo dos condiciones: 1) Los medios utilizados a tal fin deben ser legales y democráticos sin lugar a dudas; 2) El cambio que se pretende debe ser asimismo compatible con los principios democráticos. De donde se deriva forzosamente que un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o auspicien un proyecto político que no respete alguna o algunas de las reglas de la democracia, que aspire a la destrucción de la misma o menoscabe los derechos y libertades que esta última consagra, no pueden pretender que el Convenio le proteja contra las sanciones que se le hayan impuesto por cualquiera de esos motivos."[405]

Según el TEDH, en una sociedad democrática es legítimo defender cualquier proyecto político, siempre que este sea respetuoso con los valores de aquella, y que dicha defensa se lleve a cabo por métodos

[404] BERGER, V., *Jurisprudente de la Cour Européenne des Droits de l`Homme*, 10a. ed., París, Sirey, 2007. Esta obra es considerada como una de las mejores compilaciones acerca de la jurisprudencia del TEDH. En concreto, sobre el artículo 11, págs. 617-639.
[405] Véase: párrafo 46. Esta doctrina tiene su punto de arranque en el primer caso que tuvo que resolver el Tribunal; sentencia *Lawles vs. Irlanda* de 1o. de julio de 1961.

democráticos. Esta doctrina se proyecta indistintamente sobre la libertad de asociación política y sobre la libertad de expresión.

Ahora bien, importa subrayar que un partido que pretenda alterar la estructura del Estado no es por ello mismo incompatible con la democracia, siempre y cuando la nueva estructura pretendida sea también democrática. Esta tesis sirvió al Tribunal para condenar a Turquía por la disolución del Partido Socialista Turco en su Sentencia de 25 de mayo de 1998. Turquía ilegalizó el citado partido por la inclusión en su programa del derecho de autodeterminación. El Tribunal sentenció:

> "El hecho de que un proyecto político sea incompatible con los principios y estructuras actuales del Estado turco, no lo convierte en incompatible con las reglas democráticas. Pertenece a la esencia de la democracia permitir la proposición y discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que cuestionan el modo de organización actual del Estado, siempre y cuando los mismos no supongan un ataque a la democracia misma".[406]

A contrario sensu, los proyectos que supongan "un ataque a la democracia misma" no pueden beneficiarse de la protección del CEDH.

El primer caso de no amparo de la libertad de expresión y del derecho de asociación a una formación política, por su rechazo y negación de los valores y principios de la sociedad democrática, fue el que tuvo por objeto examinar la legitimidad de la disolución del Partido Comunista de Alemania.

La Comisión de Derechos Humanos, en su decisión de 20 de julio de 1957, no admitió la demanda puesto que consideró probado que el partido

[406] *Véase*: párrafo 47.

en cuestión tenía como fin establecer en la sociedad el orden social comunista por la vía de la revolución proletaria y la dictadura del proletariado y que a pesar de que su actividad actual estaba dirigida a la conquista del poder únicamente por los medios constitucionales que le ofrece la Ley Fundamental de la RFA, no resultaba ninguna renuncia a sus fines tradicionales. Por ello, a juicio de la Comisión y en virtud del artículo 17 del Convenio, dicho partido es incompatible con él.

Esta decisión, como ha subrayado Sudre, se sitúa en un contexto histórico determinado: la Guerra Fría. Hace cincuenta años, el comunismo soviético era considerado la principal amenaza para las democracias occidentales. Por esta razón, la Comisión de Derechos Humanos realizó:

> "Una interpretación extensiva muy discutible del artículo 17 que parece significar que la ideología del CEDH es incompatible con la existencia de partidos comunistas en los países de la Europa occidental".[407]

El carácter dinámico y evolutivo de la interpretación del Convenio ha dejado sin efecto esa doctrina. Desaparecido el bloque soviético y habiendo aceptado los partidos comunistas los principios de la democracia constitucional, ninguna incompatibilidad existe a priori entre ellos y el CEDH. Así lo ha señalado expresamente el TEDH en dos importantes sentencias:

a) En la sentencia de 30 de enero de 1998, caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros vs. Turquía, se enjuició la disolución por el Tribunal Constitucional turco del mencionado partido por incluir en su denominación el calificativo de "comunista". El TEDH falló que Turquía había violado el Convenio porque la decisión del Tribunal Constitucional de

[407]SUDRE, F., *Droit internacional et européen des Droits de l´Homme*, 3a ed., París, Puf, 1997, pág. 156.

Turquía se produjo antes de que el partido iniciara su actividad y porque el mero nombre del partido no puede bastar para justificar una medida tan radical como la disolución, a falta de otras circunstancias.

b) En la más reciente sentencia de 3 de febrero de 2005, caso *Partido Comunista Rumano y otros c. Rumania*, el TEDH declara que la negativa del Gobierno rumano a la inscripción de dicho partido carece de justificación. Y ello porque no hay incitaciones a la violencia, ni a la dictadura del proletariado, e incluso se recogen críticas respecto al antiguo partido comunista respecto del que se marcan distancias.

Sea de ello lo que fuere, lo que importa es subrayar la vigencia de la doctrina de fondo, esto es de los principios subyacentes en aquella decisión: los proyectos políticos o ideológicos que supongan "*un ataque a la democracia misma*" no pueden beneficiarse de la protección del CEDH. Esta doctrina se ha aplicado y se aplica a la ideología nacional-socialista, a la defensa del terrorismo como forma de lucha política, y al integrismo o fundamentalismo religioso. Desgraciadamente, se trata de tres amenazas reales y ciertas a las sociedades democráticas de los inicios del tercer milenio.

a) Son abundantes los pronunciamientos sobre la ideología nacional-socialista. El TEDH ha reiterado en numerosas ocasiones que la difusión del nazismo no está amparada por el artículo 10 del CEDH. El rotundo rechazo de las ideologías antidemocráticas se ha subrayado en la STEDH *Lehideux e Isorni* de 23 de septiembre de 1998:

> "No existe ninguna duda que al igual de que cualquier otra propuesta dirigida contra los valores que defiende el Convenio[408].

De la misma forma, el TEDH ha señalado que los proyectos políticos, ideologías y mensajes de naturaleza racista o xenófoba no merecen la protección del CEDH. Así, por ejemplo, en su sentencia Ibrahím Aksoy de 10 de octubre de 2000, el Tribunal afirma que:

> "Las declaraciones tendentes a incitar a la sociedad al odio racial no pueden beneficiarse del artículo 10 del CEDH".

b) También abundan los pronunciamientos sobre proyectos o ideologías que defienden el terrorismo como método político. Así en la sentencia sobre el Partido Comunista Unificado de Turquía de 30 de enero de 1998, el TEDH recuerda que una de las características de la democracia es la solución de los conflictos por medios pacíficos. Las diferencias se resuelven mediante la razón y la palabra, nunca mediante el recurso a la violencia: Para el Tribunal, una de las principales características de la democracia reside en la posibilidad que ofrece de resolver mediante el diálogo y sin el recurso a la violencia los problemas con los que se enfrenta un país.

Para el TEDH, el terrorismo es un mal que ha de ser combatida.

> "La victoria sobre el terrorismo es un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática".[409]

---

[408]Véase *mutatis mutandis*, la sentencia Jersild contra Dinamarca de 23 de septiembre de 19994, serie A, núm. 298, pág. 25, párrafo 35 la justificación de una política pronazi no puede beneficiarse de la protección del artículo 10.

[409] Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el caso Betty Purcell y otros contra Irlanda, de 16 de abril de 1991.

La justificación del terrorismo no tiene cabida en el CEDH, y un partido que lo justificase resultaría incompatible con él. Ahora bien, como afirma Ulrich Pieper:

> "Pocas veces justifican los partidos políticos abiertamente el recurso a la violencia en sus programas políticos. Más bien, según demuestra la experiencia, la violencia se verá justificada indirectamente en las declaraciones o mensajes individuales de sus portavoces o mediante el apoyo a grupos que recurren a ella o la amparan".[410]

c) Finalmente, el TEDH tampoco ampara los proyectos políticos o ideologías religiosas integristas o fundamentalistas. En relación con esto resulta fundamental la sentencia resolutoria del caso Partido de la Prosperidad contra Turquía que, por su trascendencia, examinaremos después. En esa sentencia se recoge con detalle la doctrina del TEDH sobre los requisitos que un Estado debe cumplir para prohibir o disolver un partido político sin violar el CEDH, esto es, sobre el significado y alcance del segundo apartado del artículo 11 del CEDH.

Restricciones legítimas a la libertad de asociación. (Artículo 11.2 Convenio Europeo de Derechos del Hombre)

El artículo 11. 2 del CEDH establece lo siguiente:

El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la

[410]ULRICH, Pieper, S., *Partidos políticos y apología de la violencia*, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001, pág. 288. Véase un riguroso examen de la jurisprudencia reciente en Magdaleno, A., "Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, págs. 181-223.

protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del estado.

El tenor literal de este precepto nos pone de manifiesto que el derecho que nos ocupa no es un derecho de protección absoluta o cuasi absoluta, sino de protección relativa, en la medida en que puede ser legítimamente objeto de restricciones.[411] Las restricciones que los Estados puedan tomar respecto a los derechos, llegado el caso, no están orientadas a preservar al Estado y la sociedad en sí, sino al Estado y a la sociedad democráticas.

Aun siendo un tratado de protección de derechos y libertades individuales, el CEDH reconoce expresamente la necesidad de salvaguardar los intereses generales de la comunidad. Como subraya el profesor Carrillo Salcedo, dichos intereses son:

> "Tan legítimos como los de los individuos en los Estados democráticos".[412]

Para lograr el equilibrio necesario entre el respeto a los derechos individuales y a los intereses generales, el TEDH construye y desarrolla su doctrina del "margen de apreciación nacional de los Estados".[413]

---

[411] Véase esta clasificación de los derechos según el nivel de su protección en Delmas-Marty, M. (ed.), *Raisonner la raisond´Etat: vers une Europe des droits de l´Homme*, París, Puf, 1989, pp. 11 y ss.; Sudre, F., *Op. Cit*., nota 19, págs. 177 y ss.

[412] CARRILLO, Salcedo, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, págs. 91.

[413] STEDH de 21 de febrero de 1990, *caso Powell y Rainer c. Reino Unido*; STEDH de 24 de octubre de 1991, casos *The Observer y The Guardian c. Reino Unido y Sunday Times c.* reino Unido; STEDH de 26 de febrero de 2002, caso Fretté c. Francia. El estudio de la jurisprudencia del TEDH y la comprensión del verdadero significado de esta nos exige tomar como punto de partida la naturaleza jurídica del TEDH. El TEDH no es un tribunal constitucional europeo, sino un tribunal internacional instituido por un Tratado. Esa naturaleza es la que explica y justifica la coexistencia en su doctrina de dos tendencias u

En el contexto de los límites de algunos de los derechos reconocidos en el Convenio el TEDH reconoce que, por estar más próximo a las realidades nacionales, los Estados tienen un mejor conocimiento de la situación política interna y de sus particularidades que un órgano internacional. Por ello, el TEDH les reconoce un margen de apreciación variable en función de las circunstancias, materias y contexto de cada caso.[414]

Este margen opera, sobre todo, en aquellas cuestiones en las que no existe un consenso europeo. En materia de partidos políticos, por estar en cuestión el pluralismo, el margen de apreciación de los Estados, como veremos a continuación, es estrecho, pero existe.

Con esta doctrina, el TEDH lleva a cabo una autolimitación de su jurisdicción basada en el mejor conocimiento que cada Estado demandado tiene de su propia realidad interna, jurídica, social y política. Ahora bien, como advierte Marc-André Eissen, antiguo secretario del TEDH, una cosa es reconocer ese dato y otra diluir la efectividad del CEDH en una excesiva pluralidad de situaciones particulares.[415] Y es que, si se desorbita, "la doctrina del margen de apreciación puede llegar a poner en cuestión la

---

orientaciones: una, favorable a la soberanía de los Estados miembros, que se traduce en una posición de autocontrol por parte del Tribunal respecto al alcance de su jurisdicción; otra, más progresiva y activista, favorecedora de la protección de los derechos, que le lleva a restringir el ámbito de las competencias del Estado.

[414] Invocando el carácter variable del margen de apreciación de los Estados, el TEDH modificó su jurisprudencia relativa a personas transexuales (justificada hasta el 2002 en el amplio margen de apreciación concedido a los Estados en una materia tan controvertida). Si hasta entonces el TEDH no vio violación del derecho al respeto de la vida privada y a contraer matrimonio en la negativa de las autoridades británicas a modificar el Registro Civil en el que sólo consta el sexo de la persona en el momento del nacimiento, a partir de las STEDH de 11 de julio de 2002 (casos Christine Goodwin c. Reino Unido e I. c. Reino Unido) el Tribunal entiende que, si bien el número de Estados parte que autorizan el matrimonio de transexuales bajo su nueva identidad es inferior al de Estados que no reconocen tal posibilidad, ello no significa que los Estados puedan regular esta cuestión exclusivamente en el marco de su margen de apreciación.

[415] EISSEN, M. A., El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 82

esencia misma del CEDH, su dimensión constitucional de un orden público europeo de los derechos humanos".

En todo caso, si bien el TEDH reconoce que los Estados gozan de este margen de apreciación, lo cierto es que se atribuye a sí mismo siempre la facultad de juzgar si las medidas concretas con que se efectúa la intervención estatal están justificadas y son proporcionadas.

En el caso que nos ocupa —la libertad de asociación—, el TEDH ha interpretado restrictivamente sus límites, reduciendo así el margen de apreciación estatal. Y ello porque la libertad de asociación política en cuanto instrumento esencial para garantizar el pluralismo es un elemento esencial de la sociedad democrática. En este sentido, el TEDH sostiene que la democracia exige una defensa a ultranza del pluralismo, razón por la cual "el margen de apreciación del Estado a la hora de disolver un partido político debería ser estrecho, dado que el pluralismo de ideas y de partidos resulta inherente a la democracia". Con estas premisas hay que interpretar el significado del artículo 11. 2 del CEDH.

Pero establecido esto, se reconoce con la misma claridad que la cláusula con las limitaciones al ejercicio del derecho de asociación contenida en el apartado segundo del citado artículo 11 no es un precepto meramente decorativo, esto es inútil. Y por ello el Tribunal sostiene que, como mecanismo excepcional de defensa de la democracia, se puede prohibir y disolver un partido que ponga a aquella en peligro, esto es, el TEDH afirma que hay partidos que, bien por los medios que empleen o por los fines que persigan, quedan fuera de la protección del CEDH. En estos casos, no se trata sólo de que el Estado en cuestión pueda disolverlos sino de que, al hacerlo, está cumpliendo con una obligación positiva de defensa de la democracia derivada del propio CEDH.[416]

[416] *Véase*: Partido de la Prosperidad y otro vs. Turquía, párrafo 103.

Tres son los requisitos que toda injerencia en cualquiera de los derechos protegidos por el Convenio debe cumplir para ser legítima:

a) Debe estar prevista por la ley,

b) Debe estar justificada para alcanzar fines concretos y predeterminados,

c) Debe ser "necesaria en una sociedad democrática".

El TEDH ha elaborado una doctrina completa en la que se precisa el alcance de estos requisitos:

a) En primer lugar, la injerencia debe estar prevista en la ley. Esta exigencia no debe identificarse simplemente con una remisión al Derecho interno del Estado. La ley debe ser pública, accesible y previsible. La accesibilidad se da por satisfecha con la publicación de la norma por los cauces habituales. La previsibilidad exige algo más. Debe tratarse de una norma dotada del suficiente grado de precisión para que el ciudadano pueda ajustar a ella su conducta y prever las consecuencias de sus acciones. La norma debe ser clara en sus términos para el ciudadano y para el aplicador jurídico. En palabras del TEDH, en su sentencia de 25 de junio de 1997, caso *Halford vs. Reino Unido:*

> “Esta expresión (previsto por la ley) impone no sólo el respeto del derecho interno, sino que concierne también a la calidad de la ley, que debe ser compatible con la preeminencia del Derecho. Cuando se trate de medidas secretas de vigilancia o de interceptación de comunicaciones por las autoridades públicas, la ausencia de control público y el riesgo de abusos de poder implican que el derecho interno deba ofrecer al individuo una cierta protección contra las injerencias arbitrarias en los derechos garantizados por el

> artículo 8°. Es así que la ley debe usar términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita para tomar tales medidas secretas."

Establecido esto, debemos señalar que proyectado sobre las limitaciones a la libertad de los partidos este requisito tiene escaso interés. El TEDH se limita a exigir que la medida de prohibición del partido sea "previsible", con el concurso del adecuado asesoramiento legal, para los posibles afectados. Por lo que se refiere a la disolución de un partido político, el TEDH estableció que:

> "Ni siquiera exige que la norma en cuestión estuviera en una disposición escrita" y acepta también que se trate de una norma de alcance genérico, como puede ser un precepto constitucional sin desarrollo legislativo alguno.[417]

b) En segundo lugar, la injerencia debe justificarse en atención a un fin concreto y determinado. En relación a este segundo requisito, debemos decir que no resulta difícil a los Estados convencer al TEDH de que la finalidad que motivó su injerencia en el ejercicio del Derecho se corresponde con alguno de los previstos en el párrafo segundo del artículo en que se enuncia el Derecho. Los Estados han sido siempre capaces de persuadir al Tribunal de que su actuación estaba dirigida a la consecución de un fin legítimo.

Ello resulta fácilmente comprensible habida cuenta que aunque se trate de una relación con carácter exhaustivo, su grado de indeterminación es muy amplio. Además, frecuentemente, los Estados demandados alegan varios de estos fines para justificar su intervención. Esto ha sido criticado

[417] RODRIGUEZ, A., La declaración de inconstitucionalidad de Batasuna y la CEDH, en Montilla Martos, J. A. (coord.), *La prohibición de partidos políticos*, Almería, Universidad de Almería, 2004, pág. 220.

por algunos autores que señalan cómo el requisito de "fin legítimo" ha dejado de ser un límite a las facultades de injerencia estatal para convertirse en una vía de escape de las obligaciones derivadas del CEDH. En todo caso, lo cierto es que con independencia del fin que se alegue, corresponde al TEDH decidir sobre si la injerencia en cuestión está o no justificada. Y para tomar dicha decisión resulta crucial el examen del cumplimiento del tercer requisito, a saber, si la injerencia es una medida necesaria en una sociedad democrática.

c) La cláusula "***necesario en una sociedad democrática***" es expresión de la doble lógica que subyace en el CEDH, esto es, tendente a respetar tanto la soberanía del Estado como los derechos de las personas. Dicha cláusula permite lograr el necesario equilibrio entre ambos.

Desde su función armonizadora, la cláusula permite respetar el pluralismo de tradiciones y ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, mientras que utilizada en sentido uniforme, informa el orden público europeo en materia de derechos humanos. En la sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside vs. Reino Unido*, el TEDH estableció que la cláusula "necesaria en una sociedad democrática" consta de dos elementos:

a) Por un lado, una "necesidad social imperiosa" que justifique la injerencia o limitación de la libertad;
b) Por otro, la "proporcionalidad" de la limitación. La injerencia debe ser proporcional al legítimo fin que se persigue.[418]

El TEDH delimita el concepto de "necesidad" desde una perspectiva negativa, esto es, precisando lo que no debe entenderse por "necesario" en el contexto del CEDH: "Necesario no es sinónimo de `indispensable´, ni

[418] Véanse: párrafos 48, 49 y 50. STEDH de 20 de mayo de 1999, caso *Bladet Tromso y Stensaas*, párrafos 42.

tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como `admisible´, `normal´, `útil´, `razonable´ o `deseable´".

La necesidad supone para el TEDH la existencia de "una necesidad social imperiosa" que no puede ser establecida en términos absolutos,[419] sino en función de determinados factores o circunstancias como la naturaleza del derecho afectado, del interés protegido y del grado en que requería protección.

Corresponde a los Estados apreciar esta necesidad: "las autoridades nacionales por su directo y continuo contacto con las fuerzas vitales de sus países están en mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre la necesidad de una injerencia".[420]

Ahora bien, el margen con el que cuentan para valorar la necesidad de la injerencia no es ilimitado y está sujeto al control del Tribunal. Por lo que se refiere al segundo elemento de la cláusula, la proporcionalidad de la injerencia al fin perseguido exige que las decisiones de las autoridades nacionales limitadoras del derecho se basen en una valoración aceptable de los hechos relevantes de modo que se mantenga un justo equilibrio entre el derecho del individuo y el interés legítimo perseguido por el Estado.[421] El principio de proporcionalidad es el principal factor corrector del margen de apreciación nacional de los Estados.[422]

---

[419] STEDH de 26 de noviembre de 1991, caso *The Observer y The Guardian*, párrafo59.
[420] STEDH de 25 de septiembre de 1996, caso *Buckley vs. Reino Unido*.
[421] STEDH de 23 de septiembre de 1994, caso Jersild *vs*. Dinamarca, párrafo 31.
[422] Su aplicación a la interpretación de los límites a la libertad de expresión (artículo 10, CEDH) ha sido decisiva, y en ocasiones, desafortunada. Tal es el caso, por ejemplo, de la STEDH, caso *Jersild*, *Cit*., en la que ante una multa impuesta a un periodista, por difundir en televisión en horas de gran audiencia mensajes racistas y xenófobos, el TEDH hizo prevalecer la libertad de expresión del periodista sobre la obligación del Estado de prohibir la discriminación racial. García San José, D. I., "La libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH: un análisis crítico", *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000, págs. 13-30.

- **El abuso del derecho y los límites a la tolerancia. (Artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre).**

Además de estas limitaciones específicas a la libertad de asociación, previstas en el segundo apartado del artículo 11, están las limitaciones genéricas del artículo 17 del CEDH cuyo objeto es prohibir el abuso del derecho.

El artículo 17 establece lo siguiente:

> "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo."

El objetivo del precepto es claro. Se trata de impedir la utilización de las disposiciones del Convenio precisamente para llevar a cabo la destrucción de los derechos en él reconocidos. En este sentido, y como nos recuerda Cohen-Jonathan, su finalidad no es otra que:

> "Preservar el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición necesaria para la aplicación y el respeto de los derechos humanos".[423]

En su Sentencia del caso *Lawless* de 1o. de julio de 1961, el TEDH dejó muy claro el sentido del artículo 17:

[423] COHEN Jonathan, G., *La Convention Européenne des Droits de l`Homme*, París, Económica, 1989, pág. 553

"Considerando que, en opinión del Tribunal, el propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o individuos, impide que se reconozca en su favor un derecho a llevar a cabo actos destinados a la destrucción o que de cualquier manera perjudiquen los derechos y libertades recogidos en el Convenio; que consiguientemente nadie puede intentar beneficiarse de las disposiciones del Convenio, en aras a llevar a cabo actos destinados a destruir aquellas.

Desde esta perspectiva, el artículo 17 se configura como un baluarte para impedir que grupos totalitarios invoquen en su favor los preceptos del Convenio. En este sentido, Cohen-Jonathan subraya acertadamente que ello pone de manifiesto que en el CEDH:

Hay límites a la intolerancia. La Segunda Guerra Mundial se analiza una clave jurídica antes que nada como una cruzada a favor de los derechos humanos.

En este sentido, el CEDH fue concebido para garantizar la existencia de una sociedad nacida de la liberación: la sociedad democrática, que ha de ser absolutamente salvaguardada pues es la condición sine qua non del respeto de los derechos humanos, sin exclusión, ni discriminación.

Ello quiere decir que la utilización del derecho de asociación política para acabar con el sistema democrático es un abuso del derecho. El CEDH establece así límites claros a los partidos antidemocráticos. Dicho con otras palabras, establece límites a la tolerancia".[424]

[424] COHEN Jonathan, G., "*Observations a la STEDH Lihidieux e Isorni de 23-IX-1998. L´apologie de Pétain devant la Coureuropéenne des droits de l´homme*", *RevueTrimestrielle des Droits de l`Homme*, núm. 38, 1999, pág. 370. En el mismo sentido y en relación también con la aplicación de esta cláusula a la libertad de expresión,

Y es que, como bien advierte Bobbio, es preciso distinguir las dos facetas de este concepto:

> "Tolerancia en sentido positivo se opone a la intolerancia, religiosa, política, racial, es decir, a la indebida exclusión de lo diferente. Tolerancia en sentido negativo, se opone a la firmeza en los principios, es decir a la justa o debida exclusión de todo aquello que puede acarrear daño al individuo o a la sociedad". [425]

A la intolerancia, esto es a las ideologías y proyectos políticos antidemocráticos, no se puede responder con una tolerancia en sentido negativo. Esto es lo que hacen los defensores de la tesis de que hay que garantizar también la libertad de los enemigos de la libertad. Como nos recuerda el maestro italiano, estos últimos, los defensores de la intolerancia, se valen del sentido negativo (de la tolerancia) para denigrarlos.

En todo caso, como vamos a ver, el TEDH no suele recurrir a este precepto, y suele limitarse al examen de las limitaciones específicas del artículo 11.2.[426]

Waschmann sostiene que "no pueden pretender beneficiarse de la libertad de expresión los que la utilizan de una manera perversa. En la medida en que la finalidad de la libertad de expresión es favorecer una toma de decisión racional coherente con la existencia pacífica de diferentes voluntades individuales y de diferentes grupos existentes en el seno de la sociedad, unas declaraciones inspiradas por impulsos irracionales y dirigidas agresivamente contra otros participantes en el debate público están en contradicción con el sistema y no pueden tener, en el sentido literal del término, derecho de entrada". Waschmann, P., "*Liberté d´expression et negationnisme", Revue Trimestrielle des Droits de l´Homme,* núm. 46, 2001, pág. 593

[425]BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, págs. 250 y 251.

[426]En ese sentido, la Comisión de Derechos Humanos en el primer supuesto en el que se enfrentó a la disolución del Partido Comunista de Alemania en 1957. Poirmeur, Y. y Rosenberg, D., *Droiteuropéen des partispolitiques*, París, Elipses, 2007, págs. 71-78. En mi opinión, esta infrautilización del artículo 17 es muy discutible. Así, por ejemplo, no se comprende por qué frente a cualquier amenaza de implantar la *Sharia* o Ley Islámica no se

5.2.1.1. Caso *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, de 13 de febrero de 2003.

La doctrina del TEDH sobre la prohibición de partidos políticos se ha ido desarrollando, básicamente, a través de la resolución de las frecuentes demandas interpuestas contra Turquía. En los últimos años de la pasada centuria se habrían prohibido en Turquía quince partidos políticos. De ellos, cuatro recurrieron al TEDH.

Las tres primeras sentencias resultaron condenatorias para Turquía: sentencia del caso "Partido Comunista Unificado de Turquía" (30 de enero de 1998); sentencia del caso "Partido Socialista contra Turquía" (25 de mayo de 1998); sentencia del caso "Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía" (8 de diciembre de 1999).[427]

Las tres sentencias citadas concluyeron afirmando que Turquía había violado el Convenio y rechazaron la pretensión del gobierno turco de que el artículo 11 de aquel no era aplicable al caso por no aludir a los partidos políticos. La primera de las sentencias realizó una defensa a ultranza del pluralismo como elemento esencial de una sociedad democrática que se reitera en todas y cada una de las sentencias posteriores sobre el tema. Ahora bien, en los tres casos mencionados se trataba de pequeños partidos de muy escasa implantación.

El Tribunal hubo de enfrentarse nuevamente al tema en un supuesto cualitativamente diferente. Ya no se trata de la prohibición de un partido

---

responde con la aplicación del artículo 17. El Gobierno y el Tribunal Constitucional turco lo invocan con frecuencia, pero el TEDH rechaza su aplicación.

[427] STEDH de 9 de abril de 2002 sobre el Partido del Trabajo y del Pueblo; STEDH de 10 de diciembre de 2002, Yazar y otros y el Partido del Trabajo del Pueblo; STEDH de 12 de noviembre de 2003, caso Partido Socialista de Turquía. Se condena a Turquía porque según el TEDH no queda probado que el partido incite a la violencia; STEDH de 31 de mayo de 2005, caso *Emek Partisi* y *Senol*. En este supuesto se vuelve a condenar a Turquía por llevar a cabo la disolución con el único argumento de que en su programa defendía la segregación de los kurdos.

minoritario, sino de la disolución de un partido de Gobierno: el *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad, en adelante RP).

Efectivamente, el RP era el primer partido político turco. Contaba con más de cuatro millones de miembros. En las elecciones legislativas de 1995 obtuvo el 22% de los sufragios (lo que le reportó el mayor número de escaños en la Asamblea Nacional, 158 de 450), y en las municipales de 1996, el 35%. En 1996 accedió al poder en coalición con el Partido de *la Vía Justa.* Ello no impidió que el Fiscal del Tribunal de Casación instara y lograra del Tribunal Constitucional, la disolución del RP.

La sentencia del caso *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, de 31 de julio de 2001[428] reviste un interés extraordinario porque desarrolla con rigor y detalle la doctrina del alto tribunal sobre la posición de los partidos en una sociedad democrática. En esta importantísima resolución se exponen cuáles son los límites que, desde la perspectiva del Convenio Europeo, se pueden (y se deben) imponer a la actividad y a los fines de los partidos políticos.

La sentencia es fundamental para comprender el significado y alcance de la libertad religiosa (artículo 9a.), la libertad de expresión (artículo 10), la libertad de asociación (artículo 11), y la prohibición de discriminación (artículo 14). Por otro lado, aborda también las consecuencias que se derivan de la prohibición de abuso del Derecho (artículo 17) y de la limitación en el uso de las restricciones de derechos (artículo 18). Por tanto, dado el objeto de nuestro estudio, vamos a centrar nuestra atención en los límites a la libertad de asociación.[429]

[428] Obsérvese que la sentencia fue dictada antes del aciago 11 de septiembre de 2001. Lo subrayo para despejar cualquier duda relativa a la influencia de aquellos trágicos acontecimientos sobre el ánimo del Tribunal.
[429] Es lo que también hace el TEDH al limitarse a enjuiciar la compatibilidad del Partido disuelto con el artículo 11.

En concreto, el Tribunal debe responder al siguiente interrogante: ***¿puede un partido político pretender imponer en una sociedad unas medidas religiosas incompatibles con el Estado democrático?*** Si la ideología del partido resulta incompatible con los principios y valores que fundamentan el Convenio, ¿puede dicho partido buscar amparo en la libertad de asociación por aquél garantizada?

El punto de partida del proceso que nos ocupa es, como hemos dicho, la disolución del Partido de la Prosperidad por sentencia del Tribunal Constitucional de Turquía de 16 de enero de 1998, que puso fin a un procedimiento desarrollado según las previsiones del ordenamiento jurídico turco.[430]Frente a dicha sentencia, se presentaron cuatro demandas a la entonces todavía Comisión de Estrasburgo: una del propio partido y otras tres de destacados dirigentes del mismo. Posteriormente, el TEDH acumuló las cuatro demandas.

Desde un punto de vista sustantivo, el proceso girará en torno al principio de laicidad del Estado.[431] Y ello por la sencilla razón de que es este principio el que fundamenta la decisión del Tribunal Constitucional de Turquía. En el ordenamiento turco, de forma análoga a lo que ocurre, por ejemplo, en el francés, la laicidad del Estado es un principio fundamental de la República (artículo 2°.), y se configura como un límite material expreso al poder de reforma (artículo 4°.) En coherencia con esas afirmaciones, el artículo 68. 4 de la Constitución impone a los partidos políticos el respeto a dicho principio:

[430] Dicha sentencia contó con dos votos en contra que se fundamentaban precisamente en la jurisprudencia anterior del TEDH.

[431] Como acertadamente advierte la defensa del gobierno turco: "*una serie de circunstancias hacen que el principio de laicidad tenga para Turquía una especial significación a diferencia de lo que pueda suceder en otras democracias… La República de Turquía se funda gracias a un proceso revolucionario que ha transformado un estado teocrático en un estado laico las tendencias reaccionarias islámicas constituyen un peligro todavía vivo en nuestros días*."

Los estatutos, el reglamento y la actividad de los partidos políticos no pueden ser contrarios a la independencia del Estado, a su integridad territorial y a la de su nación, a los derechos del hombre, a los principios de igualdad y de preeminencia del derecho, a la soberanía nacional, o a los principios de la república democrática y laica. No pueden fundarse partidos políticos que tengan por objeto preconizar e instaurar la dominación de una clase social o de un grupo, o cualquier forma posible de dictadura.

Como complemento de la citada disposición, el artículo 69. 6 establece que los partidos políticos únicamente pueden ser disueltos por el Tribunal Constitucional cuando éste constatare que se han convertido en "centros de actividades" contrarios a los valores fundamentales del Estado. Precisamente, esto es lo que había ocurrido en el caso que nos ocupa. El Tribunal Constitucional llegó al convencimiento de que el RP se había convertido en "un centro de actividades contrarias al principio de laicidad". Y ello, a pesar de que en los Estatutos del RP se dejaba constancia expresa del respeto al principio de laicidad.

Esto distingue también a este proceso de los anteriores supuestos de disolución de partidos turcos llegados al TEDH, en los que la sentencia se basó exclusivamente en el análisis de los Estatutos y demás elementos constitutivos de los partidos. En este sentido, el gobierno turco manifiesta al Tribunal su temor de que:

> "Para alcanzar su objetivo de sustituir el actual régimen por la *Sharia*, los islamistas utilicen el método del *takiyye*, que consiste en disimular sus pretensiones hasta lograr sus objetivos".[432]

El TEDH se hace eco de este temor y, entre otras cosas, señala:

[432]Párrafo 58 de la sentencia.

> "No cabe excluir de entrada que el programa de un partido político o las declaraciones de sus líderes oculten objetivos e intenciones diferentes a las que anuncian públicamente. Para comprobarlo habrá que comparar el contenido del citado programa o de las citadas declaraciones con el conjunto de actos y tomas de postura de sus titulares".[433]

El TEDH admitió, que los partidos pueden albergar objetivos o propósitos no revelados públicamente. La demostración de la existencia de estos fines ocultos será cuestión de prueba, y así, para determinar los objetivos del RP, el TEDH se apoyó en numerosos discursos, intervenciones públicas, notas de prensa y declaraciones de dirigentes del RP, y, en concreto, de los tres que figuran como recurrentes en el caso.

De todo ese material probatorio, el TEDH dedujo que el triple reproche formulado por el Tribunal Constitucional de Turquía al RP se basaba en las verdaderas intenciones del Partido. Reproche que, en definitiva, le condujo a considerar conforme con el Convenio, la disolución del Partido. Tres jueces del TEDH consideraron insuficientes los argumentos dados por la mayoría.[434]

---

[433]En cuanto a la tesis de los demandantes de que el RP no ha propuesto en sus estatutos ni en el programa de coalición concluido con el Partido de la Vía Justa, la modificación del orden constitucional de Turquía, el Tribunal recuerda que no cabe excluir que el programa político de un partido oculte objetivos e intenciones diferentes a los que proclama públicamente. Para asegurarse, es necesario comparar el contenido del programa citado con los actos y tomas de postura de su titular". Y realizando esta comparación, el Tribunal concluye con palabras claras y rotundas: "En el caso, son precisamente las declaraciones públicas y las tomas de postura de los responsables del RP las que han revelado objetivos e intenciones de su partido que no constaban en sus estatutos". Como subraya García Roca, esto "tiene una gran trascendencia sobre el posible alcance del control jurídico externo de un partido, pues permite asegurarse de la adecuación, un continuo exento de contradicciones, entre los estatutos internos y el programa político —oculto o expreso— del partido y las actuaciones públicas de sus dirigentes, o en general de sus militantes".

[434] Importa subrayar que la sentencia fue recurrida por los actores por la vía del artículo 43 del CEDH. Este precepto junto con el artículo 73 del Reglamento de la Corte permiten el reenvío del asunto ante una Gran Sala a instancia de parte y en el plazo de tres meses, cuando se trate de "una cuestión grave de interés general". Este procedimiento exige que la cuestión sea admitida a trámite por cinco jueces de esa Gran Sala. Lo más interesante

El Tribunal Constitucional turco fundamentó la disolución del RP, básicamente, en tres motivos:

En primer lugar, en el hecho de que el RP pretendía instaurar un sistema multijurídico de organización del Estado, de modo que los integrantes de cada confesión religiosa tendrían sus propias normas y jueces.

En segundo lugar, en que el RP pretendía organizar el Estado bajo el imperio de la *Sharia* o ley islámica.

En tercer lugar, en que el RP defendía, expresa o veladamente, el recurso a la yihad o guerra santa, esto es a la justificación del empleo de la fuerza, es decir, de medios violentos, para la consecución de los dos objetivos anteriores.

En este contexto, y frente a la disolución decretada por el Tribunal Constitucional de Turquía, el TEDH debe valorar si la injerencia o limitación del derecho de asociación que la disolución del RP implica, es conforme o no con el CEDH. El propio Convenio, como ya expusimos, recoge los tres requisitos que toda injerencia en cualquiera de los derechos protegidos por el Convenio debe cumplir para ser legítima: a) Debe estar prevista por la ley, b) Debe estar justificada para alcanzar fines concretos y predeterminados; y c) Debe ser "necesaria en una sociedad democrática".

El cumplimiento, en el caso que nos ocupa, de los dos primeros requisitos es algo que no plantea duda alguna. La injerencia en el derecho

---

de la STEDH de 10 de febrero de 2003, dictada en apelación de la analizada en el texto sobre la disolución del Partido de la Prosperidad, es no sólo que confirma —ordenando y sistematizando— la doctrina anterior, sino que en este caso la Sala falla por unanimidad de los diecisiete jueces.

estaba claramente prevista en la ley,[435] y también era evidente el fin que con ella se pretendía. Como advierte el Tribunal, "dada la importancia del principio de laicidad para el sistema democrático en Turquía, el Tribunal estima que la disolución del RP respondía a fines legítimos de los enumerados en el artículo 11: el mantenimiento de la seguridad nacional y de la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, así como la protección de los derechos y libertades de los demás.

Los mayores problemas hermenéuticos se plantean, obviamente, a la hora de determinar si la injerencia era "necesaria en una sociedad democrática". Para examinar el cumplimiento de esta tercera exigencia del denominado *test* de Estrasburgo, y antes de aplicarlo al caso concreto, el TEDH considera conveniente (como suele hacer en la mayoría de sus sentencias) realizar una exposición de los principios que informan el caso, y es aquí donde encontramos una lección ejemplar sobre lo que es una sociedad democrática. Los párrafos 42 a 52 contienen así una magnífica exposición sobre el concepto de democracia. Ese concepto es el que va a justificar después la disolución del RP, y en la medida en que sería de aplicación futura a supuestos similares, da pie a una doctrina rigurosa y lúcida sobre la prohibición de partidos en el marco del CEDH. Estos son los principales elementos de la citada doctrina jurisprudencial.

En primer lugar, el TEDH afirma expresamente que la democracia es el único modelo político contemplado en el Convenio y compatible con él. Y añade:

> "No hay democracia cuando la población de un Estado, aunque sea por mayoría, renuncia a sus poderes Legislativo y Judicial en beneficio de una entidad, ya sea laica o religiosa, que no sea responsable ante el pueblo".

[435] Artículos 68, 69 y 84 de la Constitución Turca. Artículos 101 y 107 de la Ley de Partidos Turca.

En segundo lugar, el TEDH sostiene que la preeminencia del Derecho exige que todos los seres humanos sean considerados iguales ante la ley. La ley puede establecer diferencias de trato justificadas por un fin legítimo, pero "no se puede afirmar que impere la preeminencia del derecho cuando se discrimine a los grupos de personas por el único motivo de ser de diferente sexo, o porque tengan convicciones políticas o religiosas diferentes, menos aun si se instauran sistemas jurídicos totalmente diferentes para unos grupos u otros".

En tercer lugar, y esto es fundamental para nuestro tema, el TEDH establece cuáles son los límites generales de las actividades y de los fines de los partidos políticos en relación con la alteración de la estructura constitucional del Estado:

El Tribunal entiende que un partido político puede pretender el cambio de la legislación o de las estructuras legales y constitucionales de un Estado bajo dos condiciones:

> 1) “Los medios utilizados a tal fin deben ser legales y democráticos sin lugar a dudas;
> 2) El cambio que se pretende debe ser asimismo compatible con los principios democráticos. De donde se deriva forzosamente que un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o auspicien un proyecto político que no respete alguna o algunas de las reglas de la democracia, que aspire a la destrucción de la misma o menoscabe los derechos y libertades que esta última consagra, no pueden pretender que el Convenio le proteja

contra las sanciones que se le hayan impuesto por cualquiera de esos motivos.”[436]

Este párrafo resulta el más importante de toda la sentencia, por su aplicación al caso y por la doctrina que sienta cara a futuro. Dicha doctrina se pronuncia, sin ningún género de dudas, por una concepción sustantiva y no meramente procedimental de la democracia. Los partidos no pueden utilizar medios no democráticos. Necesariamente deben utilizar medios legales y democráticos. Pero el empleo de esos medios no basta para afirmar su legitimidad conforme al Convenio. Los fines de los partidos también cuentan. No todos los objetivos políticos son lícitos. Las ideologías que pretendan la destrucción de la democracia o de los derechos fundamentales no tienen cabida en el Convenio. **Los partidos que las defiendan, por tanto, tampoco pueden pretender beneficiarse de la protección de aquél.**

En definitiva, un partido, aunque se limite a utilizar medios legales y democráticos, si su objetivo último es sustituir el Estado democrático por otra forma política incompatible con él puede ser prohibido. Y aun cabría decir más, debe ser prohibido como una medida necesaria para la defensa de la democracia.

Con estas premisas teóricas, el TEDH está en condiciones de valorar la conformidad con el Convenio de la disolución del RP. Para ello tendrá que analizar la compatibilidad de la motivación de la sentencia turca con la doctrina anteriormente expuesta. Como ya vimos, el Tribunal Constitucional turco fundamentó su decisión en tres motivos. Motivos que dio por buenos el TEDH. Dichos motivos ponían de manifiesto claramente que la disolución del RP era una medida "necesaria en una sociedad democrática", que era

[436] Esta doctrina tiene su punto de arranque en el primer caso que tuvo que resolver el Tribunal, la sentencia *Lawles* contra Irlanda de 1o. de julio de 1961.

lo que se trataba de demostrar para justificar la legitimidad de la injerencia en el derecho de asociación (artículo 11).

En relación con el propósito del RP de establecer un sistema multijurídico en Turquía, el TEDH afirma la radical incompatibilidad del mismo con el CEDH. Y ello por dos razones. La primera porque dicha concepción del orden jurídico suprime el papel del Estado como garante de los derechos y libertades, y es contraria a la obligación positiva del Estado de garantizar a todas las personas dependientes de su jurisdicción el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, sin que nadie pueda renunciar a ellos anticipadamente66. La segunda razón es que un sistema multijurídico como el pretendido contradice abiertamente el principio de no discriminación de los individuos en el disfrute de los derechos y libertades, que es un principio fundamental de toda sociedad democrática. La diferencia de trato en importantes ámbitos del derecho público y del derecho privado carece por completo de justificación en el CEDH.[437]

En relación al segundo argumento, el propósito de instaurar la *Sharia*, cabe señalar, en primer lugar, que el Tribunal consideró a la luz del material probatorio aportado, que se trata de un objetivo real:

El Tribunal estima asimismo que, consideradas aisladamente, las tomas de postura de los dirigentes del RP, en concreto en lo que se refiere al asunto del velo islámico o a la organización de los horarios en el sector público en función de la oración, así como algunas de sus iniciativas, como la visita del señor Kazán, Ministro de Justicia a la sazón, a un miembro de

[437] Este sistema multijurídico es el que regía en el Imperio Otomano. Se denomina Mollet. Según éste, no existía un ordenamiento jurídico común para todas las personas, sino que éstas se agrupaban según su confesión religiosa, y cada grupo tenía sus propios regímenes jurídicos y sus propias autoridades judiciales. Existía así un ordenamiento para la mayoría musulmana, y otros tantos para cada una de las minorías religiosas. Evidente resulta que este sistema es incompatible con el Estado de derecho, la igualdad ante la ley y la unidad del Poder Judicial.

su partido inculpado por la incitación al odio con base en la discriminación religiosa, o la recepción ofrecida por el señor *Erbakan* a los dirigentes de los movimientos islámicos, no constituían una amenaza inminente para el régimen laico en Turquía. No obstante, el Tribunal juzga convincente la tesis del Gobierno, de acuerdo con la cual tales actos e iniciativas eran coherentes con el fin pretendido de instaurar un régimen político fundado en la *Sharia*.

En segundo lugar, y sin mayores complicaciones, el TEDH declaró la radical incompatibilidad entre la *Sharia* (por su negación del pluralismo y de las libertades) y la democracia, por lo que:

> "Un partido que aspire a la implantación de la *Sharia* en cualquier Estado que forme parte del Convenio, difícilmente puede pasar como una asociación conforme con el ideal democrático que inspira el CEDH".[438]

Finalmente, y por lo que se refiere al tercer motivo en virtud del cual el Tribunal Constitucional turco justificó la disolución del RP, a saber, el recurso a la guerra santa, es decir, a la violencia, el Tribunal matiza el alcance de los hechos. El TEDH, a la luz de las pruebas aportadas, subrayó la ambigüedad de algunos discursos. El RP se condujo en la vida política utilizando medios legales, aunque no faltaron militantes que defendieran la posibilidad de recurrir a la fuerza.

Algunas intervenciones públicas destilaban un odio profundo hacia los adversarios del islamismo, y en este sentido, el TEDH entiende que

[438]El TEDH reconoce que la *Sharia*, que refleja fielmente los dogmas y las reglas divinas dictadas por la religión, presenta un carácter estable e invariable. Le son ajenos principios tales como el pluralismo o la evolución de las libertades públicas. Es difícil declararse respetuoso de la democracia y de los derechos humanos, y a la vez, defender un régimen fundado en la *Sharia* que se desmarca claramente de los valores del CEDH, principalmente sus reglas de derecho penal, de procedimiento penal, a la vez que configura a la mujer en el orden jurídico conforme a las reglas religiosas", párrafo 72.

cuando la actividad incriminada alcanza un nivel insultante cualificado próximo a la negación de la libertad religiosa de los demás, pierde por ello mismo el derecho a ser tolerado por la sociedad.

A la luz de todo lo expuesto, la conclusión es evidente, y el histórico fallo la refleja de forma rotunda. La disolución del RP puede ser considerada razonablemente como respondiendo a una necesidad social imperiosa. Por ello, la injerencia (en el derecho de asociación) no era desproporcionada a la luz de los fines legítimos perseguidos. La Sala Tercera del TEDH falló por cuatro votos frente a tres que Turquía no violó el artículo 11 del CEDH, y que no era necesario examinar la cuestión desde otros preceptos, tampoco desde la óptica del artículo 17 del CEDH.

El Tribunal entiende que el proyecto político del RP no era ni teórico ni ilusorio, sino realizable, y ello por dos razones.

La primera de ellas, ya expuesta, sería la fuerza y la implantación del partido en la sociedad turca, que les permitiría llevar a cabo sus aspiraciones políticas. La segunda razón —señala la sentencia— deriva del hecho de que, en el pasado, movimientos políticos basados en el fundamentalismo religioso han tenido oportunidad de aprovecharse del poder político y han alcanzado la posibilidad de establecer el modelo de sociedad que auspiciaban. Aunque el Tribunal no lo mencione, este argumento es extrapolable a otro tipo de fundamentalismos como, por ejemplo, los basados en la exaltación de la nación o la raza.

En esta decisiva sentencia, el TEDH al interpretar el artículo 11 del CEDH ha dejado, meridianamente, claro cuáles son los límites del derecho de asociación política. Del mismo modo, ha precisado los requisitos que la disolución de un partido que sobrepase esos límites ha de cumplir.

5.3.1.2 Transfuguismo electoral.

El transfuguismo[439] es un tema poco explorado en la doctrina Constitucional mexicana. Hay que acudir, por tanto, al estudio comparado. En Europa y en algunas partes de América Latina se le llama tránsfuga a quien habiendo obtenido el cargo público representativo por medio de la lista de un determinado partido, se cambia a diverso grupo parlamentario.

El tránsfuga parlamentario, por tanto, es aquel que:

> "Ocupa una ubicación parlamentaria distinta a la que le correspondería según su adscripción político-electoral".[440]

La finalidad de este tipo de tránsfuga no es ir por el cargo de elección popular (porque ya lo tiene), sino por un espacio parlamentario diferente al que lo llevó a la representación política.

En vía de consecuencia, el militante que abandona un partido para postularse por otro (transfuguismo electoral), no es necesariamente un tránsfuga en un sistema parlamentario, porque es parte de su libertad política de afiliarse o dejar de pertenecer a un determinado partido y competir por otro.

Empero, el problema del tránsfuga electoral mexicano reside justamente en la persona que cambia de partido para presentarse a las elecciones con otras siglas. Su deslealtad o disidencia partidista es para ir por el cargo, no para formar gobierno una vez electo.

---

[439]RIOS, Vega Luis Efrén, *el trasfuguismo electoral: Un debate constitucional en México*, Cuestiones constitucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.
[440]*Ibídem*, pág. 12.

Esta modalidad del transfuguismo es diferente y se explica, en función del marco cultural de hacer política a la mexicana: ir por otro partido cuando el suyo no lo presenta a las elecciones, sea porque se le considere un demócrata ejemplar o un oportunista inmoral, o las dos cosas al mismo tiempo, constituye en la actualidad una práctica común del juego político mexicano.

Esta cuestión mexicana, en consecuencia, resulta distinta al transfuguismo parlamentario en donde el representante elegido cambia de grupo parlamentario para hacer gobierno con el que tiene el poder a cambio de ventajas políticas.

Así, en el transfuguismo electoral-presidencial se busca sancionar el hecho como causa de inelegibilidad:

"*Si te cambias de partido, no puedes participar*".

Mientras que en el régimen parlamentario tiende a sancionarse al tránsfuga con la pérdida de su cargo, lo cual contradice en cierta medida el mandato libre de los parlamentarios.

En sentido gramatical, el tránsfuga electoral es aquella persona que huye de una parte a otra; esto es, el tránsfuga político en sentido lato será aquel que pasa de un partido a otro, independientemente de las causas, el móvil y las circunstancias. Esa es la raíz lingüística del sujeto calificado como tránsfuga: persona que cambia de partido o ideología.

Empero, no toda persona que cambia en cualquier circunstancia debe ser tenida como tal. Es necesario tener un concepto susceptible de ser analizado bajo una perspectiva jurídico-política. Hemos partido nosotros de una base conceptual de transfuguismo electoral diferente al parlamentario dado el contexto histórico-político en México. Nuestro punto

de partida es reformular la pregunta del transfuguismo en el sistema mexicano: ¿si para la democracia presidencial importa el garantizar políticos leales a su partido y base electoral, no sólo a la hora de legislar y controlar al Ejecutivo, sino también desde el momento de ir por el voto popular en los procesos electorales? Dicho de otra manera: ¿es válido una regla antitranfuguista para limitar a la clase política de un sistema presidencial?, ¿se puede justificar una concepción del mandato partidista para tutelar la lealtad a los partidos y a sus militantes y simpatizantes?, ¿el mandato partidista tendría que ser imperativo o debería liberar a sus militantes a la hora de ir por las candidaturas?

Me interesa discutir el tema a partir de la cuestión constitucional que se analiza en sede judicial y en el marco del derecho fundamental a ser votado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho en el caso Coahuila (2007) que no es válido establecer en la ley como requisito para desempeñar un cargo de elección popular, el que se exija el no haber sido integrante de un partido político distinto al que lo postula cuando menos dos años antes de la fecha de registro de candidatos de elección de que se trata. Es decir: el transfuguismo así regulado es inconstitucional porque afecta el contenido esencial del derecho a ser votado.

El objeto de la norma coahuilense era claro: impedir la participación del tránsfuga partidista. No podrían presentarse a las elecciones —predicaba la regla invalidada por la Corte— las personas que hayan sido integrantes de un partido político distinto al que lo postula.

Esta regla, por tanto, prohibía los cambios de colores partidistas a la hora de competir por una candidatura, bajo la pena de que al hacerlo no se podría ser seleccionado por otro partido. La razón de la regla antitránsfuga

se explica por la idea de tutelar la lealtad partidista y evitar, por ende, el divisionismo que pone en riesgo una probable victoria electoral de un partido que se ve afectado por la traición de sus integrantes: se promueve pues el castigo a los desleales que cambian de partido para poder ganar un cargo representativo. Luego, resulta relevante deliberar *¿si es válido o no prohibir la libertad política del sujeto que, al ser integrante de un partido, resulta que es postulado por otro?*

Dicho de otra forma: *¿es válido cambiar de partido para ir por el poder?*, o más bien, ¿se debe prohibir en la democracia la traición política en la lucha por los cargos públicos representativos?

El juego de las traiciones y simulaciones es consustancial a la hora de hacer política. El transfuguismo plantea un debate desde la filosofía: si es aceptable o no permitir las traiciones en el marco de la libertad política. Por un lado, al tránsfuga se le asocia con los aspectos más negativos de la naturaleza humana: traición, deslealtad, codicia, oportunismo, avaricia, doblez. Por el otro, la conducta tránsfuga puede ser una virtud cívica del buen republicano: romper y oponerse al grupo del poder para promover el cambio político. Esto es: hay tránsfuga que " no son tan malos" y que forman parte del cambio democrático de un país

Desde el plano de la teoría política el debate del transfuguismo plantea reflexiones en torno al mandato, en tanto que los electores pretenden que el sujeto que eligieron y que, por tanto, debe velar por sus intereses para hacer funcionar el sistema de gobierno, necesita de la "disciplina partidista" que cohesione y le dé viabilidad al plan de gobierno por el cual van a votar, lo cual exige buscar el equilibro entre la autonomía individual y colectiva y que, sin duda, encontrará una mejor respuesta en el discurso de los derechos fundamentales. Pero, además, la relevancia de los partidos y la necesidad de construir una clase política leal al mandato ideológico que representan, hace necesario tomar una posición en torno al

transfuguismo electoral retribuido, es decir, aquel que resulta inaceptable socialmente porque divide deliberadamente la vida interna partidista, promueve el bandolerismo, fragmenta la base electoral, desplaza a los militantes leales y provoca indefiniciones políticas que afectan la relación de confianza y credibilidad entre electores-partidos.

Hay que discutir pues la permisión o prohibición del transfuguismo electoral en el sistema presidencial mexicano. En principio, el abandono partidista no puede justificar la pérdida a ser electo ni mucho menos a un cargo electo. En todos los países democráticos existe la libertad parlamentaria que permite a los políticos ser fieles a sus convicciones y los salva de permanecer con grupos o partidos que han cambiado su orientación de modo inaceptable para ellos. Luego, el hecho de que un ciudadano pertenezca a un partido en un determinado contexto de su carrera política, no puede justificar la renuncia ni la sanción mucho menos el impedimento para ser electo, si abandona dicho partido y es postulado por otro, pues se estaría afectando el núcleo del derecho a ser electo que implica la oportunidad de participar en la vida política sin restricciones irracionales, absurdas, ilógicas o discriminatorias.

Pero también aquí he expuesto que existen razones válidas para que en cada caso concreto se puedan construir reglas en la vida interna para calificar cuándo el transfuguismo electoral debe ser limitado sin vicio de constitucionalidad. He hecho aquí un apunte de estas cuestiones que merecería, incluso, un examen por separado, pero creo que el presente trabajo sirve de base para esta nueva discusión que tendrá que dilucidar cuándo y en qué circunstancias un deber de lealtad partidista es razonable exigir para evitar el nomadismo político retribuido que afecte los valores democráticos.

5.3.1. El sistema interamericano de protección de derechos humanos[441].

Los Estados Americanos, en ejercicio de su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, conocido como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Interamericano o SIDH). Dicho sistema reconoce y define estos derechos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección, y crea órganos destinados a velar por su observancia.

El sistema interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948, en el marco de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Adicionalmente, el sistema cuenta con otros instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o Convención); Protocolos y Convenciones sobre temas especializados, como la Convención para prevenir y sancionar la tortura, la Convención sobre la desaparición forzada y la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, entre otros; y los Reglamentos y Estatutos de sus órganos.

El SIDH se encuentra integrado por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Comisión o Comisión Interamericana), cuya sede se encuentra en Washington, D.C, Estados Unidos de América, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte, Corte Interamericana o Tribunal), con sede en San José de Costa Rica.

[441] http://www.corteidh.or.cr/info_consultas.cfm, consultado el 22 de noviembre de 2011.

Los Estados miembros de la OEA son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, **México**, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Los Estados que han ratificado la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, **México**, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Los Estados que han reconocido la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, **México,** Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana fue creada en la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, con el fin de subsanar la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de los derechos humanos en el sistema. Según el artículo 112 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, ***la función principal de la Comisión es la de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia".***[442]

[442] http://www.oas.org/es/cidh/, consultado el 4 de diciembre de 2012.

Está integrada por siete miembros que son propuestos por los Estados, y elegidos, a título personal, por la Asamblea General de la OEA. Los miembros de la Comisión no representan a sus países sino a los treinta y cinco Estados miembros de la OEA.

Las funciones y atribuciones de la CIDH están definidas en su Estatuto: en el artículo 18 respecto de los Estados Miembros de la OEA, en el artículo 19 en relación con los países partes de la Convención, y en el artículo 20 en lo que atañe a los Estados miembros que no son parte de la Convención.

En base a lo establecido en estos artículos se puede decir que la Comisión, por un lado, tiene competencias con dimensiones políticas, entre cuyas tareas destacan la realización de visitas *in loco* y la preparación de informes con sus observaciones acerca de la situación de derechos humanos en los Estados miembros.

Por otro lado, la CIDH realiza funciones con una dimensión cuasi-judicial. Es dentro de esta competencia de la CIDH que recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 46 de la Convención Americana.

En este sentido, una vez presentada la petición ante la Comisión, y examinados los requisitos formales de admisión, aquella se transmite al Estado denunciado para que presente sus observaciones. Se inicia así un procedimiento ante la Comisión (regulado en el artículo 48 de la Convención), en el cual “se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a

los derechos humanos reconocidos en [la] Convención" (artículo 48.1.f). De no llegarse a una solución, la Comisión puede remitir el caso al conocimiento de la Corte mediante la presentación de la demanda (artículo 32 del Reglamento de la Corte)

Por todo lo anterior, en caso de que un particular o una organización deseen plantear ante el Sistema Interamericano una situación de posible violación a Derechos Humanos, deberá realizarlo ante la Comisión Interamericana, y no ante la Corte.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana es uno de los tres Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

En la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, se adoptó la resolución denominada "Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre", en la que se consideró que la protección de estos derechos "debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente".[443]

La Corte fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La Convención entró en vigor en julio de 1978 y la Corte inició sus funciones en 1979.

[443] http://www.corteidh.or.cr/, consultado 4 de diciembre de 2012.

El Tribunal se compone de 7 jueces nacionales de Estados miembros de la OEA elegidos, a título personal y a propuesta de los Estados Parte en la Convención Americana, por la Asamblea General de la OEA. Los jueces de la Corte no representan los intereses de los Estados que los proponen como candidatos.

A la fecha, veintiún Estados Partes han reconocido la competencia contenciosa de la Corte: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados.

La Corte tiene esencialmente dos funciones, una función contenciosa y otra función consultiva, a las que se une la facultad de adoptar medidas provisionales.

En cuanto a la función contenciosa, se trata del mecanismo por el cual la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe destacar que, conforme al artículo 61.1 de la Convención, sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

Los casos ante la Corte se inician por tanto mediante la demanda presentada por la Comisión o por un Estado.

Los fallos del Tribunal son definitivos e inapelables, quedando la posibilidad de que, dentro de los noventas días siguientes a la notificación del fallo, y en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del mismo, la Corte emita una interpretación de la sentencia a solicitud de cualquiera de las partes.

Dentro de la obligación de la Corte de informar periódicamente a la Asamblea General de la OEA se encuadra la facultad de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Tarea que se lleva a cabo a través de la revisión de informes periódicos remitidos por parte del Estado y objetados por las víctimas y por la Comisión. Durante el año 2007 la Corte inició una nueva práctica de celebración de audiencias de supervisión del cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal.

En cuanto a la función consultiva, es el medio por el cual la Corte responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma. Esta competencia consultiva fortalece la capacidad de la Organización para resolver los asuntos que surjan por la aplicación de la Convención, ya que permite a los órganos de la OEA consultar a la Corte en lo que les compete.

Por último, la Corte puede adoptar las medidas provisionales que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, tanto en casos que estén en conocimiento de la Corte, como en asuntos que aún no se han sometido a su conocimiento, a solicitud de la Comisión Interamericana.

De lo anterior, se concluye que la Corte Interamericana, como ya se indicó, no es competente para atender las peticiones formuladas por individuos u organizaciones, toda vez que estas deben presentarse ante la Comisión, que es el órgano encargado de recibir y evaluar las denuncias que le plantean particulares con motivo de violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo por alguno de los Estados Parte.

Según el artículo 44 de la Convención Americana cualquier persona, por sí misma o en representación de otra, grupo de personas o entidades

gubernamentales legalmente reconocidas, puede presentar una petición o queja ante la Comisión para denunciar una violación a los derechos humanos. También pueden presentar reclamaciones las organizaciones no gubernamentales (ONGs).

5.3.2. Casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos político – electorales.

A continuación se esbozan algunos de los precedentes judiciales más importantes que han tenido resonancia política en los países de la región, atenta al contenido protector y expansionista de derechos fundamentales efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dichas líneas jurisprudenciales giran en torno a lo siguiente:

- *Derecho a ser votado.*
- *Pueblos y comunidades indígenas.*
- *Libertad de expresión.*
- *Derecho de circulación*

5.3.2.1. Caso Castañeda.[444]

a) Síntesis del problema:

1. El 21 de marzo de 2007, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda en contra la cual se originó en la petición presentada el 12 de octubre de 2005 por Jorge Castañeda Gutman. El 26 de octubre de 2006 la Comisión aprobó el Informe de admisibilidad y fondo No. 113/06, en los términos del artículo 50

[444] Véase: la sentencia del caso en http://www.cjf.gob.mx/reformas/articulosInteres/Caso%20Jorge%20Casta%C3%B1eda.pdf, consultado el 4 de diciembre de 2012.

de la Convención, el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Este informe fue notificado al Estado el 21 de diciembre de 2006 y se le concedió un plazo de dos meses para que informara sobre las acciones emprendidas con el propósito de implementar las recomendaciones de la Comisión. Tras "considerar el escrito estatal sobre implementación de las recomendaciones contenidas en el informe de fondo y la falta de avances en el efectivo cumplimiento de las mismas", la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte.

2. Según indicó la Comisión, la demanda "se relaciona con la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman […] inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México" para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.

3. En la demanda la Comisión solicitó a la Corte que declare que "México es responsable por la violación en perjuicio de Jorge Castañeda Gutman, del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención". La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación y que reintegre las costas y gastos.

4. El 5 de junio de 2007 Jorge Castañeda Gutman, presunta víctima en el presente caso, y sus representantes, los señores Fabián M. Aguinaco, Gonzalo Aguilar Zínser y Santiago Corcuera presentaron su escrito de solicitudes y argumentos en los términos del artículo 23 del Reglamento. En

dicho escrito, solicitaron a la Corte que en virtud de los hechos relatados por la Comisión en su demanda declare la violación de los derechos a la participación política, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial previstos en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. El señor Castañeda Gutman indicó además que en caso de que la Corte considerase que en su escrito se hubieren omitido "posibles violaciones a otros derechos consagrados en la Convención como los previstos en los artículos 1, 2, 8.1, 13, 16, 29 y 30 del Pacto emita un pronunciamiento al respecto".

Finalmente, solicitó al Tribunal que ordene medidas de reparación por la violación a sus derechos. El 11 de septiembre de 2007 el Estado presentó un escrito en el que interpuso excepciones preliminares, contestó la demanda y remitió observaciones al escrito de solicitudes y argumentos.

El Estado solicitó, *inter alia*, que la Corte considere "procedentes y fundadas las excepciones preliminares interpuestas (…) y, en consecuencia, declare su incompetencia para conocer y decidir" sobre dicho proceso; o en su caso, que la Corte "concluya y declare la inexistencia de violaciones a los derechos humanos previstos en la Convención Americana (…)", o eventualmente, si fuera declarada la responsabilidad del Estado "y fuese declarada procedente algún tipo de reparación" que la Corte "fije ésta atendiendo a los límites y consideraciones hechas valer por el Estado". El Estado designó al señor Juan Manuel Gómez.

Robledo Verduzco como agente, y al señor Joel Antonio Hernández García, a la señora María Carmen Oñate Muñoz y al señor Alejandro Negrín Muñoz como agentes Alternos.

La Corte al emitir su resolución, medularmente, decidió:

La sentencia constituye *per sé* una forma de reparación. Las conclusiones medidas son del tenor literal siguiente:

- El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente sentencia.

- El Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 77 a 133 de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página, y la parte resolutiva de la misma, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 232 a 235 de la misma.

- El Estado debe pagar al señor Jorge Castañeda Gutman el monto fijado en el párrafo 244 de la presente Sentencia, por reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención

> Americana. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para la cumplir con la misma.

5.3.2.2. Caso *Yatama vs. Nicaragua.*

Este es el primer caso que, por presuntas violaciones a los derechos humanos electorales, conoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La materia en análisis y la sentencia emitida son de gran interés para los organismos electorales de la región.

La controversia se origina en una resolución del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua (CSE), que impide a un partido político, representativo de grupos indígenas de la zona atlántica de ese país, participar en las elecciones municipales de noviembre del año 2002.

La CIDH analiza si el Estado de Nicaragua ha incurrido en violación de las garantías judiciales y protección judicial, así como de los derechos políticos e igualdad ante la ley. Al hacerlo aborda tres grandes temas, a saber: ***la supremacía jurisdiccional del Poder Electoral, el respeto a los usos y costumbres de los pueblos indígenas en la elección de sus candidatos y las candidaturas independientes.***[445]

La sentencia que se analiza reviste gran importancia, dado que al aceptar la CIDH su competencia para conocer del conflicto, ratifica que los derechos político-electorales son derechos humanos.

Según se ha indicado, en este caso la CIDH aborda tres grandes temas: la supremacía jurisdiccional del Poder Electoral, el respeto a los

[445] Véase: http://portales.te.gob.mx/internacional/content/caso-yatama-vs-nicaragua-corte-idh, consultado 4 de diciembre de 2012.

usos y costumbres de los pueblos indígenas en la elección de sus candidatos y las candidaturas independientes. Tangencialmente, se toca el tema de las alianzas partidarias, aunque está en la base del conflicto.

La CIDH, señala que, sin demérito de la importancia que tienen los partidos políticos, se debe reconocer la relevancia de otras formas de impulsar candidaturas cuando sea pertinente para favorecer la participación de sectores específicos de la sociedad. Asimismo, que no existe disposición alguna en la Convención según la cual los ciudadanos deban postular sus candidaturas por medio de partidos políticos, y que las restricciones injustificadas o que no puedan ser cumplidas por organizaciones no partidarias, también son contrarias a dicha Convención.

La Corte estima que Nicaragua incumplió la obligación de garantizar el derecho a ser electo y elegir y afectó la participación de las comunidades indígenas en el proceso electoral.

En cuanto al primer gran tema, contrario a lo que se ha afirmado en algunos ámbitos de opinión, el punto medular no es la existencia de una doble instancia que permita una revisión integral de un fallo por otro órgano jurisdiccional, sino que se cuente en el país con un recurso interno efectivo contra decisiones que afecten los derechos político electorales.

Es importante destacar que, si bien la CIDH señala la necesidad de un control jurisdiccional de las decisiones de la administración electoral, no dice que deba ser otro poder estatal el que revise la actuación del poder electoral, sino que exista un recurso adecuado –sencillo y rápido- en la normativa interna, para la tutela de esos derechos.

En el ordenamiento jurídico nicaragüense existían recursos administrativos y judiciales, pero la CIDH concluye que resultaron

insuficientes para tutelar los derechos político-electorales de Yatama, que se vio inhibido de participar en las elecciones municipales de noviembre de 2002 y de los propios electores al verse privados de la opción que dicho partido representaba.

La Constitución Política prevé que al CSE, como jerarca administrativo del Poder Electoral, corresponde "conocer y resolver en última instancia de las resoluciones que dicten los organismos electorales subordinados y de las reclamaciones que presenten los partidos políticos" (artículo 173.5).

No obstante, la misma Constitución establece que contra las resoluciones del CSE en materia electoral, "no habrá recurso alguno, ordinario ni extraordinario" (artículo 173.14), la Ley Electoral dispone que "de las resoluciones definitivas que en materia de partidos políticos dicte el Consejo Supremo Electoral en uso de sus (sic) facultades que le confiere la presente Ley, los partidos políticos o agrupaciones solicitantes podrán recurrir de Amparo ante los Tribunales de Justicia" (artículo 76).

Según hemos indicado, en este caso el conflicto se origina precisamente en la decisión que impide la participación de un partido inscrito en un proceso electoral. Yatama presentó dos recursos relevantes, uno de "revisión" – reposición o revocatoria- ante el organismo electoral (contra la resolución del 15 de agosto de 2000 mediante la cual se le excluyó de participar en el proceso electoral en curso, tanto en la RAAN como en la RAAS), que no fue resuelto oportunamente, y un "recurso de amparo", en sede judicial, (donde alegó violación de sus derechos políticos, por irrespeto a sus usos y costumbres, y que al ser omisa la Ley Electoral en cuanto a los efectos de la descalificación de uno de los partidos integrantes de una alianza, se debía permitir al otro participar en la contienda electoral con sus propios, candidatos), que fue rechazado. La

razón, como se ha dicho, lo dispuesto por el artículo 173.14 de la Constitución.

En este punto, resulta obligado preguntarnos, si la resolución del CSE que motivó las impugnaciones fue dictada “en materia de partidos políticos”, pues de ser así, en principio, el artículo 76 de la Ley Electoral, que se encontraba vigente y no podía ser desaplicado, daba cabida al “Amparo ante los Tribunales de Justicia”. La Sala de lo Constitucional rechaza el recurso, con base en el artículo 173.14 de repetida cita, pero no explica por qué se obvia lo establecido en el artículo 76 de la Ley Electoral y un precedente jurisprudencial, que incluso cita en la misma sentencia, en el sentido de que las únicas decisiones del CSE impugnables por medio del amparo son aquellas emitidas en materia administrativa referidas a partidos políticos. Tal y como lo señala la CIDH, la Sala no profundiza en el tema, no aclara la diferencia entre ese tipo de asuntos y la materia electoral, ni las razones por las cuales estima que la resolución impugnada quedaba incluida dentro de esta última categoría (punto 172 de la sentencia).

Señala la CIDH adicionalmente, que el CSE irrespetó la garantía del debido proceso, al no haber notificado al partido involucrado resoluciones de su interés, privándolo de la oportunidad de subsanar defectos en la presentación de sus candidatos y de recurrir de actos que le perjudicaban. Otra de las razones que tuvo en cuenta la CIDH al condenar, fue que las resoluciones no habían sido debidamente fundamentadas. Señala también el fallo, que *Yatama* realizó varias gestiones ante el organismo electoral, que no fueron atendidas.

Como vemos, en Nicaragua existían recursos internos, que permitían impugnar decisiones de los organismos electorales, pero no resultaron efectivos. En un caso, por no haber sido resuelto oportunamente el recurso, y en otro por desaplicación de lo establecido en el artículo 76 de la Ley Electoral. Si el CSE hubiese resuelto el “recurso de revisión”, o si la Sala de

lo Constitucional hubiera aplicado lo establecido en el referido artículo (acogiendo o rechazando el recurso por el fondo) el conflicto no habría llegado a la CIDH.

El problema real, fue que, las autoridades administrativas y judiciales competentes no cumplieron adecuadamente su cometido, según quedó acreditado en el expediente. Cabe agregar, que, en relación con la resolución emitida por la Sala, habría podido presentar incluso una denuncia por prevaricato, tipo previsto por la legislación penal nicaragüense, al haber sido dictada por funcionarios judiciales, no así en relación con las resoluciones dictadas por órganos administrativos. En la legislación nicaragüense está prevista, y hasta donde conocemos, tampoco se llegó a presentar contra el artículo 51.1 de la Ley de Amparo, una acción de inconstitucionalidad.

5.3.2.5. Caso Ricardo Canese.[446]

La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 22 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención Americana, todos ellos en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein debido a la "condena y las restricciones para salir del país, impuestas al Ingeniero Ricardo Canese (…) como consecuencia de manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial".

Según los hechos denunciados por la Comisión Interamericana, en agosto de 1992, durante el debate de la contienda electoral para las

[446] Véase: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf, consultado el 4 de diciembre de 2012.

elecciones presidenciales del Paraguay de 1993, el señor Ricardo Canese cuestionó la idoneidad e integridad del señor Juan Carlos Wasmosy, también candidato a la presidencia, al señalar que "fue el prestanombre de la familia Stro€ssner en CONEMPA" (Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas) (en adelante "CONEMPA"), empresa que participó en el desarrollo del complejo hidroeléctrico binacional de Itaipú, cuyo presidente, al momento de las declaraciones, era el señor Wasmosy.

Dichas declaraciones fueron publicadas en varios periódicos paraguayos. La Comisión señaló que a raíz de estas declaraciones y a partir de una querella presentada por algunos socios de la empresa CONEMPA, quienes no habían sido nombrados en las declaraciones, el señor Canese fue procesado, el 22 de marzo de 1994 fue condenado en primera instancia y, el 4 de noviembre de 1997, fue condenado en segunda instancia por el delito de difamación a una pena de dos meses de penitenciaría y a una multa de 2,909,000 guaraníes ("equivalentes a [...] US$1.400"). Además, la Comisión señaló que como consecuencia del proceso penal en su contra, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país, la cual fue levantada solamente en circunstancias excepcionales y de manera inconsistente.

El Estado debe pagar la cantidad de US$ 35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda paraguaya, por concepto de indemnización del daño inmaterial ocasionado al señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, en los términos de los párrafos 206 y 207 de la sentencia bajo examen.

El Estado debe pagar al señor *Ricardo Nicolás Canese Krivoshein* la cantidad total de US$ 5.500,00 (cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de las costas y gastos.

De este monto total, la cantidad de US$ 1.500,00 (mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) corresponderá a los gastos en que incurrió el señor *Canese Krivoshein* ante la Comisión Interamericana y la cantidad de US$ 4.000,00 (cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América) corresponderá a las costas y gastos que el señor *Canese Krivoshein* deberá reintegrar a sus representantes por los gastos asumidos en el procedimiento internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en los términos de los párrafos 214, 215 y 217 de la presente Sentencia.

El Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutiva de la misma, en los términos del párrafo 209 de la presente Sentencia.

El Estado deberá cumplir las medidas de reparación y de reembolso de costas y gastos dispuestas en los puntos resolutivos 6, 7 y 8 de la presente Sentencia, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de ésta, en los términos del párrafo 216 de la presente Sentencia.

El Estado debe cumplir sus obligaciones de carácter pecuniario mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda paraguaya, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago, en los términos del párrafo 218 de la presente Sentencia.

Los pagos por concepto de daño inmaterial y costas y gastos establecidos en la presente Sentencia, no podrán ser afectados, reducidos

o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros, en los términos del párrafo 220 de la presente Sentencia.

En caso de que el Estado incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en el Paraguay.

Si por causas atribuibles al beneficiario de las indemnizaciones no fuese posible que éste las reciba dentro del indicado plazo de seis meses, el Estado consignará dicho monto a favor del beneficiario en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria paraguaya solvente, en dólares estadounidenses o su equivalente en moneda paraguaya y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancarias del Paraguay.

Si al cabo de diez años la indemnización no ha sido reclamada, la cantidad será devuelta al Estado, con los intereses devengados.

Supervisará el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Paraguay deberá rendir a la Corte un primer informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a esta Sentencia.

5.3.2.6. Caso Última Tentación de Cristo.[447]

El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la

[447] Véase: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf, consultado el 4 de diciembre de 2012.

Corte una demanda contra la República de Chile (en adelante "el Estado" o "Chile") que se originó en una denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos antes mencionados, declare que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

2. Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de "la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película 'La Última Tentación de Cristo' confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile […] con fecha 17 de junio de 1997."

3. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que:

- Autorice la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo".
- Adecúe sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, [con el] fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad.

- Asegure que los órganos del poder público [,] sus autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus diferentes potestades, ejerzan [efectivamente] los derechos y libertades de expresión, conciencia y religión reconocidas en la Convención Americana, y […] se abstengan de imponer censura previa a las producciones cinematográficas.
- Repare a las víctimas en este caso por el daño sufrido.
- Efectúe el pago de costas y reembolse los gastos incurridos por las víctimas para litigar este caso tanto en [el] ámbito interno como ante la Comisión y la Honorable Corte, además de los honorarios razonables de sus representantes.

La decisión de la Corte Interamericana versó sobre lo siguiente:

Declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

Declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

Declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.

Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

Resolvió, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de US$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

El Juez Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente y el Juez De Roux Rengifo su Voto Razonado, los cuales acompañan esta Sentencia.

Para finalizar este capítulo, es oportuno que una vez que se han considerado los precedentes internacionales sobre el objeto de estudio de la tesis, saber en qué lugar se encuentra el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación respecto a estos casos.

Sin duda, el recorrido en la jurisprudencia comparada fue muy ilustrativo: sentencias paradigmáticas, tuteladoras de derechos fundamentales; decisiones que apuestan por fortalecer la democracia y los grupos minoritarios; decisiones que se reconstruyen a partir de la protección

más amplia del individuo como persona y tendentes a proteger la democracia, como régimen político.

En México, por fortuna, en mi opinión, estamos encaminados en esa dirección; no es fácil dejar la tradición positivista que se nos heredó, pero como hemos analizado, existen precedentes judiciales, efectivamente garantistas, que han protegido un tema muy sensible de la democracia mexicana: los derechos político – electorales.

Desafortunadamente, ha faltado consistencia y coherencia en algunos criterios, pero a partir de esta corriente garantista, así como el control de convencionalidad, los jueces constitucionales tendrán una gran oportunidad histórica para hacer su aportación a la democracia.

Conclusiones.

1. El Estado Constitucional y Democrático de Derecho se presenta como una nueva forma de organización jurídica y política que surge después de la Segunda Guerra Mundial. En dicho paradigma, la Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende también ser un sistema de valores, "*un norma directiva fundamental*". Ejemplo de ello son las Cartas Fundamentales de Bonn de 1949 y la Constitución Española de 1978 entre otras.

2. En el marco del neoconstitucionalismo, diversos autores han expresado sus posiciones afirmando que han surgido nuevos paradigmas en la ciencia jurídica en general y constitucional, en especial, las teorías de la argumentación y ponderación judicial, las cuales son necesarias en la labor que lleva a cabo el juez constitucional, todo esto en relación a la crisis del positivismo jurídico.

3. Asistimos ante un cambio de paradigma en el mundo jurídico, el nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo, es un paradigma que interpreta y entiende el derecho ya no solo en su visión normativista sino en su visión axiológica, es decir, las constituciones están dotadas de un denso contenido sustancial fundado en valores y principios, a decir de Zagrebelsky el derecho se hace más flexible y dúctil, se emplea en las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho.

4. Según Luis Prieto Sanchis podemos ubicar al garantismo en el paradigma neoconstitucionalista, entendido éste como *más principios que reglas, más ponderación que subsunción, ominipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conceptos mínimamente relevantes*, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o

reglamentaria. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y coexistencia de una constelación plural de valores a veces tendencialmente contradictorios.

Sin embargo, algunas diferencias entre neo constitucionalismo y garantismo las podemos resumir así:

a.- La transición del Estado legalista decimonónico al Estado Constitucional contemporáneo es celebrada por ambos modelos. Se observa con beneplácito que el legislador deje de ser la fuente principal del Derecho y que la ley se subordine formal y materialmente a la Constitución. Con ello, como ambos enfoques teóricos subrayan la validez de las normas secundarias quedo sujeta a la verificación del cumplimiento de criterios formales y sustantivos. Lo cual coloca al operador jurídico en una situación sin precedentes, porque los documentos constitucionales tienen como parámetro de validez material de las decisiones secundarias a principios de justicia, abstractos en determinados, sobre todo a los derechos fundamentales de las personas.

b.- Estos modelos reconocen y analizan los problemas que implica la vigencia efectiva del principio de separación de poderes, promueven la agenda de los derechos fundamentales y defienden su no regresividad, todo ello en el marco del contexto del sistema democrático de gobierno.

c.- Tanto el neoconstitucionalismo como garantismo comparten la idea que el poder político debe limitarse a través de instituciones y mecanismos jurídicos para ofrecer garantías a las libertades y derechos básicos de las

personas. La teoría del poder que subyace en ambas aproximaciones propone el sometimiento del poder político al Derecho. Se trata de una tesis que, sobre todo los garantistas, hacen extensiva a los poderes privados. Proponen ambos también una concepción de igualdad y de garantía de ciertos derechos sociales. Por tanto es importante advertir que en ambos modelos el modelo de Bobbio ejerce influencia notoria.

d.- Una diferencia elemental radica en que **el garantismo surge del Derecho penal y que después, en respuesta a las transformaciones constitucionales, transita a un ámbito más amplio del derecho y de la justicia Constitucional**. Por su parte, **el neoconstitucionalismo es una categoría conceptual establecida por miembros de la escuela genovesa con la finalidad de ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas próximas que pueden considerarse como una misma**. Por ello cuando se habla del neoconstitucionalismo hay que diferenciar el pensamiento de autores como *Dworkin* hasta *Zagrebelsky,* pasando por Nino y *Alexy* hasta Carlos Bernal Pulido.

e.- El garantismo es una propuesta teórica especifica con rasgos propios; el neoconstitucionalismo es una noción creada por los miembros de una escuela para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos, que dicho sea de paso sostienen diferencias fuertes.

f.- El garantismo es una teoría jurídica que tiene aparejada una teoría política, en concreto una teoría de la democracia.

Y aunque la primera nació con anterioridad, en ambas existe una simbiosis profunda. Tanto en Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal de 1989, hasta la obra mayor *Principia Iuris una teoría del Diritto e della democrazia.* Sin dicha dimensión política la teoría garantista pierde su horizonte de sentido y su encuadre conceptual. Es una teoría que observa el Derecho desde el balcón del poder y que ofrece una articulación compleja entre ambas dimensiones.

g.- Por su parte, el neoconstitucionalismo al no ser una teoría sino una categoría que sirve para conjugar el pensamiento de diversos teóricos del Derecho, se limita a reunir un conjunto de aproximaciones centradas en el fenómeno jurídico. Todas las teorías del Derecho que se denominan neoconstitucionalistas tienen rasgos comunes, es decir se ubican dentro del paradigma democrático pero no ofertan una teoría política propia. En todo caso promocionan una agenda robusta de derechos fundamentales, tienen una idea de una sociedad justa, sin tener una teoría del poder. Siguiendo a Bobbio el garantismo se desliza por las dos caras de la moneda: Poder y Derecho, mientras que el neoconstitucionalismo se ubica en el segundo plano.

h.- El punto de inflexión entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, reside en la adopción del positivismo metodológico que promueve el primero frente a las tesis de autores neoconstitucionalistas que aceptan la inclusión de algunos elementos de Derecho natural en el Derecho positivo. El neoconstitucionalismo puede aceptar siguiendo el positivismo jurídico que el Derecho sea una hecho social pero no que éste albergue cualquier contenido. Para autores

como *Dworkin*, Nino, *Zaglebelsky* y *Alexy* las normas jurídicas no solo son hechos sino también valores y con ellos se alejan del núcleo duro del iuspositivismo. Esto es así porque, dichos valores suponen, en mayor o menor medida la incorporación de la moral al Derecho.

i.- El garantismo, en cambio, para decirlo con Marina Gascón es ante todo una tesis metodológica de aproximación al Derecho que mantiene la separación del ser y el deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos de análisis jurídico: El meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del Derecho, el jurídico del enjuiciamiento, interno del Derecho y el sociológico de la relación entre Derecho y practica social afectiva.

j.- Aunque que parezca contradictorio, el garantismo tiene una vertiente iusnaturalista, ya que se desdobla en dos dimensiones: *en el plano metodológico* en el que sostiene al iuspositivismo y, *en el plano político*, en el que se adscribe al pensamiento liberal heredero del iusnaturalismo moderno. El iusnaturalismo de Bobbio no es el iusnaturalismo jurídico y metodológico propio del neoconstitucionalismo sino que se ubica en el plano de la filosofía política y descansa en la teoría liberal de los límites y vínculos a los poderes públicos. Los derechos fundamentales son principios o aspiraciones deseables que equivalen a las exigencias de la justicia del iusnaturalismo jurídico clásico y moderno pero solo son Derecho si, en su reconocimiento, media una decisión política. Para el garantismo sobre la línea trazada por Bobbio, la incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución y la implementación de sus garantías solamente

son posibles mediante la decisión, contingente e históricamente determinada, al cargo de una autoridad política: el poder constituyente. Y en esta dimensión la relación entre Derecho y política se invierte: El Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que por el contrario, es la política la que tiene que ser asumida como instrumento del Derecho, **por lo que puede verse es la vinculación entre el Derecho y la política y no entre Derecho y moral la que encuentre expresión plena en la teoría garantista.**

k.-En el modelo garantista se rechaza frontalmente el decisionismo en Derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, al principio de legalidad. El juez para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe a su vez actuar arbitrariamente. El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garantiza un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al Derecho, es un requisito para reducir la discrecionalidad sobre todo, la arbitrariedad del juez.

l.- El neoconstitucionalismo resulta más flexible ante el tema de la discrecionalidad judicial, promueve una noción de activismo judicial que se encuentra estrechamente vinculada con la noción de derechos morales, es decir presupone cierta objetividad de principios morales, en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado. *Alexy* afirma que la principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de sus tres extremos arriba señalados: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido.

m.- Para Juan Antonio García Amado una de las diferencias entre neoconstitucionalistas y positivistas estriba en que los primeros confían en una judicatura activista y comprometida en la imposición de óptimos. En cambio el positivista estima que el grado de satisfacción de cada uno de estos derechos (sociales) y el tipo de preferencia entre ellos es materia propia de una actividad legislativa que refleje el programa político respaldado por la mayoría de los votantes.[448]

n.- Bajo la misma línea argumental García Amado afirma que las razones que mueven al neoconstitucionalismo a una función judicial activista radica en la existencia de principios morales extra jurídicos y juridificados que deben orientar la decisión de los jueces; en el garantismo, en cambio se promueve el activismo desde fuera del Derecho y, si es jurídicamente posible, en el Derecho como parte de un programa político que, debería orientar el que hacer de los juzgadores. La diferencia no es baladí: El juez neoconstitucionalista está autorizado a suplantar al legislador en aras de una justicia con asidero moral objetivo; el juez garantista está obligado a provocar que el legislador haga su tarea en aras de una agenda política liberal y democrática.

5. La teoría jurídica de Luigi Ferrajoli tiene sustento en las ideas pertenecientes a la escuela analítica italiana, realiza un riguroso análisis del lenguaje normativo dentro del universo del discurso de la dogmática jurídica y la teoría del derecho.

[448] GARCIA, Amado, J. A., “Derecho y pretextos” en Carbonell, M. *Teoría del Neoconstitucionalismo*, *Op, Cit.,* pág. 263.

Existen tres planos sobre los cuales gira el garantismo:

a) Modelo Normativo del Derecho, en el que se concibe a los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder, a través del cual se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad por parte del gobernante. Propone una restructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones democracia formal (relacionada al procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones).

b) Teoría del derecho y crítica del Derecho se propone un iuspositivismo crítico, frente a un iuspositivismo dogmático. El iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. En ese tenor, el juez se encuentra obligado a emitir juicio de validez de las normas, dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias de la ley.

c) Filosofía de la política, a través de está, se concibe al Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales. Ferrajoli retoma el concepto de autopoyésis, de Niklas Luhman sobre el carácter autoreferencial de los sistemas políticos, en el cual el Estado es un fin y encarna valores ético políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya condición y reforzamiento ha de instrumentalizarse el Derecho, y por otro lado las doctrinas hereropoyéticas en las cuales el Estado está legitimado para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegitimo sino los garantiza o, más aun, si el mismo los viola.

6. Ferrajoli define a los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos, con

capacidad de obrar; entendiendo por Derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista a sí mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de estás.

7. Ferrajoli rediseña la estructura democrática en dos dimensiones, una formal y otra denominada sustancial la cual vincula la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y demás principios axiológicos. Se relaciona con lo que es lícito o ilícito, legitimo o ilegitimo decidir.

8. De este complejo teórico destinado a la estructura de protección de los derechos, se encuentran las garantías primarias, las cuales se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, las expectativas negativas o positivas que el Estado debe satisfacer las cuales podemos identificar como derechos fundamentales o sociales respectivamente. Las garantías secundarias consisten en las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación correspondiente a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad o de la anulabilidad generadas, como efectos específicos por actos ilícitos o inválidos.

9. La naturaleza supranacional de los derechos es defendida por el jurista italiano desde un plano socio jurídico, ya que expone que los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad. De tal manera, que propone superar esta contradicción mediante la internacionalización de los derechos fundamentales, eliminando esta distinción, al pasar del *status civitatis* al status *personae*, pues para el último factor de exclusión y de discriminación, el ultimo residuo premoderno

de la desigualdad personal en contra posición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.

10. Los derechos político - electorales son derechos fundamentales porque prescriben formas de participación democrática en las sociedades contemporáneas, sin embargo en México históricamente, desde el siglo XIX al no considerarse garantías individuales no se les dotó de efectiva protección constitucional, por tanto el amparo fue improcedente según la propia jurisprudencia de la Suprema corte de justicia de la Nación, hasta que en reiteradas ocasiones la Corte interpretó, vía notación constitucional, que los derechos políticos son derechos fundamentales, atento al contenido y proyección supranacional de los mismos, los cuales se encuentran inmersos en tratados y convenios internacionales, de los cuales la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en diversas ocasiones los aplico a fin de tutelar esos derechos.

11. Hoy día, nadie duda sobre la naturaleza de derechos fundamentales de los derechos político electorales, más bien antes de la Reforma constitucional de junio de 2011, la pregunta versaba sobre como tutelarlos adecuadamente. Con la implementación de la reforma constitucional de referencia, se hace aún más importante contar con un modelo de interpretación y argumentación que resuelva sustancialmente los problemas de los derechos político electorales, máxime por el déficit histórico del que México es heredero por su falta de protección y tutela. Lo anterior, podrá llevarse a cabo de mejor forma a partir de las tesis que al respecto ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de la condena al Estado Mexicano en el caso Radilla Pacheco.

12. El modelo que propongo para tutela efectivamente los derechos político electorales en México, es el modelo garantista de Ferrajoli, pues aunque la teoría jurídica contemporánea reporte diversos modelos de

construcción jurídica, en mi opinión el modelo garantista permite la tutela sustancial de estos derechos de los cuales la interpretación judicial en México fue omisa.

13. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación entendió, como institución, que en el marco de la transición democrática en México era imprescindible, efectuar un vuelco en la interpretación judicial sobre derechos político - electorales, e inauguró una época de protección constitucional de esos derechos entorno a una construcción de tipo garantista, basada en el modelo de Ferrajoli.

14. Ahora bien, en consideración propia existen algunas resoluciones de la Sala Superior y Regionales en que aun cuando se dice que asumen ese modelo de interpretación están lejos de él. En otras ocasiones el garantismo es fehaciente.

15. Es propósito de esta investigación que a fin de demostrar, por un lado que las sentencias del Tribunal Electoral en ocasiones son garantistas y en otra no, además de sostener que es esa la metodología que conviene aplicar en la tutela de los derechos fundamentales, se estudiaron las principales líneas jurisprudenciales y argumentativas a efecto de evidenciar la metodología garantista en cada una de ellas.

Dichas líneas jurisprudenciales son las siguientes:

a.- Nulidad de elección. La causa abstracta de nulidad se desprendía indirectamente vía de interpretación, del ordenamiento jurídico mexicano, sin embargo, requería de una reglamentación en la que se establezcan lineamientos precisos y parámetros claros, que sirvan de base a las autoridades electorales en su aplicación, a fin de observar los principios constitucionales que rigen a toda elección democrática, de manera que, los

ciudadanos, institutos políticos, organismos electorales y, en general, cada uno de los participantes del proceso electoral, conozcan previamente las normas electorales que rigen la contienda electoral y tengan la seguridad jurídica de que éstas, no serán modificadas durante dicha contienda, brindando además transparencia en el proceso, al crearse condiciones optimas de una elección sana y democrática.

La causal abstracta de nulidad asumía un corte garantista, toda vez que establecía, vía interpretación judicial:

1. Las reglas generales en cuanto el desarrollo de las campañas electorales, así como, en lo referente a la tutela del sufragio durante la jornada electoral.
2. Los alcances y consecuencias jurídicas que puedan tener las actividades de las autoridades electorales, al realizar actos relacionados con la vigilancia y aseguramiento de condiciones de equidad durante el proceso electoral, así como la conducta asumida por los partidos políticos y demás actores participantes en la contienda electoral.
3. La regulación al principio de equidad, en cuanto al derecho a recibir financiamiento público directo para actividades ordinarias y gastos de campaña, así como del financiamiento privado; las prerrogativas para uso de los medios masivos de comunicación electrónica e impresa; La fijación de topes de gastos de campaña y sus consecuencias.
4. Los límites del factor determinante, cuando se esté ante la presencia de violaciones substanciales y generalizadas cometidas en una elección, que pongan en peligro los principios constitucionales que rigen en materia electoral.

b.- Derecho a la justicia accesible, completa y efectiva. Las tesis jurisprudenciales materia de este apartado sintetizan, en mi parecer, un proceso de decisiones correctas en la Sala Superior, ya que abandonan el

criterio formalista y paleo positivista construido en la aplicación judicial del derecho en México, por las siguientes consideraciones:

1. Realizan una interpretación amplia para cumplir con los requisitos procesales.
2. Contemplan la suplencia en la deficiencia de la exposición de agravios, en beneficio del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.
3. Si se omite un requisito menor, la autoridad jurisdiccional puede prevenir al actor para que lo subsane y continúe la secuela procesal.

En este tenor, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación hace intentos serios por mejorar el sistema de impartición de justicia en México.

c.- Presunción de inocencia*.* No puede soslayarse que la naturaleza misma de la suspensión queda oscurecida con la propia redacción de los artículos 35 *versus* 36 de la Constitución, pues se le reputa a la vez derecho y obligación, lo que por necesidad, impediría decidir adecuadamente si su suspensión puede (en ambos casos) ser materia de una pena en el sentido fuerte de la expresión, es decir, en el sentido retributivo o como castigo, pues desde luego no es lo mismo que en vía de pena se suspenda o cancele un derecho a que se releve de una obligación.

En cuanto a la regulación de la medida en la legislación mexicana, como ya se ha dicho, por un lado parece excesiva, supuesto que en términos del artículo 38 Constitucional procede en casi cualquier supuesto procesal y por otro lado, también se advierte cierta antinomia con el artículo 45 del Código Penal Federal que la limita al momento de la condena (con lo que resultaría más acorde con la regulación internacional).

Sin embargo, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación canceló la posibilidad de dar congruencia o al menos interpretar sistemáticamente el tema, que por vía de interpretación judicial que se

intentaron por los Tribunales Colegiados, al resolver (la Corte), que no se trata de una ampliación de garantías y que debe ordenarse la suspensión dada la supremacía constitucional y el diverso momento procesal.

Finalmente, como pena, debe seguir también los principios de una política crimina propia de un Estado de derecho de ahí por tanto que deba tener una utilidad en orden a la vida en comunidad y no ser sólo retributiva de culpabilidad.

Consecuentemente, deben observarse también tanto en su formulación legislativa como en su aplicación, los principios pertinentes, destacando el de necesidad y el de adecuación según el hecho cometido y el bien jurídico a proteger y en ese sentido, es obvio que la suspensión de los derechos políticos es adecuada cuando se hace mal uso de ellos según los tipos penales ya legislados en materia electoral, sea por existir coacción o negociación de ellos, pero no parece adecuada para muchos otros tipos que tutelan la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad sexual, etc. y menos aún para todos, por tal razón considero que la Sala Superior no asume el garantismo de Ferrajoli en esta sentencia.

d.- Interpretación conforme: Maximización de los derechos a votar y ser votado. Esta sentencia SUP-JDC-675/2007 constituye una decisión eminentemente garantista, atento que dicha ideología asume como elemento central del Derecho, los derechos político - electorales en juego, por encima incluso del principio democrático y del principio de legalidad que lo refleja.

Los derechos de los individuos (y el derecho al sufragio pasivo lo es) sólo pueden restringirse por muy buenas razones en cierto modo esos derechos se encuentran resguardados de las contingencias políticas cuando éstas resultan irrazonables.

Algunas metáforas ampliamente difundidas y que han hecho fortuna en el discurso de la teoría del Derecho resultan muy expresivas al respecto.

Por citar algunas de las más recurrentes, *Ronald Dworkin* afirma que los derechos funcionan como "triunfos" (*trumps*) frente a la mayoría, Jürgen Habermas se refiere por su parte a los derechos como "*cortafuegos*" que nos previenen frente a la voracidad incendiaria de la acción estatal y, finalmente, Garzón Valdés habla de los derechos como "cotos vedados" a la acción predatoria de la política ordinaria.

Esta vía constitucionaliza el problema de la candidatura del señor Hank Rhon y lo plantea como un conflicto de razones que deben de ser ponderadas.

Dicho de otro modo, la constitucionalización del problema conduce a una homogeneización deóntica de las normas en conflicto, pues se reconduce la referida antinomia entre una regla prohibitiva y una regla permisiva (sentido débil) a una tensión entre dos conjuntos de razones, de principios, de derechos. Ya no se oponen prohibición y permisión de forma inmediata, sino que más bien dos conjuntos de "mandatos de optimización" por usar el sintagma Alexiano, al que no son ajenas las argumentaciones del procedimiento.

Así concebidos, los principios son mandatos de hacer algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Aquí los principios de legalidad, certeza y democracia se oponen a los principios de constitucionalidad, justicia y respeto a los derechos individuales. Que el conflicto se sustancie en materia electoral conlleva una interesante consecuencia en la configuración del conflicto entre democracia y derechos, puesto que el derecho en cuestión es un derecho de sufragio pasivo cuya

salvaguardia también se orienta a garantizar el buen funcionamiento del sistema democrático.

En cualquier caso, de lo que se trata aquí, en este marco poslegalista o neoconstitucionalista, es de resolver un conflicto entre razones a través de una ponderación que en principio puede inclinar el fiel de la balanza en cualquiera de los dos sentidos posibles.

f.- Equidad de género. Dichas sentencias pueden asumirse como garantistas, atento que si bien es cierto que el sistema democrático mexicano se encuentra caracterizado por el monopolio de los partidos políticos para promover la participación del pueblo en la vida democrática y hacer posible el acceso de los ciudadanos al poder público de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan (base I, párrafo segundo, del artículo 41, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

En este orden de ideas, también constituye una obligación de dichos institutos políticos y cobra suma importancia que la cumplan, con los mecanismos de inclusión de los grupos minoritarios previstos en la ley o en sus normas internas, respetando y promoviendo que en la integración de los órganos democráticos de decisión colectiva se refleje, con la mayor fidelidad posible, la pluralidad constitutiva de la sociedad, atenuando con ello la distorsión en la representación social y la discriminación de los grupos minoritarios de la sociedad nacional.

Las sentencias bajo estudio se inscriben en una lógica garantista atento que tutela la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el ámbito político, establecida en la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, según la cual, es obligación de las autoridades establecer las acciones conducentes a lograr la participación equilibrada entre mujeres y hombres en los cargos de elección popular y dentro de las

estructuras de los partidos políticos, así como fomentar la participación equitativa de mujeres y hombres en altos cargos públicos; además de que atiende las obligaciones adoptadas por el Estado mexicano en el Derecho internacional, concretamente, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la que los Estados partes se comprometen a garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.

g.- La tutela del derecho de asociación. La resolución del Tribunal afirma que aquellos derechos que impulsen la creación de un partido político deben de ser cuidadosos con las circunstancias del mismo que directamente afecten a su democracia interna, tanto en el procedimiento de constitución como en el contenido de los documentos básicos que lo definen, en estructura y en funcionamiento.

Así, no sólo es preciso que durante el procedimiento constitutivo se cumplan las exigencias relativas al número de asambleas, al número de asistentes, o al número de afiliados resultantes, sino que el “producto” final de todo ese proceso - los documentos básicos aprobados – se acomoden a la determinaciones de la legislación partidaria.

En muchos países los partidos políticos han sido actores fundamentales en la consecución de la democratización y de la modernización política. Sin embargo, esa modernización no siempre los ha acompañado en su estructura y funcionamiento internos.

El caso que nos ocupa refleja claramente la confluencia de ambos principios: una legislación que da cuenta de la creación, estructura,

funcionamiento y derechos básicos de los afiliados – fundamentalmente el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y el ejercicio de la libertad colectiva del derecho de asociación, en concreto la que se manifiesta en el derecho de auto-organización.

El trasfondo garantista que encuentro en la sentencia bajo estudio radica en que no se permite que oligarquías partidistas se empoderen de asociaciones y pretender formar partidos antidemocráticos, que atenten contra la construcción de un sistema electoral y de partidos en consolidación.

h.- Derechos político – electorales de los pueblos y comunidades indígenas. La conclusión es doble y podemos referirla tanto al aspecto fáctico como al normativo, ya que subyace en ella la necesidad de mejorar las condiciones de vida de la población indígena e impone el deber jurídico-político de garantizarle el derecho a una tutela jurisdiccional completa.

Las cuestiones procedimentales las resuelve el Tribunal mediante una argumentación de carácter antiformalista, es decir, garantista en la que juega un papel destacado la necesidad de ejercer una especie de "acción afirmativa" a favor de los individuos pertenecientes a las comunidades indígenas y de las propias comunidades indígenas, lo cual se traduce en la necesidad de suplir las deficiencias existentes en el escrito de impugnación y de interpretar en un sentido muy amplio el plazo existente para la impugnación.

La decisión está bien justificada en la motivación de la sentencia. Sobre todo, si se tiene en cuenta que las medidas que adopta el tribunal tiene un claro respaldo normativo, de manera que no cabría reprochar a los magistrados el haber incurrido en "*activismo judicial*". Y que no suponen un perjuicio para nadie (para ningún individuo o grupo) que es la justificación

de medidas en las que se beneficia a un individuo (una mujer, en relación con el acceso a un determinado puesto de trabajo; una persona de color, para ingresar en una universidad prestigiosa) en detrimento de otro u otros (un varón, en el primer caso; una persona de raza blanca, en el segundo). De manera que la fundamentación de las dos primeras cuestiones parece realmente impecable.

i.- Libertad de expresión, propaganda negra y derecho de réplica.

La libertad de expresión como derecho fundamental está reconocido y tutelado tanto por la Constitución, así como de diversos tratados, internacionales, tales como el artículo 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual en conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos invocados presenta una doble vertiente consistente en un derecho de cada individuo, pero implica también un derecho de la colectividad a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento de otros ciudadanos.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el derecho fundamental a la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio individual, como el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole.

En este punto, el máximo Tribunal electoral ha sustentado que el ejercicio de dicho derecho fundamental estará limitado o condicionado respecto a los derechos de tercero o a la reputación de las personas o instituciones, correspondiendo al estado su protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en los ámbitos de vida privada, familia, domicilio o correspondencia como la honra y dignidad, los cuales, constituyen valores universales construidos con base en la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos, de ahí que, a partir de los menoscabo o

degradación de los atributos de la personalidad es factible ilustrar sobre la vulneración de los derechos fundamentales antes citados.

Al efecto, la Sala Superior ha sostenido en diversas ejecutorias , que en el debate político se deben proteger y garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, en el marco de una campaña electoral, procurando ensanchar dicho derecho, con el propósito de que se permita la libre circulación de ideas e información acerca de los candidatos y sus partidos políticos por los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión u ofrecer información y que se debe permitir a los titulares de los derechos fundamentales de libertad de pensamiento, de expresión, de imprenta y de información que cuestionen e indaguen sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como discrepar y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones, de forma que lo electores puedan formar libremente su propio criterio para votar.

En sintonía con lo anterior, también la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 13, en relación con el 30 y 32), ha dicho que las expresiones relativas a servidores públicos o a otras personas que ejercen funciones de carácter público deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio en torno a asuntos de interés público o interés general.

Dicho criterio que es aplicable también respecto de las expresiones que se profieran en relación con una persona pública, por ejemplo, un político o un candidato a un cargo de elección popular, quien se somete voluntariamente al escrutinio público, en relación con cuestiones de interés público o interés general, en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada o de conocer o saber la verdad.

Pero también, el ejercicio de dicho derecho aun cuando gravite en el contexto político, no implica que la honra, la reputación y la dignidad de los servidores públicos o de las personas públicas no deban ser jurídicamente protegidos, dado que, por un lado, toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y, por otra, que nadie pueda ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

- ***SUP-RAP-34/2006 y Acumulado***

La diferencia entre la concepción del derecho a la libertad de expresión en el recurso SUP-RAP-34/2006 y la construcción adoptada tan solo unas semanas antes por la Sala en el recurso SUP-RAP- SUP-RAP-31/2006 es abismal. Un tema que inmediatamente llama la atención es la prueba de "escrutinio estricto" que en el RAP 34 anuncia y aplica al caso que resuelve.

Lo anterior, llama la atención porque lo que la Sala establece en dicha sentencia es una prueba de altísimo rigor a la cual debe someterse el ejercicio discursivo de los actores políticos durante las campañas electorales. Esto es, se presupone que los actores políticos – quienes hacen uso del derecho de libertad de expresión en tiempos electorales – deben de ser vigilados con particular rigor, a fin de asegurar que se adhieran a aquellas "características a que deben ceñirse ciertos mensajes" que el legislador ha determinado.

En otras palabras, en el RAP 34 se establece una presunción de desconfianza en contra de los actores políticos y un mandato al juez electoral de proteger con celo a las disposiciones del legislador ante el

riesgo de un ejercicio indebido de un derecho fundamental por parte de los participantes en los procesos electorales.

j.- Integración de autoridades electorales.

La decisión del Tribunal Electoral en el caso bajo estudio, se realizó justamente a partir del contenido y proyecciones políticas, esto es, si reconstruimos el caso, tenemos que la designación de Consejeros Electorales que realiza la Legislatura del Estado es un acto soberano, por lo que la racionalidad que debe imperar en ese acto, es de naturaleza política, dado que se trata de un poder del Estado que encomendará a un ente: Instituto Electoral, una función de Estado: organizar las elecciones. Ello no implica que se politice la decisión, la cual puede basarse en criterios objetivos, sin embargo, al provenir de una soberanía estatal, su naturaleza es de índole política.

En efecto, en el caso concreto la Legislatura del Estado se encontraba en la fecha límite para designar Consejeros Electorales, esto es el 30 de noviembre, y a pesar de ello, no existieron acuerdos sobre la designación; no obstante, continuaba vigente un imperativo legal de realizarlo; más aún en lugar de acudir a la sesión, una fracción parlamentaria se ausenta de la sesión a fin de impedir la construcción de la mayoría requerida para designar Consejeros Electorales, es inconcuso que existe un dolo, el cual debe tener consecuencias jurídicas y políticas para dicha fracción parlamentaria.

Es claro que las dos terceras partes de los diputados que exige la Ley para elegir a funcionarios públicos, entre ellos, a los Consejeros Electorales, puede entenderse como los integrantes totales, sin embargo ante especificidad del caso, en condiciones de anormalidad política, si se designó a los Consejeros con el voto de las dos terceras partes de los

diputados presentes, es constitucional dicha actuación legislativa en esta óptica de interpretación, dado que existen diversos intereses en la propia sede legislativa, pero el más importante es la continuidad del Estado, dado que uno de sus elementos es la permanencia en el tiempo.

k.- Derecho a la información y acceso a boletas electorales*.*

La Sala Superior determinó el no acceso a las boletas electorales, bajo dos argumentos básicos:

a) La restricción de conformidad con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; y
b) La restricción de conformidad a los principios contenidos en el Derecho Internacional.

Para que la sentencia se considerara garantista, en mi opinión, debió permitir el acceso a las boletas, como información pública, es decir, como un ejercicio democrático.

Así pues la restricción a los ciudadanos al acceso a las boletas, no sólo vulnera el derecho humano que es el acceso a la información pública gubernamental, sino que puede afectar a otros derechos vinculados con éste, como la libertad de expresión o de imprenta, es decir, que puede entenderse como una censura previa el no acceso a las boletas electorales de conformidad con los artículos 13.2 y 13.3 de la Convención Americana.

La sentencia comentada adolece de una suficiente y adecuada fundamentación constitucional, y pretende sustentarla en completar una fundamentación de legalidad, ya que no analiza las demandas y juicios acumulados, a la luz y con la recta interpretación por principios e interpretación sistemática de rango supra legal y en sede constitucional.

En efecto, la Sala Superior se limita a un análisis de legalidad, declarando la compatibilidad "sistemática" de las normas "infra-constitucionales", la Ley de Acceso a la información y el Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, concluyendo que por remisión de una a la otra, la información contenida en las "boletas electorales" era "indisponible" y estaba restringida, por ser "reservada" la información contenida en las boletas electorales de la elección presidencial del 6 de julio de 2006.

El criterio que debió prevalecer para determinar la preeminencia del derecho al acceso a la información ("buscar"), sobre la "indisponibilidad" de las boletas electorales ("destruir"), era el ponderar el derecho fundamental de acceso a la información, privilegiando y prevaleciendo éste, bajo el más elemental criterio de jerarquía normativa a saber:

La norma superior; la Constitución (artículo sexto) la Convención Americana (artículo décimo tercero), y el Pacto Internacional de Derechos Políticos (artículo decimonoveno), prevalecen sobre la norma inferior: la Ley de Acceso a la información y el Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales; y en consecuencia, debe respetarse el derecho fundamental a buscar y obtener información, sobre la destrucción de las boletas electorales y permitirle el acceso de ellas a los quejosos, pronunciamiento que debió de efectuar la Sala Superior, en el caso "*el acceso a las boletas electorales*", cuyo comentario y conclusión esgrimimos a continuación:

El criterio de la Sala Superior, como tribunal constitucional especializado falló y fue incompleto, por tanto, no fue garantista, ya que carece de una adecuada y suficiente fundamentación, en sede y rango constitucional, del derecho a la información contenida en las boletas electorales de la elección presidencial del seis de julio de 2006, con base y

sustento en la propia Constitución y en los tratados internacionales; la Convención Americana y el Pacto Internacional de derechos políticos, sobre la base de una restricción e indisponibilidad de “las boletas electorales”, por una supuesta limitación legal y por ser una información “reservada”.

Resulta incuestionable que el derecho de allegarse de información, y eso implica contenido de las “boletas electorales”, es un derecho fundamental y una garantía individual, por estar previstos y provenir de la Constitución, en su artículo sexto; en la Convención Americana, artículo décimo tercero, decimonoveno del Pacto Internacional de Derechos Políticos, por ser la ley suprema en nuestro país, al amparo del artículo 133 de nuestra Carta Magna, así como en los principios (“de la libertad de expresión”), criterios y precedentes de la Suprema Corte de México (tesis del pleno del 99 y 2007, sobre la “supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes federales”) y de la Corte Interamericana de derechos humanos (Opinión Consultiva OC 5/85; “la libertad de asociación de los periodistas).

La Sala Superior no planteó la posible contradicción en estos términos, porque aludió a un criterio de armonización y complementariedad, de tal suerte que desapareció la antinomia, diluyendo el conflicto constitucional de fondo, no se trataba de establecer una norma que concluyera en la disolución de la contradicción, aunque está resultara contraría a la constitución y a los tratados internacionales, en el fondo hay dos afirmaciones y dos criterios en juego, el primero, relativo a un derecho fundamental, el segundo relativo a un problema de límite de tal derecho.

La autoridad concluyó, como única norma, la que afirma que si las boletas están bajo resguardo, entonces no deben mostrase a los ciudadanos que lo requieran en razón de una restricción contenida en el código electoral, y por la infracción del principio de la secrecidad del voto.

Sin embargo, tal conclusión, omite el problema de la constitucionalidad del acto, y del principio de definición, es decir, no se advierte que en tal circunstancia se están enfrentando dos posturas que requieren una solución jerárquica, por lo que está en juego no es la mera aplicabilidad de una norma, lo que realmente está en juego es una garantía individual y un derecho social, más un derecho fundamental prescrito en los artículos 6º de la Constitución, el 13 de la Convención Americana y el *indubio pro homine* del Pacto Internacional de Derechos Políticos.

Por otra parte, el derecho a la información no sólo es una garantía, es un derecho social y como tal una obligación de la autoridad, por lo que, podemos afirmar que hay un principio constitucional de certeza pública, que anima como uno de los axiomas el sistema jurídico mexicano.

Por ello, negar el planteamiento de la antinomia nos coloca en la superficialidad jurídica del problema, en la expresión y no en la razón, el verdadero debate está en los principios y sus consecuencias.

I.- Acceso a la justicia electoral y derecho parlamentario.

Resulta de especial interés analizar la interpretación que ha realizado la Sala Superior acerca de los alcances o límites del derecho a ser votado.

La cuestión central en el debate entre los magistrados que conformaron la mayoría y los disidentes del asunto, fue precisamente dejar claro que el derecho a ser votado abarca solamente el acceso al cargo en condiciones de igualdad y no implica el ejercicio del mismo, con todos los derechos y obligaciones inherentes al mismo, ya que esto último cae en el ámbito del derecho parlamentario.

Primeramente, es necesario aclarar que en una tesis de jurisprudencia, la primera integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral determinó que el derecho a ser votado comprendía no únicamente el derecho del candidato a contender en una campaña electoral, sino también el derecho a ser proclamado como funcionario electo y de ocupar el cargo que la ciudadanía le encomendó.

Posteriormente, este criterio fue matizado en la resolución del expediente SUP-JDC-572/2003. En esa sentencia, la Sala Superior especificó que el derecho a ser votado no involucra la permanencia del funcionario electo en el período correspondiente y sus finalidades inherentes.

En este sentido, observamos que la Sala Superior del Tribunal Electoral, en la mayoría de sus resoluciones, había optado por una interpretación amplia en relación con el derecho a ser votado. Sin embargo, en determinados asuntos, ha optado por una interpretación más restrictiva respecto de los alcances del derecho a ser votado ya que, a través de tres tesis relevantes, ha cerrado la puerta para la impugnación de actos y resoluciones que no pueden ser considerados ni formal ni materialmente legislativos como es el caso del asunto cuya sentencia se analiza, y que, a su vez, pueden llegar a violar los derechos políticos-electorales del ciudadano sin que existan los medios de impugnación para combatirlos y reparar el daño causado, cerrando el acceso a la justicia y dejando en completo estado de indefensión a los ciudadanos afectados.

El magistrado González Oropeza hace una interpretación amplia del derecho a ser votado, en un afán garantista. En este sentido es importante mencionar que la misma Sala Superior, durante la tercera época, emitió un criterio relevante y que el magistrado en cita toma en consideración al elaborar su voto particular.

Para que una decisión de este tipo se considere garantista debe ocuparse de lo siguiente:

Los jueces constitucionales enfrentan, dentro del Estado Constitucional Democrático de Derecho, la tarea de interpretar las normas jurídicas que regulan los derechos fundamentales. En la sentencia en análisis, los magistrados electorales tuvieron posiciones encontradas respecto de dos cuestiones relacionadas con la aplicación de una causal de improcedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales.

La sentencia en estudio establece una interpretación restrictiva respecto del acceso a la justicia como derecho fundamental, los alcances del derecho a ser votado y los actos materialmente administrativos electorales.

El derecho al acceso a la justicia es el medio para hacer efectivos los derechos fundamentales, entre los cuales encontramos, sin ninguna duda, los derechos políticos. En la resolución del estudio, no se justificaba la aplicación de la causal de improcedencia ya que la mayoría de la Sala Superior debió de ponderar entre dicho límite al acceso a la justicia, la reparabilidad del orden jurídico y los derechos políticos violados. Efectivamente, a mi juicio, los magistrados que constituyeron la mayoría, en una posición garantista y de activismo judicial, al interpretar las normas procesales, tenían la obligación de aplicar el propio pro *homine* para favorecer, en principio, el derecho de acción, admitiendo el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y, posteriormente establecer la naturaleza del acto y determinar si con la emisión del mismo se habían violado los derechos político-electorales del ciudadano.

Con relación a la naturaleza del acto impugnado, después de analizar los argumentos de la mayoría de la Sala Superior, los contenidos en el voto particular elaborado por los magistrados disidentes y los criterios que al respecto ha sostenido el Tribunal Electoral durante los más de diez años de existencia consideró que, para determinar la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, es necesario analizar la naturaleza material del acto impugnado.

En un afán de proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos, el Tribunal Electoral tiene el deber de realizar interpretaciones más amplias con el objeto de que ningún acto que viole los derechos políticos-electorales que fuera de la tutela del órgano jurisdiccional federal ya que, en caso contrario, los ciudadanos afectados se encuentran en completo estado de indefensión.

Sin embargo, el voto particular elaborado por los magistrados María del Carmen Alanís Figueroa y Manuel González Oropeza es una muestra de una interpretación garantista del órgano jurisdiccional federal cuyos objetivos son: facilitar el acceso a la justicia electoral federal, no dejar al ciudadano Mario Enrique Pacheco Ceballos en estado de indefensión y proteger el derecho de afiliación en su vertiente de acceso y ejercicio de cargos de dirigencia partidaria.

m.- Formalismo enervante.

La formalidad enervante de acuerdo a estos textos judiciales del Tribunal Constitucional Español atiende principalmente a dos significados:

1. “Los formalismos inútiles que impiden la admisión a trámite de un recurso como son considerar con eficacia una notificación o

publicación en estrados, a pesar de las deficiencias de la misma o de la imposibililidad material de tener conocimiento pleno de su contenido, son consideradas inconstitucionales y,

2. Los requisitos formales y materiales dotados de significación jurídica inútiles, deben necesariamente ser interpretados en el sentido que más favorezca la admisión a trámite del recurso".[449]

En los propios textos de las sentencias citadas, también puede desprenderse que aquel órgano jurisdiccional, ha establecido que los tribunales ordinarios deben ser favorables a la efectividad del derecho al recurso, huyendo de excesos formalistas que resulten contrarios a la finalidad de la norma que convierta cualquier obstáculo insalvable para la prosecución de un proceso, es decir, se tutela el derecho fundamental al acceso a la justicia, establecido en nuestra Constitución y en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el paradigma actual del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, exige que el Tribunal Electoral, el cual tiene encomendadas las funciones del control concreto de la Constitución, efectué criterios de interpretación de tipo abierto, que se maximice la norma a favor del ciudadano para brindar expresión y contenido a la protección de los derechos fundamentales, los cuales en una democracia cobran especial importancia.

Por último, la reflexión gira en torno a la propia legitimidad del Poder Judicial, la cual, como se ha sostenido desde Hamilton en el Federalista, ésta radica en que los poderes judiciales, son poderes de la razón, es decir, su legitimidad se encuentra en las sentencias que emiten y de la protección y tutela de los derechos fundamentales contenidos en ellas, en razón de lo

[449]STC 19/83, 57/84, 60/85, 36/86, 3/87, 185/88, 77/1993, 238/2002, 192/2003, entre otras.

anterior, desde mi punto de vista, la sentencia asume el criterio garantista por oposición a formalista.

n. Equidad en la contienda electoral.

En primer término, la Sala Regional consideró fundado el agravio del partido político actor, pues además de que la sentencia del Tribunal local carecía de fundamentación y motivación, se trataba de una vulneración al principio de equidad en la contienda electoral, ya que permitía de facto, que un diputado local, participara como candidato a Presidente municipal. Lo que genera en sí mismo una arbitrariedad, dado que el diputado en funciones goza de una serie de medios políticos y económicos de los que no gozan los otros contendientes, lo que se traduce en una violación directa a la contienda electoral. Este fue, en síntesis, el argumento toral de la Sala Regional.

La Sala Regional consideró que si bien es cierto que el cargo de diputado local no se encuentra dentro del catálogo que precisa la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima sobre qué tipo de servidores públicos deben separarse con cierta anticipación para participar en un proceso comicial, no se puede negar que dicho funcionario es un servidor público, ya que además de ejercer facultades inherentes a su propia función pública, misma que fue encomendada en las urnas por la ciudadanía, tiene Constitucional y legalmente un cúmulo de facultades que debe ejercer para cumplir con el mandato que le ha sido conferido.

Por otra parte, aplicar de manera restrictiva la última parte de la porción normativa contenida en el artículo 27 de la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima, podría ser una interpretación que, privilegiando el texto legal, no diera cuenta del concepto genérico de servidor público contenido en el texto constitucional.

En ese sentido, sería incorrecto, sostener que si una ley estatal no contempla que un diputado local, al no estar comprendido dentro del catálogo de servidores públicos obligados a separarse de su encargo para participar en una contienda electoral, este servidor público no lo haga, cuando por mandato de la Constitución y el Código Electoral locales, interpretados sistemáticamente, se concluye que debe separarse de sus funciones, atento a la naturaleza jurídica, política y de gestión de sus funciones, ya que sostener lo contrario, lleva implícita una transgresión al orden jurídico, particularmente al principio de equidad.

Dicha situación genera, en consideración de la Sala, per se, una situación de inequidad en la contienda por la presidencia municipal de Colima, pues los demás partidos políticos y candidatos participaron en desigualdad de circunstancias, ya que desde el cargo que ostentó el diputado local en la LV Legislatura del Estado y candidato de la Coalición "PAN ADC, Ganará Colima" puede generó presión en el ánimo de los electores, así como condiciones de inequidad, por cuanto ve al uso y destino de recursos públicos.

Atento a ello la Sala Regional revocó la sentencia del tribunal local y dejó sin efecto el registro de Enrique Michel Ruiz, al propio tiempo que se ordenó a la Coalición, el registro de un nuevo candidato.

De lo anterior deriva uno de los puntos de crítica centrales de la sentencia en análisis, pues ésta fue dictada el nueve de junio del año dos mil nueve y la jornada electoral se desarrollaría el cinco de julio siguiente, sin embargo, dicha situación obedeció a que el desarrollo de la cadena impugnativa local tardó demasiado tiempo y consecuentemente, la Sala Regional tuvo que fallar al límite del plazo.

Desde mi punto de vista, la decisión de la Sala Regional contenida en la sentencia, se inscribe en una lógica de una teoría no positiva, pues si se hubiere resuelto en términos de derecho positivo, con un método adecuado para resolver la antinomia entre las dos disposiciones en conflicto, se hubiere optado por la aplicación de la ley municipal, en la que no se considera al diputado local un servidor público.

Por el contrario, del lenguaje en que está cifrada la sentencia, de las alusiones al Estado Constitucional de Derecho, al principio de Equidad y la cita a un autor contemporáneo como *Jonh Rawls* y en sí, de la propia decisión, al "revocar" a un candidato inelegible, la sentencia se inscribe en un positivismo incluyente, porque valora el principio de equidad, o bien, en una perspectiva garantista, dado que se intentó salvaguardar la equidad y proteger al más débil, en este caso, a los otros candidatos y no al candidato que además fungía como diputado local.

16. Los precedentes internacionales sobre la materia apuntan a decisiones que consolidan la democracia y defienden los derechos fundamentales, México comenzó a orientarse en esa ruta a partir de las sentencias garantistas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y ahora con la Reforma Constitucional de junio de 2011, así como los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será una tarea obligatoria maximizar los derechos político – electorales en México.

Bibliografía.

1. AARNIO, Aulis, “Lo racional como razonable”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

2. _____“De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas”, compilador Pedro Serna, Granada, Comares.

3. ACKERMAN, Bruce y Ayres, Ian, Voting with dollars. A new paradigm for campaign finance, Yale University Press, New Haven y Londres, 2002.

4. ACUÑA, Juan Manuel, “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional”, en Curso de Derecho Procesal Constitucional, Ferrer Mac Gregor Eduardo *et al,* coordinadores, Porrúa y Universidad Panamericana, México 2001.

5. AGUIRRE Anguiano, Sergio S., “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional”, en Carlos F. Natarén Nandayapa y Diana

6. ALEXY, Robert, “Derecho y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, Pablo Larrañaga y Carlos de Santiago, México, Fontamara. 1993.

7. _____“Teoría de la argumentación jurídica”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

8. ALONSO GARCÍA, E., “La interpretación de la Constitución”, Madrid, CEC. 1984.

9. AMAYA, Navarro María Amalia, “Virtudes judiciales y argumentación: una aproximación a la ética jurídica”. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

10. ANDRÉS Ibánéz, Perfecto Andrés , “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”, en Lenguaje forense, Madrid, CGPJ.

11. ARAGÓN, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional en Estudios de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

12. ARREOLA Ayala, Álvaro, “La justicia electoral en México, Breve recuento histórico”, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

13. ATIENZA, Manuel, “Las razones del derecho”, en “Teoría de la Argumentación Jurídica”, México, UNAM.

14. _____”Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral: casos Tanetze, García Flores y Yurécuaro”, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

15. _____”El Derecho como argumentación”, Ariel. 2006.

16. _____”El sentido del Derecho”, Barcelona, Ariel, 2001.

17. BARENDT, Eric, “*Freedom of speech*”, 2a edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

18. BELTRAN de Felipe, Miguel y GONZÁLEZ García, Julio V., “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”, Madrid, CEPC, BOE, 2005.

19. BERNAL, C. (2003), “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

20. BIANCHI, Alberto, “el caso *Texas vs. Jonhson* y el dilema de la colisión de los derechos constitucionales”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1990.

21. BOBBIO. Entre realismo y utopía”, Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones, (coord. L Córdova), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

22. BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, Isonomía, ITAM, México. 2002.

23. BRYCE, J. (1921) “*Modern Democracies*”, The Macmillan Company, vol. I, New York.

24. CAPELLETI, Mauro, “*Giudice legislatori”*, Milán, Giuffré, 1984.

25. CARBONELL, M. (ed), “Neoconstitucionalismo”, Trotta, Madrid, 2003.

26. _____”Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 104, México, mayo-agosto de 2002.

27. _____”Los derechos fundamentales en México, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2006.

28. _____”La libertad de expresión en materia electoral”. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

29. _____ *et al*, “Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de”, Luigi Ferrajoli. Editorial Trotta, Instituto de investigaciones Jurídicas – UNAM. 2005.

30. _____ (2002) “El fin de las certezas autoritarias. Hacia la construcción de un nuevo sistema político y constitucional para México”, UNAM, México.

31. CÁRDENAS, Gracia, Jaime Fernando. “La argumentación como derecho”, 2ª. Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2002.

32. _____“Lecciones de los asuntos de Pemex y amigos de Fox”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2004.

33. _____(1992) “Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos”, FCE, México. 2000.

34. _____(2007) “El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias” Cuestiones Constitucionales, n.16, enero-junio, págs. 44-69.

35. CARPIZO, Jorge, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones” en La Reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social, México, Cámara de Diputados, 1998.

36. _____”Constitución e información” en su libro Nuevos estudios constitucionales, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000.

37. _____”Vida privada y función pública”, Este País. Tendencia y opiniones, núm. 148, México, julio de 2003.

38. CARMONA, TINOCO Ulises, “La interpretación judicial constitucional”, México, UNAM –CNDH, 1996.

39. CASTAÑEDA Ponce (coords.), “La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Reforma del Estado”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

40. CASTILLO González, L. (2004), “Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción, TEPJF, México.

41. COHEN Jonathan, G., "Observations a la STEDH Lihidieux e Isorni de 23-IX-1998. L´apologie de Pétain devant la Coureuropéenne des droits de l´homme", RevueTrimestrielle des Droits de l`Homme, núm. 38, 1999.

42. COMANDUCCI, Paolo, “Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo”, México, Fontamara.

43. CORZO SOSA, EDGAR, “¿Es la Suprema Corte de Justicia de México un Tribunal Constitucional?”, en Carlos F. Natarén Nandayapa y Diana Castañeda Ponce (coords.), La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

44. COSSÍO, DÍAZ José Ramón, “Cambio social y cambio jurídico”, ITAM y Miguel Ángel Porrúa, México. 2001.

45. _____(2002), “Concepciones de la política y legislación” en Isonomía, núm.17, págs. 119-159. México 2001.

46. CRUZ, Parcero Juan Antonio, “La inaplicación de normas electorales: cuando las malas teorías conducen a las malas decisiones”; nota introductoria a cargo de Gustavo César Pale Beristain.--México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

47. _____ “Los errores y las omisiones del Tribunal Electoral. Análisis argumentativo del dictamen de la elección presidencial”. Isonomía, Revista de Teoría y de Filosofía del Derecho, núm. 27, ITAM, México, D.F. 2007.

48. DAHL, Robert., *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999.

49. _____ “La poloarquía: participación y oposición”, trad. J. Moreno, Tecnos, Madrid. 1998.

50. _____“La democracia y sus críticos”, trad. L. Wolfson, Paidós, Barcelona. 1992

51. DÍAZ REVORIO, F. JAVIER, “Introducción”, en La interpretación de la Constitución y la Justicia Constitucional, Porrúa, México, en prensa.

52. _____”El control constitucional del Tribunal Electoral”. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

53. DUVERGER, M., “Los partidos políticos”, trad. J. Campos y E. González, FCE, México. 1988.

54. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Barcelona, Ariel. 1984

55. _____ ”Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad”, trad. M. J. Bertameu y F. Aguilar, Paidós, Barcelona. 2003.

56. _____, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, Democracia deliberativa y derechos humanos, Harol HongjuKoh y Ronald C. Slye (comps.). Gedisa, Barcelona. 2004.

57. _____ , “El imperio de la justicia”, Gedisa, Barcelona. 2005.

58. ELSTER, Jonh (compilador), “La democracia deliberativa”, Barcelona, Gedisa, 2000.

59. EZQUIAGA, Ganuzas Francisco Javier, “La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2000.

60. FERNANDEZ, Ruiz Jorge, “Las elecciones municipales.-- México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, 2010.

61. FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón: teoría del garantismo penal”, prólogo de Norberto Bobbio, 4ª. Edición, Trotta, Valladolid, 2000.

62. _____, “Derechos fundamentales”, en Derechos y Garantías. La ley del más Débil, Trotta, Madrid, 1999.

63. _____,“El Estado Constitucional de Derecho Hoy: El modelo y su divergencia de la realidad”, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, en Antología sobre Argumentación e Interpretación jurídica, Serie Verde. Metodología del trabajo judicial I/2002; Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, México 2002.

64. _____, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, en Estado Constitucional y Globalización”,

compiladores Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, UNAM, Porrúa, México, 2001.

65. _____ “Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial”. Política y justicia en el estado capitalista, trad. P.A. Ibañez, Fontanella, Barcelona. 1978.

66. _____ “El garantismo y la filosofía del derecho”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2001.

67. _____, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid. 2001.

68. _____, “Sobre la definición de la democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero” Isonomía, núm. 19, México. 2003.

69. _____“*Principia Iuris*: teoría del Derecho y la Democracia, III tomos, Trota, España, 2008, traducido por Perfecto Andrés Ibánez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís, y Alfonso Ruiz Miguel.

70. FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Derecho Procesal Constitucional. Origen científico” (1928-1956), Madrid, Marcial Pons, 2008.

71. FERRER Mac-Gregor, Eduardo y ZALDÍVAR Lelo de Larrea, Arturo (coords.), “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional”. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 12 volúmenes, 2008.

72. FERRERES, Comella Víctor., Justicia Constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

73. FISS, Owen, “Libertad de expresión y estructura social”, México, 2002.

74. FIX Zamudio, Héctor y VALENCIA Carmona, Salvador, “Derecho Constitucional mexicano y comparado”, 4ª ed., México, Porrúa, 2005.

75. FIX Zamudio, Héctor y FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “El Derecho de amparo en el mundo”, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer stiftung, 2006.

76. _____, “La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturismo y extranjeros”, Taurus, Madrid. 2001.

77. _____, “¿Qué es la democracia?”, trad. M.A González y M.C. FONTORAMA, 1997. 2003.

78. _____”La ironía de la libertad de expresión”, Barcelona, Gedisa, 1999.

79. FLORES, Giménez Fernando, “Regulación del derecho de asociación: caso Unión Nacional Sinarquista”; nota introductoria de José Alfredo García Solís. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

80. _____ “La democracia interna de los partidos políticos”, Congreso de los Diputados, Madrid. 1988.

81. GALVÁN Rivera, Flavio, “Derecho procesal electoral mexicano”, México, Porrúa, 2006.

82. GARCÍA Belaunde, Domingo, “Derecho Procesal Constitucional”, Colombia, Temis, 2001.

83. GARCIA DE ENTERRIA, E., “La Constitución como norma y el tribunal constitucional”, Civitas, Madrid. 1981.

84. GARCIA, Figueroa Alfonso J, “Interpretación conforme a la Constitución: antinomias y lagunas: caso Hank Rohn”; nota introductoria de Eduardo Hernández Sánchez y Sergio Arturo Guerrero Olvera. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

85. _____, “De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional”, México, Funda, 2004.

86. GARCIA, Muñoz Itzel, “El acceso a la justicia federal electoral: análisis de la sentencia relacionada con el nombramiento del coordinador parlamentario en el Congreso Local de Campeche”; México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

87. GARCIA DE ENTERRIA, E., “La Constitución como norma y el tribunal constitucional”, Civitas, Madrid. 1981.

88. GARZON, Valdés Ernesto, “Los derechos electorales de los pueblos indígenas en México”. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

89. _____, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, Doxa, núm.6, págs. 209-213. 1989.

90. _____“Lo íntimo, lo privado y lo público”, Claves de razón práctica, núm. 137, Madrid, noviembre de 2003.

91. 122. GIMENO Sendra, Vicente y MORENILLA Allard, Pablo, Los procesos de amparo. Civil, penal, administrativo, constitucional y europeo, Madrid, COLEX, 2003.

92. GIL, Rendón Raymundo, Elecciones y derecho a la información: el acceso a las boletas electorales. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

93. GONZALEZ Hernández, J.C., Derecho electoral español: normas y procedimiento, Madrid, Tecnos, 1996.
94. _____"El Estado constitucional", México, UNAM, 2001.

95. HABERMAS, J. (1998), "Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", trad. Madrid, Trota 1998.

96. HART, Hebert, L.A., "El Concepto de Derecho", Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

97. HERNANDEZ, Cruz Armando, "Facultades de investigación de la autoridad administrativa electoral y libertad de expresión: tranformers": nota introductoria a cargo de Marbella Liliana Rodríguez Orozco. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

98. HUNTINGTON, Samuel., "La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX", Paidós, Barcelona, 1998.

99. KELSEN, H. (2002), "Teoría General del Estado", trad. L. Legaz Lacambra, Comares, Granada.

100. KLUG, Ulrich, "Lógica Jurídica", Colombia, Temis.

101. LAPORTA, Francisco J., "El derecho a la información y sus enemigos", Claves de razón práctica, núm. 72, Madrid, mayo de 1997.

102. LASSWEELL, H.D. y Kaplan, A., "Power and Society: A Framework for Political Inquiry", Yale University Press. 1950

103. LEWIS, Anthony, "El caso Sullivan y la Primera Enmienda", Miami, SIP, 2000.

104. LINZ, Juan, "*Parties in Contemporany Democracies, en Political Parties. Old Concepts and New Challenges*", cords. Richard Gunther, José Ramón Montero y Juan Linz. Oxford: Oxford University Press. 2002.

105. LÓPEZ Ayllón, Sergio, “Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta de México” Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, IIJ-UNAM, 2000.

106. _____”Derecho a la información”, Enciclopedia Jurídica Mexicana, tomo IX, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.

107. _____”Derecho a la información”, Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003, México, IIJ- UNAM, Porrúa, 2003.

108. MAC CORMICK, Neil, “*Legal Reasoning and Legal Theory*”, Oxford, University.

109. MADRAZO, Lajous Alejandro, “Los límites de expresión: comentarios a las sentencias SUP-RAP-31/2006 Y SUP-RAP-34/2006 del TEPJF”; nota introductoria a cargo de Enrique Martell y David Ricardo Jaime González. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

110. MAITRET Hernández, Armando Ismael, “Democracia interna de los partidos: obligación de todo órgano o funcionario partidista a dar respuesta a militantes”; nota introductoria a cargo de Sergio Dávila Calderón. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

111. MARTÍN Rebollo, Luis, “Notas sobre el recurso contencioso electoral y otros temas de Derecho Electoral”, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 3, 1991.

112. MICHELS, R., Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna, Amorrortu, Buenos Aires. 1979.

113. MONTESQUIE, “Del espíritu de las leyes” (*De l´espirit des lois*, 1748), traducción española de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Orbis, 1984, 2 vols.

114. MORA-DONATTO, Cecilia, “Informar sobre actividades parlamentarias vs. Propaganda electoral: alcances y límites”; notas introductorias a cargo de Alejandro David Avante Juárez y Enrique Martell Chávez.--México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

115. MURAYAMA, Rendón Ciro, El procedimiento administrativo sancionador: utilización indebida del padrón electoral; nota

introductoria a cargo de Ernesto Camacho Ochoa. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

116. NARVAEZ, Hernández José Ramón, “Derechos indígenas y candidaturas plurinominales: acción afirmativa indígena en la selección de candidatos por el principio de RP”: nota introductoria a cargo de Juan Manuel Sánchez Macías. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

117. NATARÉN Nandayapa Carlos y Diana Castañeda Ponce (coords.), La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

118. NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, Madrid, Tecnos, 1993

119. NIETO, Castillo Santiago, “Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista.” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005.

120. _____”El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)”, Santiago de Chile, *Lexis Nexis*, 2002.

121. OVALLE, Favela, José, “Teoría general del proceso”, 6ª ed., México, Oxford, 2002.

122. OSTOS Mota, María Jesús, El recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidatos electos, Madrid, Universidad San Pablo-CEU, 2007.

123. OLLERO, A. (1982): “Interpretación del derecho y positivismo legalista”, Madrid, Edersa.

124. OROZCO Enríquez, Jesús “Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico” en Cuestiones Constitucionales, núm.13, julio-diciembre, México. 2005.

125. _____“Sistemas de Justicia Electoral en el Derecho Comparado”, en Orozco Henríquez, J. Jesús (coord.), Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001.

126. OROZCO Henríquez, Jesús, “Libertad de expresión”, vv. aa., Diccionario de derecho constitucional, 2ª edición, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2005.

127. ORTIZ Mayagoitia, Guillermo, “Control de la constitucionalidad de las leyes electorales en México”, en J. Jesús Orozco Henríquez (coord.), Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001.

128. PERELMAN, Ch. y OLBRECHT-TYTECA, Lucie, “Tratado de la argumentación. La nueva retórica”, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos. 2000.

129. PEREZ, De los Reyes Marco Antonio, Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas desde la perspectiva de las Salas Regionales, en http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_marcoan.pdf, consultado el 26 de julio de 2012

130. PLATAS, Pacheco, María del Carmen, “Filosofía del Derecho y argumentación jurisdiccional”, Porrúa, México, 2010.

131. PRIETO SANCHÍS, L. (1987): “Ideología e interpretación jurídica”, Madrid, Tecnos.

132. RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, 2ª. Ed, FCE, México, 1995.

133. RIOS, Luis Efrén, “La Sanción partidista en el PAN: comentarios a la sentencia SUP-JDC-341/2003 del TEPJF”, nota introductoria a cargo de Joel Reyes Martínez. -México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

134. RODRIGUEZ, A., La declaración de inconstitucionalidad de Batasuna y la CEDH, en Montilla Martos, J. A. (coord.), La prohibición de partidos políticos, Almería, Universidad de Almería, 2004.

135. SAAVEDRA, M., “Interpretación del derecho y crítica jurídica”, México, Fontamara, 1994.

136. SAGUÉS, Néstor Pedro., “Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.) Derecho Procesal Constitucional, 4ª. Ed., Tomo I, Editorial Porrúa – Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

137. SARTORI, Giovanni. “Elementos de teoría política”. Madrid: Alianza Editorial Textos. 1992.

138. SCHERDLER, Andrea. 2008. “¿Qué es la rendición de cuentas?” México: IFAI

139. SCHMITT, CARL., “Teoría de la Constitución”, Editora Nacional, México, 1981.

140. SERRANO Migallón, Fernando, “El control de la constitucionalidad de las leyes en materia electoral”, Revista de la Facultad de Derecho en México, núm. 247, 2007, págs. 81 y ss.

141. SOLORIO, Almazán Héctor, “Partidos políticos y órganos legislativos: casos sobre designación de consejeros y magistrados electorales”; nota introductoria a cargo de Carlos Vargas Baca. México: Tribunal Electoral Del Poder Judicial de la Federación, 2009.

142. Suprema Corte de Justicia de la Nación, El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001), México, Porrúa, 2002.

143. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Razonamiento y argumentación jurídica”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

144. _____”La interpretación constitucional”. (La falacia de la Interpretación Cualitativa).” En MAC-GREGOR FERRER, Eduardo (Coord.) Derecho Procesal Constitucional, 4ª. ed., Porrúa – Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

145. TEMKIN Yedwab, Benjamín, “Libertad de expresión y campañas negativas”, Rodrigo Salazar Elena. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

146. TERRAZAS SALGADO, RODOLFO, “Introducción al estudio de la Justicia Constitucional Electoral en México”, Ángel editor, México, 2 volúmenes, 2006.

147. TOMAS Mallén, B, “Transfugismo parlamentario y democracia de partidos”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Weber, M. (2004), El político y el científico, trad. F. Rubio Llorente, Alianza, Madrid.

148. TORTORELO, Cervantes Francisco, “La disolución de partidos antisistema”. --México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

149. VAZQUEZ, Rodolfo, “Interpretación jurídica y decisión judicial”, México, Fontamara.

150. VIEHWEG, Theodor, “Tópica y filosofía del Derecho”, Barcelona, Gedisa.

151. VIGO, Rodolfo Luis, “Interpretación Constitucional”, Buenos Aires, Abeledo – Perrot.

152. _____, De la ley al Derecho, 2ª edición, México, Porrúa, 2005

153. _____”El lusnaturalismo actual”, De M. Villey a J. Finnis. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

154. WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Sentido y hecho en el derecho”, traducido por Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara.

155. ZAGREVELSKY, Gustavo, “El derecho dúctil”. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 1995.

156. _____”La Constitución y sus normas”, en M. Carbonell (ed.), Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, Porrúa – UNAM, México, 2000.

Legislación mexicana:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.
- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Legislación extranjera:

- Constitución de Estados Unidos de Norte América
- Constitución de la República Federal de Alemania.
- Ley Orgánica Electoral de España.

Documentos Internacionales

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Agradecimientos y dedicatorias:

"A Jesús, Sócrates y Beethoven, rectores de mi vida…"

A mi hermosa familia que Dios me concedió, por el tiempo y la paciencia que me tuvieron en el desarrollo de la tesis: Maquett, Ernesto y Eugenio de los Cobos.

A dos mujeres de un gran temple que me formaron: María Eugenia Sepúlveda, mi madre y Graciela Sepúlveda, mi tía.

Un agradecimiento especial a mi amigo y maestro, el Dr. Santiago Nieto por dirigir esta investigación, así como al Dr. Juan Manuel Acuña Roldán por su apoyo especial.

A cinco grandes juristas que me han impactado en mi formación profesional: *Artemio Baeza, Óscar Guerra, Rodolfo Terrazas, Juan Carlos Cruz Razo y Mariano Palacios Alcocer.*

En la vida hay momentos difíciles, pero la amistad incondicional de Emilio Espíndola la aprecio, así como la amistad del matrimonio de Angélica Mora y Juan Carlos Recinas, por su ejemplo de honestidad ante los embates.

A Itzel Muñoz García por su cariño y amistad; Por supuesto, al Dr. Sosa Castañeda por acompañarme en este trayecto de circunstancias caóticas en mi vida.

A ese gran equipo de amigos y de trabajo en la Sala Regional Toluca: *Magali, Haydé, Claudia, Enrique y Luis*.