

5 años de Jornadas Académicas en Michoacán

Una visión jurídica de actualidad

Joel Reyes
Iván Castillo
Coordinadores



5 años
de Jornadas
Académicas en
Michoacán

Una visión jurídica de actualidad

Diseño y Creatividad

LRstudio

Reyna Herrera

Eduardo Chávez

5 años de Jornadas Académicas en Michoacán

Una visión jurídica de actualidad

Joel Reyes

Iván Castillo

Coordinadores

Tribunal Electoral del Estado de Michoacán

Magda. María de Jesús García Ramírez
Presidenta

Magdo. Fernando González Cendejas

Magdo. Alejandro Sánchez García

Magdo. Jorge Alberto Zamacona Madrigal

octubre 2013

Índice

I. Presentación	1 0
-----------------------	-----

II. Introducción	1 3
------------------------	-----

Interpretación constitucional y derechos humanos

III. Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales <i>Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas</i>	1 8
--	-----

IV. Interpretación con perspectiva de derechos humanos. Sobre las restricciones a los derechos político electorales <i>Mtro. Iván Castillo Estrada</i>	4 8
--	-----

El principio de igualdad en la aplicación judicial

V. Volver al precedente: una mirada crítica a la promoción de la imagen personal de los servidores públicos y las instituciones sin rostro <i>Mtro. Jaime del Río Salcedo</i>	6 4
--	-----

VI. La obligatoriedad de todas las fuentes normativas sobre derechos humanos de origen internacional <i>Mtro. Luis Miguel Cano López</i>	8 5
--	-----

VII. Seguridad jurídica, legalidad y perspectiva de género. Una propuesta de revisión <i>Mtra. Beatriz Claudia Zavala Pérez</i>	1 0 2
---	-------

Control de convencionalidad

VIII. Una propuesta de método para ejercer el control difuso de convencionalidad <i>Mtra. Graciela Rodríguez Manzo</i>	1 2 0
--	-------

IX. El control difuso de convencionalidad y su naturaleza subsidiaria o complementaria para optimizar el sistema jurídico mexicano <i>Magdo. Jaime Uriel Torres Hernández</i>	1 3 5
--	-------

X. El control convencional desde la perspectiva de un juzgador <i>Magdo. Antonio Ceja Ochoa</i>	1 5 2
--	-------

El principio de proporcionalidad

XI. La necesidad de certeza en los procedimientos de argumentación constitucional empleados en la práctica judicial en México <i>Mtro. Joel Reyes Martínez</i>	1 6 7
---	-------

XII. El principio de proporcionalidad y los requisitos de elegibilidad en México. <i>Magdo. Marco A. Zavala Arredondo</i>	1 9 1
---	-------

A manera de conclusión

XIII. Reflexiones en torno a la cultura de la legalidad en materia electoral. El caso del Tribunal Electoral de Michoacán <i>Magda. María de Jesús García Ramírez</i>	2 3 2
---	-------

I. Presentación

En vísperas de la instalación del Congreso de Anáhuac (1813), el Generalísimo José María Morelos y Pavón planteaba a Don Andrés Quintana Roo la necesidad de hablar con el corazón sobre la nobleza de la virtud, la igualdad y la educación, que entre muchos otros valores serían recogidos en los *Sentimientos de la Nación*, fuente ideológica de la Constitución de Apatzingán de 1814.

La estancia en la que Morelos hablaba a Quintana Roo en esa noche era pequeña, con un solo asiento y una mesa en la que ardía un velón de sebo. Le pedía a don Andrés le escuchara con cuidado para no decir un despropósito durante la instalación del Congreso constituyente, por lo que dentro del discurso señaló: *“que todo el que se queje con justicia, tenga un Tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra el fuerte y el arbitrario”*.

Instalado el Congreso constituyente, y dado su carácter itinerante, fue en Apatzingán en donde el 22 de octubre se expidió el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, conocido como la Constitución de 1814, en la que se plasmaron, en un primer apartado, los *“Principios o elementos constitucionales”* de gran trascendencia fundacional para el Estado mexicano, y en otro, la *“Forma de gobierno”*, por lo que en el artículo 24 se dispuso: *“La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”*.

De igual forma, al confeccionar a las *supremas autoridades*, se dio origen al *supremo tribunal de justicia*, con un tratamiento de *alteza*, al establecerlo de esa forma en los numerales 44, 181, y 185 del *Decreto*.

Así, con base en las disposiciones constitucionales del caso, el 7 de marzo de 1815 se instaló el *Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana*, en Ario de Rosales, Michoacán.

De esta forma, guiados por la visión progresista del Siervo de la Nación, se configuró una de las piezas centrales, en aquellos ayeres, del naciente Estado mexicano, y hoy en día, de nuestro Estado constitucional y democrático de derecho.

Por eso, para el TEEM, con los *Sentimientos de la Nación* se delineó la idea de una tutela judicial; con la *Constitución de Apatzingán* se planteó a la felicidad y a los derechos humanos como el fin último de las instituciones políticas; y con el *Tribunal de Ario de Rosales* se materializó la existencia de un tribunal que escuche, ampare y defienda, por la vía judicial, aquellos derechos de igualdad, propiedad, seguridad y libertad, entre otros.

Son pues estas las bases que impulsaron al TEEM a conmemorar, año con año, particularmente la instalación del *Supremo Tribunal*, origen de los órganos impartidores de justicia en nuestro país, por lo que a partir de 2009 refrendamos nuestra responsabilidad con el fortalecimiento de la cultura de la legalidad, para lo cual institucionalizamos el proyecto de las Jornadas Académicas, una de sus actividades más consolidadas y con identidad propia, encaminadas a construir un diálogo permanente entre la ciudadanía y los órganos impartidores de justicia en Michoacán, así como entre la jurisdicción y diversos temas como la perspectiva de género, los derechos humanos y la democracia.

Desde su inicio, las Jornadas Académicas encontraron en el Poder Judicial de la Federación –a través de los Jueces y Magistrados del Décimo Primer Circuito–, así como en el Poder Judicial del Estado, aliados imprescindibles en la consolidación de la cultura jurídica en Michoacán. Su institucionalidad, apoyo y entusiasmo han sido fundamentales. A todos ellos nuestro reconocimiento.

Hoy, podemos reiterar sin temor a equivocarnos, que las Jornadas Académicas han encontrado en el tiempo su principal fortaleza; en su apertura y reflexión su mayor impulso; en su continua puesta en práctica, un compromiso genuinamente democrático; en su halo académico, su carácter deliberativo y en la suma generosa de

esfuerzos institucionales su principal valor.

Estamos pues, ante un ejercicio que desde hace tiempo dejó de ser un evento del TEEM, para convertirse en patrimonio de la judicatura y la sociedad michoacana.

Es por todo ello que, para hacer patente nuestro compromiso con el fortalecimiento de la cultura de la legalidad, se tomó la decisión de publicar: *Cinco años de Jornadas Académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad.*

Se trata de un texto que busca retratar los esfuerzos de diversas instancias encabezadas por el TEEM, por abonar a una cultura cívica y democrática a partir del fortalecimiento de nuestras instituciones jurídicas y políticas, al tiempo que igualmente, busca plasmar con temas de actualidad el compromiso con el desarrollo de la ciencia jurídica.

Tribunal Electoral del Estado de Michoacán

II. Introducción

En febrero de 2009, y con motivo del CXCV Aniversario de la Instalación del Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana, en Ario de Rosales (1815), el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán (TEEM) y los Magistrados y Jueces del Décimo Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación, sumaron esfuerzos y voluntades con el propósito de iniciar los primeros pasos hacia la institucionalización de las *Jornadas Académicas* a favor de la cultura jurídica en Michoacán.

Esta iniciativa tuvo como finalidad fomentar la actualización de los operadores jurídicos, en las diversas materias que conforman el sistema normativo mexicano, al igual que propiciar en los ciudadanos el interés por las decisiones que toman diariamente sus órganos jurisdiccionales, de tal forma que se favoreciera un mayor y más profundo análisis de las resoluciones judiciales.

Después de cinco ediciones, la trascendencia de las *Jornadas Académicas* parece innegable. El examen crítico en retrospectiva evidencia que se ha logrado alcanzar el objetivo trazado desde el inicio, esto es, acercar el quehacer institucional a la ciudadanía, lo cual se corrobora con el paulatino incremento del número de interesados que ha acudido a cada uno de los foros.

Frente a ese escenario, esta obra colectiva busca dar continuidad a esa labor de actualización y de acercamiento de la cultura jurídica a la ciudadanía en general. La idea de que ahora sea a través de una publicación escrita surgió de las inquietudes de muchos asistentes quienes, con el ánimo de seguir reflexionando, buscaban algún respaldo de los temas que cada uno de los ponentes expuso en las respectivas ediciones.

Por esa razón, el eje central de la publicación consiste en seguir reflexionando sobre diversas interrogantes surgidas durante las cinco ediciones de las *Jornadas Académicas*. Lo que se busca es propiciar nuevos espacios de discusión en algunos temas que suscitaron mayor

interés, adaptándolos a las particularidades normativas actuales y enriqueciéndolos con renovadas temáticas, de tal forma que las opiniones constituyan referentes con utilidad práctica y sirvan de base para nuevas y variadas discusiones.

La idea de este trabajo no es recopilar los distintos ensayos y ponencias presentadas en las *Jornadas Académicas*, sino, sobre la base de la postura asumida en cada una de sus ediciones, se buscó seleccionar algunos temas significativos y dotarlos de actualidad, al igual que incluir algunos otros que tuvieran relevancia actual, a partir de visiones acordes con el nuevo entramado constitucional y legal.

En ese sentido, se tomó en consideración que en las *Jornadas Académicas*, en sus cinco ediciones, se abordaron temas como el precedente judicial, la perspectiva de género, la reforma constitucional, derechos humanos, control de convencionalidad, entre otros. Sobre la base de esos temas generales, se buscó incluir algunos artículos de actualidad, a partir de un orden metodológico que permitiera trazar un hilo conductor y dar continuidad y uniformidad a esta obra colectiva.

La primera parte busca sentar las bases del nuevo esquema constitucional de derechos humanos. Así, Javier Ezquiaga proporciona algunos puntos de vista sobre cómo debe leerse e interpretarse el artículo 1º de la Constitución, y para ello parte de una interrogante fundamental: ¿Qué es lo que ha cambiado con la nueva cláusula interpretativa incorporada a ese precepto constitucional?

A esas reflexiones se agrega el punto de vista de Iván Castillo, quien, a partir de casos concretos, proporciona un referente de cómo deben interpretarse los derechos político electorales, con una visión fundada en los derechos humanos.

En la segunda parte se buscó agrupar los temas relativos al uso del precedente judicial y la perspectiva de género. Por esa razón, se estimó oportuno concentrarlos en un capítulo denominado principio de igualdad, el cual, en los modelos jurídicos actuales, se erige como

la pieza fundamental sobre la cual se estructuran los discursos sobre la aplicación de las normas de derechos humanos.

En esa dirección se inscriben los artículos de Jaime del Río y de Luis Miguel Cano, quienes proporcionan una visión sobre el uso del precedente judicial, tanto nacional como internacional, en función de que la aplicación de la doctrina judicial supone, en cada caso, la concretización del principio de igualdad.

Por su parte, Claudia Zavala ofrece una visión crítica sobre la perspectiva de género, la cual ejemplifica a partir de un caso concreto, para finalmente concluir con una propuesta de redefinición de esa visión.

La tercera parte aglutina uno de los ejes torales de la publicación, que es el control de convencionalidad. En principio, Graciela Rodríguez elabora una propuesta de cómo ejercer ese control por parte de los jueces, para lo cual proporciona algunos pasos a seguir, que pretenden constituir un referente de utilidad práctica para los operadores jurídicos.

Esta postura se complementa con las aportaciones de los magistrados de circuito Jaime Uriel Torres y Antonio Ceja quienes, a partir de su experiencia como juzgadores, comparten algunos de los retos e interrogantes a las que se han enfrentado en su labor cotidiana, lo cual constituye un referente de gran relevancia, que sirve de base para identificar nuevos puntos de discusión y debate.

La cuarta parte se compone de uno de los aspectos de mayor relevancia en la doctrina constitucional actual, que es el de la argumentación de las decisiones que involucran normas de derechos humanos. En esa dirección, Joel Reyes, desde una visión crítica, alerta sobre la necesidad de generar certeza en los procedimientos empleados para argumentar decisiones judiciales fundadas en esa clase de normas.

El magistrado Marco A. Zavala ejemplifica, con casos concretos, las distintas visiones para analizar la misma clase de normas, e identifica

los problemas que se pueden generar en la práctica, con motivo de la articulación e interacción de los distintos medios de control de constitucionalidad.

Por último, la magistrada María de Jesús Ramírez, a manera de conclusión, aporta una serie de reflexiones sobre los beneficios de la cultura democrática, donde se inscribe esta publicación, pues es su convicción que, a través de su promoción, se garantizará en mayor medida el ejercicio de una democracia sustancial.

El conjunto de todas estas reflexiones pretende sentar nuevas bases para la discusión que permitan, por un lado, identificar los paradigmas sobre los que se edificarán las próximas jornadas académicas y, por otro, incentivar a la comunidad jurídica para renovar esfuerzos y seguir por el sendero hasta ahora trazado.

Interpretación constitucional y derechos humanos

III. Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales

Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas¹
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

I. Planteamiento

El amplio interés por la argumentación jurídica en importantes sectores académicos y profesionales relacionados con el Derecho, de manera muy particular en bastantes países latinoamericanos y de forma muy evidente en México, suele ir acompañado de un cierto escepticismo acerca de su utilidad práctica². No faltan quienes la invocan o estudian con la creencia de que es el medio seguro para alcanzar una decisión correcta o incluso justa, ni quienes, desde una perspectiva esta sí muy práctica, consideran a la argumentación jurídica el secreto para alejarse del prevaricato judicial tal como está regulado por ejemplo en el artículo 418 del Código penal peruano³:

“El juez o el fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley [...] será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de 5 años”.

Cuando se confía en la argumentación como el camino para decidir de manera justa (o al menos “correcta”), o para no dictar

resoluciones contrarias “al texto expreso y claro de la ley”, no se tiene en cuenta que el texto expreso y claro de las leyes.

Esa es la razón por la que la argumentación jurídica es relevante. No porque proporcione el modo de “descubrir” el significado que “claramente” expresa un enunciado normativo, sino precisamente porque ese significado no existe: porque en el Derecho surgen inevitablemente casos a los que se les puede dar más de una solución jurídica con sometimiento a la ley; porque no hay un criterio o parámetro de verdad que permita establecer cuál de entre ellas es la “correcta”; y porque en esos casos el único control posible acerca de la corrección de la decisión judicial es un control argumentativo, de las razones que fundamentan y motivan la resolución⁴.

Es por ello que las Constituciones y leyes contemporáneas establecen, de manera más o menos explícita, el deber de motivación de las resoluciones judiciales. Primero, porque es el medio para determinar si el juez se ha sometido o no al ordenamiento jurídico, y segundo, porque es el modo fundamental de legitimación de los órganos jurisdiccionales, cuyo poder, igual que el legislativo y el ejecutivo, “dimana” también del pueblo (artículo 39 de la Constitución mexicana). Por ello, el problema de la motivación de las decisiones judiciales y, consecuentemente, el de la argumentación jurídica, no debe tomarse como una cuestión meramente procesal, sino como un asunto directamente constitucional.

La principal dificultad que plantea la regulación constitucional o legal de la motivación de las resoluciones jurisdiccionales es que establece el deber de motivar, pero no explica en qué consiste esa obligación. Por ejemplo, al establecer el artículo 16 de la Constitución mexicana el deber de fundar y motivar, o al señalar el artículo 120.3 de la Constitución española que “Las sentencias serán siempre motivadas”,

1 Este trabajo es un primer resultado del trabajo desarrollado en el seno del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco IT662-13 dirigido por el Dr. Eduardo Cobreros Mendazona, y de la investigación realizada como Profesor Visitante en el Instituto Tecnológico Autónomo de México gozando de la ayuda PRX12/00059, para estancias de movilidad de profesores e investigadores seniores en centros extranjeros de enseñanza superior e investigación, incluido el Programa Salvador de Madariaga 2012, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
 2 Lo equivocado de esa opinión puede comprobarse en una buena parte de la obra de Manuel ATIENZA, en la que se ha preocupado de la vertiente práctica de la argumentación, como se aprecia nítidamente en su reciente *Curso de Argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013.
 3 Para consultar muchas de las cuestiones tratadas en este trabajo en el Derecho peruano puede verse F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*, Lima: Grijley, 2012; y *La argumentación en la justicia constitucional*, Lima: Grijley, 2013.

4 Para conocer la concepción de la interpretación que está en la base de este análisis puede verse F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006; y más recientemente F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

no se está cerrando, sino, en afortunada expresión de Perfecto Andrés Ibáñez, abriendo el problema de la motivación⁵.

Una situación muy parecida a la de la regulación de la motivación se da en relación a las cláusulas constitucionales de interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos: en lugar de resolver el importante problema de la interpretación de las disposiciones normativas relativas a derechos humanos, abre otros tal vez más complejos acerca de su alcance y la forma de su empleo. De lo que no cabe duda es que este tipo de pautas aplicativas de los derechos humanos se han consolidado en el constitucionalismo moderno, y se han convertido en un potente argumento para justificar la atribución (o el rechazo) de eventuales significados por la persuasividad que acompaña a su invocación. Sin embargo, su uso no consiste únicamente en constatar la conformidad con los tratados de un sentido del enunciado, o la inconformidad de otro, sino que requiere un complejo trabajo argumentativo que deberá hacerse constar en la motivación de la decisión.

Mi trabajo pretende abordar algunos de esos problemas, primero identificándolos, haciendo luego algunas propuestas que tal vez sirvan para reducirlos, y finalmente ofreciendo algunas pautas y requisitos para su adecuado empleo desde la teoría de la argumentación jurídica y el deber constitucional de motivación de las decisiones judiciales⁶.

Uno de los ámbitos más importantes en los que una Constitución se juega su carácter democrático es el de la eficaz protección y garantía de los derechos humanos y de las libertades públicas.

5 Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa*, nº 12, 1992, pág. 288.

6 Me he ocupado anteriormente de esta cuestión en el Derecho mexicano en F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, "La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales. El nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nº 32, 2011, págs. 187-206. Sobre cláusulas similares en el Derecho colombiano y en el Derecho español están dedicados los siguientes análisis: F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, "La interpretación de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos", en AA.VV., *Reflexiones sobre Derecho Global. Homenaje a Luis Fernando Álvarez Londoño*, S.J., Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana, 2007, págs. 79-105; y en F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, págs. 345 y ss.

De nada sirven prolijas y completísimas declaraciones de derechos, si no van acompañadas de medidas efectivas para responder ante las vulneraciones de las que puedan ser objeto y restituyan al ciudadano en su disfrute. En ese sentido, no suele destacarse suficientemente, en mi opinión, el peligro de que el contenido esencial de los derechos quede desvirtuado por vía interpretativa. De nada sirve el reconocimiento amplio de derechos si luego las restricciones al disfrute de los mismos son avaladas por los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía, como consecuencia de una interpretación restrictiva de su campo de actuación.

Ese riesgo, no exclusivo desde luego para la interpretación de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, ha llevado a muchas Constituciones contemporáneas a incorporar reglas destinadas a dirigir la actividad interpretativa judicial, con la finalidad de restringir, en la medida de lo posible, el margen de discrecionalidad inherente a la función jurisdiccional. De entre ellas, seguramente las más explícitas y las que han alcanzado el mayor rango jerárquico son las normas constitucionales destinadas a regular la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos, indicándole al juez con qué criterios debe actuar al otorgar significado a los enunciados normativos sobre esa materia. Como he advertido en otras ocasiones⁷, el gran problema que plantea este tipo de directivas es que son poco eficaces, ya que debido a su generalidad, a su imprecisión y, sobre todo, a que carecen de instrucciones sobre su manejo, no determinan prácticamente en absoluto el trabajo interpretativo del juez. El reto, por ese motivo, es realizar un entendimiento de esas disposiciones referentes a la interpretación que las transforme en reglas concretas de la motivación de la decisión interpretativa, que permitan controlar su adecuación a los requisitos para una fundamentación racional de las decisiones judiciales.

7 De esta cuestión me he ocupado en La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana, cit., págs. 28-33 y 71 y ss.

II. La experiencia internacional

Con la Constitución portuguesa de 1976 se inicia la práctica de incorporar al máximo nivel normativo y como una garantía adicional de los derechos fundamentales cláusulas de interpretación de los mismos conforme a los convenios y tratados internacionales sobre la materia. Su artículo 16 indica lo siguiente⁸:

“1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del Derecho Internacional.

2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

Con una clara inspiración en ese texto, unos pocos años después, en la Constitución española de 1978 se incorporó un segundo párrafo en el artículo 10 del siguiente tenor⁹:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Latinoamérica no quedó al margen de este proceso y, por ejemplo, ya en el año 1985 la Constitución guatemalteca estableció:

Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son

8 Acerca del art. 16 de la Constitución portuguesa puede encontrarse información en J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1995, 6ª ed., págs. 499 y ss.

9 Sobre el artículo 10.2 de la Constitución española es inexcusable la consulta del excelente trabajo de A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Con términos muy similares la Constitución Política de Colombia de 1991 incorpora una directiva muy parecida en su artículo 93:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Coetáneamente, la Constitución rumana de 1991 incluyó un artículo 20 con un contenido también muy similar:

“Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y las libertades de los ciudadanos serán interpretadas y aplicadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Pactos y los demás tratados en los que Rumania sea parte.

Si hubiera discordancias entre los Pactos y los tratados relativos a los derechos fundamentales del hombre en los que Rumania sea parte y las leyes internacionales, tendrán primacía las reglamentaciones internacionales”.

Más recientemente, y poco antes que México, otros países

latinoamericanos han ido adoptando pautas constitucionales de interpretación y aplicación de los derechos humanos. Por ejemplo, la Constitución del Perú de 1993 señala:

Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Disposición Final Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Finalmente, el artículo 13 de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, y el artículo 74 de la reciente Constitución de la República Dominicana proclaman respectivamente:

Artículo 13 de la Constitución boliviana:

I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Artículo 74 de la Constitución de la República Dominicana: Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;
- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

Como puede apreciarse en la exposición ejemplificadora anterior, las fórmulas empleadas son diversas, y diferente, igualmente, tanto la intensidad con la que las cláusulas de interpretación de los derechos han sido constitucionalizadas, como su posición en el entramado nacional de fuentes normativas: simples directivas de interpretación conforme con los tratados, *pro homine* o *pro libertatis*, ubicación de aquéllos en el bloque de constitucionalidad como parámetro para la misma, rango supralegal de los tratados pero infraconstitucional, jerarquía constitucional o, incluso, supranacional¹⁰. Sin embargo, los problemas en todos los países, independientemente del tenor literal

10 Para tener un marco general del contexto latinoamericano, pero también de los similares problemas que se plantean en muchos países deben consultarse los trabajos de Eduardo FERRER MAC-GREGOR, fundamentalmente Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano", en *Estudios Constitucionales*, nº 2, 2011, págs., 531 y ss.Ferrer McGregor exposición de conjunto. Es de consulta inexcusable igualmente el texto coordinado por Alejandro SAIZ ARNAIZ y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México

elegido por cada Constitución, son similares: el rango jerárquico de los tratados, su relación con las Constituciones, si incluyen o no las decisiones de los tribunales internacionales garantes de los derechos, el alcance de las cláusulas pro homine o pro libertatis, si la interpretación conforme con los tratados afecta también a las disposiciones constitucionales, o si implican la incorporación a la Constitución de otros derechos no mencionados expresamente.

De cualquier modo, no considero exagerado considerar que todos estos preceptos, además de establecer obviamente cláusulas para la interpretación conforme a los derechos humanos, pueden ser consideradas verdaderas “puertas abiertas” al Derecho internacional de los derechos humanos, permitiendo de un golpe la incorporación a estas Constituciones de todo el entramado normativo internacional sobre esta materia.

Las razones de la proliferación de este tipo de cláusulas en un buen número de Constituciones contemporáneas son variadas y complejas de analizar, pero me limitaré a las dos que considero más relevantes.

En primer lugar, puede presumirse que lo pretendido por los constituyentes de todos esos países con la introducción de esta pauta interpretativa de los derechos fundamentales fue un intento de uniformización con los ordenamientos jurídicos extranjeros en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, para alcanzar así una homologación internacional en esta materia tan relevante desde el punto de vista del estado de derecho y de la democracia en general¹¹. No es seguramente casual, que las Constituciones portuguesa, española y rumana que incorporaron este tipo de cláusulas interpretativas lo hicieran justo después de salir

10 D.F.: Porrúa/UNAM, 2012. También desde una perspectiva latinoamericana y sobre todo guatemalteca es de interés el trabajo de Karin WAGNER MOTA, Interpretación normativa de la Corte de Constitucionalidad a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos y mecanismos del sistema de las Naciones Unidas sobre protección y promoción de los derechos humanos: mecanismos en el tema de migrantes, Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2012.

11 Vid, por ejemplo, S. BASILE: “Los valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en *La Constitución española de 1978. Estudio introductorio*, dirigido por los profs. A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid: Civitas, 1980 pág. 267; y J RUIZ-GIMENEZ CORTES “Artículo 10 Derechos fundamentales de la persona”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAMIL, Tomo II, Madrid, 1984, págs. 47-155, sobre todo págs. 130 y ss.

de largos regímenes totalitarios, o que la colombiana o la mexicana la hayan incluido coincidiendo con una situación de violación masiva de derechos derivada de la violencia.

En segundo lugar, y como consecuencia de esta primera razón, la fuerza persuasiva de la justificación de la interpretación de los derechos humanos por medio de la invocación de los tratados internacionales sería grande. Por eso, la referencia al ordenamiento internacional ha adquirido una extraordinaria fuerza retórica debida fundamentalmente al grado de autoridad del que están investidas las organizaciones internacionales, autoridad que, como todas, depende en su apreciación del auditorio y, sobre todo, del sector jurídico al que se refiera.

III. Dos maneras de entender las cláusulas de interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos

Con la nueva redacción del artículo primero, la Constitución mexicana se sumó al grupo de Constituciones más avanzadas del mundo en esta materia. Se situó entre aquellos sistemas jurídico-políticos que consideran insuficiente que la limitación de los poderes del Estado esté encomendada únicamente a las normas y Tribunales del Derecho interno, que entienden que el número, reconocimiento y garantía de los derechos no puede dejarse a las fuentes y mecanismos puramente nacionales¹². Dice al respecto PÉREZ LUÑO¹³:

“la garantía de los derechos fundamentales, en su dimensión operativa práctica, debe comenzar a implantarse a nivel de los Estados nacionales para posteriormente universalizarse, pero los derechos fundamentales nacionales no pueden interpretarse sino a partir de los derechos humanos internacionales”.

Al aproximarse, sin embargo, a la práctica de la aplicación de este

12 La idea la tomo de Alejandro SAIZ ARNAIZ, *ob. cit.*, pág. 43.

13 Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, “El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 88, 1995, pág. 172.

tipo de directivas de aplicación de los derechos humanos se aprecian dos actitudes que, a falta de una mejor denominación, llamaré interpretación conservadora (o débil) e interpretación abierta (o fuerte)¹⁴.

La interpretación **conservadora** parte de la idea de que este tipo de cláusulas no añade demasiado a los caminos tradicionales de incorporación del Derecho internacional al Derecho interno, convirtiendo aquellas disposiciones constitucionales en una simple declaración retórica legitimadora del régimen constitucional en el concierto internacional; o, en el mejor de los casos, en una simple reiteración: los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados forman parte del Derecho interno y deben ser empleados para la interpretación de ellos mismos. Por ejemplo, en México ya antes de la reforma constitucional del artículo primero el 133 de la propia Constitución establecía que los tratados forman parte de la “Ley Suprema de la Unión”, por lo que al ser parte del Derecho mexicano deberían ser tenidos en cuenta para la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos o, dicho de otro modo, para determinar las normas que componen el Derecho mexicano de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, el juez mexicano no debería alterar en absoluto el modo de interpretar y entender las disposiciones constitucionales y de los tratados sobre la materia. Nada ha cambiado.

Sin embargo, para dar la máxima eficacia a todas las disposiciones constitucionales, y sentido a la reforma del artículo primero el modo de entenderlo debe ser otro. Efectivamente, de consagrarse esta interpretación *conservadora*, la reforma constitucional carecería de sentido, quedaría vacía de contenido en la parte que está siendo analizada, lo que resultaría una conclusión inadmisibles. Cualquier reforma legal, y mucho más una reforma constitucional, está dirigida a incorporar al ordenamiento jurídico nuevas normas y/o a eliminar

14 Sobre ambas concepciones véase Pierluigi CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid: Marcial Pons, 2011, pág. 185. Dos obras que desarrollan con mucha profundidad la cuestión son Marilisa D’Amico y Barbara Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Turín: Giappichelli, 2009; y Giusi SORRENTI, *L’Interpretazione conforme a Costituzione*, Milán: Giuffrè, 2006.

normas existentes, de tal modo que cualquier interpretación de las nuevas disposiciones incorporadas debe dotarlas de un contenido propio y original, sin considerarlas una mera reiteración de algo que ya estaba dicho antes de la reforma. Por ello, me parece más adecuado, y más respetuoso con la intención perseguida por el órgano revisor de la Constitución, apostar por la interpretación que he denominado *abierta*.

La interpretación *abierta* del artículo primero constitucional implicaría adecuar la interpretación de las disposiciones mexicanas relativas a los derechos humanos al contenido de los tratados internacionales, que devendrían así, por imperativo constitucional y como enseguida explicaré, en el canon hermenéutico de la regulación de los derechos en la Norma Fundamental, otorgando a esos instrumentos internacionales una eficacia nueva y distinta¹⁵.

Como ya he avanzado, mi postura estaría más cerca de esta segunda interpretación, tendente por tanto a aprovechar esas cláusulas constitucionales para introducir cambios en la aplicación de los derechos humanos que profundicen en su reconocimiento y en su garantía. Dicho de otro modo, considero que el Derecho mexicano de los derechos humanos ha cambiado tras la reforma del artículo primero. La pregunta que corresponde contestar es qué es lo que ha cambiado. Que las disposiciones relativas a los derechos humanos deban interpretarse *de conformidad con la Constitución* no supone en realidad ninguna novedad, ya que antes de la reforma también existía esa obligación por una cuestión de simple jerarquía normativa y de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico mexicano. Que las disposiciones relativas a los derechos humanos deban interpretarse *de conformidad con los tratados internacionales* tampoco es ningún cambio, puesto que, en virtud del antes recordado artículo 133 de la Constitución mexicana, los tratados forman parte del Derecho interno, incluso de la “Ley Suprema de la Unión”, por lo que puede considerarse que esta directiva interpretativa de los derechos conforme a los tratados

15 Alejandro SAIZ ARNAIZ, *ob. cit.*, págs. 52 y 53.

preexistía a la reforma del artículo primero. ¿Qué es entonces lo que ha cambiado? ¿Qué ha añadido la nueva cláusula interpretativa?

En mi opinión, las novedades incorporadas al Derecho mexicano a través de la reforma del artículo primero constitucional podrían situarse en dos puntos: en primer lugar, que también las *disposiciones constitucionales sobre derechos humanos* deberían interpretarse conforme a los tratados internacionales, y no sólo los enunciados infraconstitucionales, con lo que se plantearía un importante problema de jerarquía normativa entre la Constitución mexicana y los tratados internacionales; y en segundo lugar, que esa directiva interpretativa fuera tomada como el *único* criterio o método que *siempre* debería ser aplicado para la determinación del significado de las disposiciones sobre derechos humanos del ordenamiento jurídico mexicano, con lo que se plantearía un importante problema de soberanía de los órganos legislativos nacionales.

De manera un poco más ordenada, señalaré que, desde mi punto de vista, las dudas acerca de la aplicación, alcance y efectos de la reforma constitucional del artículo primero se centran, por tanto, en las siguientes cuestiones: por un lado, si el artículo primero se refiere *sólo* a la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos *infraconstitucionales*, o también a las contenidas en *la propia Constitución*; y por otro, si la interpretación de conformidad con los tratados internacionales es el *único método* autorizado para la atribución de significado de los enunciados relativos a los derechos, que debe ser tenido en cuenta *siempre*, o solamente cuando surjan *dudas* acerca del significado o alcance de esos enunciados.

IV. El (variado) contenido del artículo primero de la Constitución mexicana

El artículo primero de la Constitución mexicana dice muchas cosas diferentes pero complementarias. No pretendo ahora realizar una exégesis completa de su texto, pero sí llamar la atención sobre la necesidad de dar a cada elemento presente en el precepto un tratamiento autónomo para proceder, a continuación, a construir

sus relaciones de cara a identificar el régimen de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México.

Debo advertir de que mi análisis va a estar ceñido (y sólo parcialmente) a los dos primeros párrafos, y siempre con el énfasis puesto en las cuestiones interpretativas. En ese sentido, en el artículo primero pueden identificarse al menos todos los elementos diferentes que se señalan a continuación a partir del texto del mismo, que también se reproduce en la parte que interesa en este momento:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta 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.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas 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. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

a) “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”.

A pesar de que habitualmente este tipo de cláusula, similar como acabamos de ver a la existente en un buen número de Constituciones contemporáneas, suele ser tomada como un método o regla para la interpretación de las disposiciones reguladoras de los derechos

humanos, en realidad no lo es puesto que no indica cómo deben interpretarse esos enunciados. Se trataría más bien de una *directiva de selección de significados* que actuaría en una fase posterior, tras obtener varios sentidos de la disposición como consecuencia del uso de los métodos de interpretación. Intentaré explicarlo un poco mejor.

Ante un texto de significado dudoso (o controvertido) el aplicador judicial se encuentra ante varias posibilidades interpretativas obtenidas (o justificadas) por medio de uno o varios métodos (o argumentos) interpretativos¹⁶. Pues bien, la directiva del párrafo segundo del artículo primero que estoy comentando obligaría a seleccionar y atribuir aquél significado de la disposición que sea conforme con la Constitución y los tratados internacionales, frente al que entre en colisión con ellos. Como más adelante intentaré explicar, en mi opinión el Derecho mexicano de los derechos humanos debe obtenerse a partir del nuevo artículo primero de la interpretación conjunta y armónica de las disposiciones constitucionales e internacionales. Por ello, la “conformidad” hay que entenderla referida a las normas resultado de la interpretación de ambos conjuntos de enunciados, por lo que se difuminaría la distinción entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

A partir de la anterior afirmación tal vez pueda entenderse que esta directiva de selección entre posibles significados actuaría tanto en la relación ley/Constitución+tratados, como en la relación Constitución/tratados, aunque de diferente manera. En el primer caso, justificando la opción por el significado de la disposición legal conforme frente a la inconforme. En el segundo, justificando la opción por el significado de la disposición constitucional conforme con los tratados, frente a la inconforme.

¹⁶ Esta frase tan complicada y matizada tal vez requiera de una aclaración ya que es consecuencia de una cierta manera de entender la interpretación jurídica. En primer lugar, ante un texto normativo caben dos situaciones: su significado plantea dudas al intérprete, o diferentes operadores jurídicos (tribunales, autores o partes procesales) le atribuyen diferente significado por lo que éste es controvertido. En segundo lugar, los llamados “métodos”, “reglas”, “instrumentos”, “directivas” o “argumentos” interpretativos pueden considerarse modos o instrumentos para obtener (habría quien utilizaría el verbo “descubrir”) el significado de un enunciado, pero también formas de justificar los significados atribuidos al mismo, lo que me parece más acertado. En tercer lugar, las diferentes propuestas o posibilidades interpretativas pueden ser el resultado de la aplicación de diferentes métodos interpretativos (uno, por ejemplo, el gramatical y otro el sistemático), pero también de un uso diverso del mismo instrumento interpretativo (por ejemplo, una interpretación gramatical que toma en cuenta el sentido vulgar y otra el sentido técnico-jurídico).

En conclusión, esta directiva puede ser tomada también como un *metacriterio* que orienta la aplicación de todos los métodos interpretativos, pero no es uno de ellos. Por esa razón, su uso no es optativo y supeditado a la apreciación por parte del intérprete de una duda o controversia de significado, sino que debería acudir a ella y ser aplicada siempre que entren en juego los derechos humanos.

b) “...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”:

Esta nueva directiva de la parte final del párrafo segundo del artículo primero, puede ser tomada igualmente como una directiva de selección de significados, pero también como una directiva de resultado obligado. Veámoslo.

En primer lugar, esta última parte del segundo párrafo del artículo en comento establece una nueva directiva para justificar la elección de significado cuando varios de los potenciales sentidos de la disposición interpretada son conformes con la Constitución y los tratados internacionales: debe ser atribuido el *más conforme* antes que el *menos conforme*. De ese modo puede afirmarse que una interpretación de este párrafo del artículo primero que optimice sus posibilidades debe llevar a considerar que estas directivas son elementos para la implementación de un sistema coherente de derechos humanos que integre los planos nacional e internacional. Incluso dentro de este último los diferentes tratados y convenios sobre la materia, la jurisprudencia emanada de los órganos jurisdiccionales o administrativos garantes de los mismos, y los del Derecho interno de los demás países firmantes de los diferentes sistemas inter y transnacionales. Ese enfoque lleva a dos importantes consecuencias. La primera, que no puede entenderse esta cláusula como estableciendo la mera compatibilidad normativa, sino como un mandato de optimización del contenido y garantía de los derechos. La segunda, que debe partirse del complejo entramado normativo antes indicado para hacer prevalecer siempre el mayor disfrute y garantía del derecho humano de que se trate: esté recogido en un ámbito estatal, nacional, internacional o en otro sistema jurídico extranjero.

En segundo lugar, y como una consecuencia del anterior planteamiento, esta parte final del segundo párrafo del artículo primero supone una directiva de resultado obligado, de control final de la atribución de significado a las disposiciones sobre derechos humanos. Del mismo modo que sucede con las reglas de interpretación restrictiva o extensiva¹⁷, lo que esta directiva impone es que el sentido que se otorgue al enunciado interpretado, es decir, la norma jurídica reguladora del contenido, consecuencias, límites o garantías del derecho sea la que propicia su disfrute en mayor medida y la paralela menor limitación de las condiciones de su ejercicio.

c) *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”*

Uno de los problemas más debatidos tras la reforma del artículo primero ha sido el de la relación entre Constitución mexicana y tratados sobre derechos humanos, sobre todo en caso de conflicto en las respectivas regulaciones. En este primer párrafo creo que puede encontrarse alguna indicación trascendente acerca de esa relación, en concreto en cuanto a los tratados como fuentes de integración de la regulación constitucional mexicana de los derechos humanos. La pregunta consistiría en determinar si los únicos derechos humanos garantizados (y, por tanto, los únicos para los que los tratados se convertirían en pauta interpretativa) son los expresa o implícitamente mencionados en el texto constitucional, o deben considerarse también incorporados los recogidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

La interpretación restrictiva llevaría a considerar que cuando el artículo primero se refiere a los derechos “reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales”, exige que los derechos de los que gozan todas las personas en los Estados Unidos Mexicanos son los mencionados tanto en la Constitución como en los tratados. En

17 De las normas sobre la interpretación me he ocupado en *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, cit., págs. 28 y ss.; y en *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, cit., págs. 86 y ss. Para conocer un enfoque original y atractivo de la interpretación extensiva y restrictiva véase Riccardo GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán: Giuffrè, 2004, págs. 145 y ss.

ambos. Obviamente una interpretación en este sentido carecería de cualquier sentido, ya que haría absolutamente superflua la reforma y la mención constitucional de los tratados.

Por tanto, parece que este fragmento del primer párrafo del artículo primero establece una cláusula de integración, una puerta abierta al Derecho internacional de los derechos humanos a través de la cual se ha incorporado al Derecho mexicano cualquier otro derecho sobre el que guarde silencio el texto constitucional, pero que pueda desprenderse del texto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por México.

En definitiva, cabe una interpretación extensiva de ese artículo dándole un campo de aplicación mucho más amplio que el sugerido por su letra. Por ejemplo, en España el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una interpretación extraordinariamente amplia del art. 10.2. Así, se ha referido a bastantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸ alegando que es el órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹; el Tribunal ha declarado también que deben ser interpretados de acuerdo con los tratados ratificados por España no sólo los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, sino todas las normas del ordenamiento relativas a esa materia²⁰; también ha incluido otros instrumentos internacionales no vinculantes, como por ejemplo las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, alegando que si bien son distintas de los Convenios y que no son aludidas directamente en el art. 10.2, son textos orientativos que pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los

18 Por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Constitucional español de 10 de abril de 1981, fundamento jurídico 3; de 2 de julio de 1981, fundamento jurídico 3; de 14 de julio de 1981, fundamentos jurídicos 3 y 4; de 10 de noviembre de 1981, fundamento jurídico 3; 19/1982, de 5 de mayo, fundamento jurídico 3; 41/1982, de 2 de julio, fundamento jurídico 5^a; 53/1982, de 22 de julio, fundamentos jurídicos primero y tercero; 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico 5; 65/1982, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 1; 19/1983, de 14 de marzo, fundamento jurídico 2; y 73/1983, de 30 de julio, fundamento jurídico quinto.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de junio de 1981, fundamento jurídico 9.

20 Sentencia del Tribunal Constitucional español 78/1982, de 20 de diciembre, f.j. 4: “Como ya señalábamos en la anterior sentencia número 62/1982, de 15 de octubre (“Boletín Oficial del Estado” de 17 de noviembre, Fundamento Jurídico 1), la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas

Convenios²¹; y, por último, en cierta ocasión, al no existir referencia en los Pactos y Convenios internacionales a la materia que debía resolver (una cuestión relativa a sanciones militares privativas de libertad), y al no poder aplicar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular (ya que al ratificar España el Convenio Europeo se reservó la aplicación de los artículos invocados), el Tribunal Constitucional declaró, no obstante, que a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, subyace “un sistema de valores y principios de alcance universal” que han de informar todo el ordenamiento jurídico²².

d) “...*así como de las garantías para su protección...*”:

Otra duda que ha planteado el reformado artículo primero está referida al valor que debe darse en México a las decisiones de los órganos jurisdiccionales garantes de los tratados internacionales, sobre todo a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no hacer ninguna mención a las mismas el texto del precepto.

Por las mismas razones apuntadas en el apartado anterior, a mi juicio no cabe duda de que los derechos reconocidos en México no son únicamente los establecidos expresamente en el texto de los tratados, sino también aquéllos enunciados por interpretación de los mismos por la Corte Interamericana. Por si hubiera alguna duda, el primer párrafo del artículo primero se refiere al derecho de todas las personas a gozar de los derechos reconocidos en los tratados internacionales “*así como de las garantías para su protección*”, siendo la principal en el caso de los tratados la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Por ello, tiene sentido el actual criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de estimar obligatoria la jurisprudencia de la Corte

en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto y añadimos ahora no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, que reconoce la norma fundamental”.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional español de 23 de noviembre de 1981, fundamento jurídico cuarto.

22 Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de junio de 1981, fundamento jurídico 10.

Interamericana. Las decisiones de ésta no sólo resuelven litigios, sino que para hacerlo y determinar si ha sido vulnerada o no la Convención Americana debe establecer interpretativamente las normas jurídicas que ésta expresa, y eso debe considerarse obligatorio en todo caso.

V. Algunas propuestas para la aplicación del artículo primero constitucional

Para finalizar este breve análisis de algunos de los problemas de aplicación del artículo primero de la Constitución mexicana, querría formular una serie de propuestas que confío en que puedan colaborar a eliminar reticencias acerca de su alcance y aplicabilidad, pero sobre todo a propiciar una mayor y mejor garantía de los derechos humanos en México, que es el objetivo que realmente vale la pena.

e) *Debe realizarse una interpretación del artículo 14 de la Constitución “conforme” con la nueva redacción del artículo primero:*

Toda la Constitución es fuente de normas jurídicas de igual rango, de tal modo que ninguna de ellas puede ser soslayada. Ello obliga a una interpretación sistemática o armonizadora del texto constitucional que garantice la máxima eficacia de toda ella. Pues bien, la Constitución mexicana contenía ya antes de la reforma el párrafo cuarto del artículo 14, que establece la siguiente pauta para la aplicación judicial del Derecho mexicano del orden civil:

“En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Este texto permite distinguir tres situaciones posibles a las que debe enfrentarse el juez civil al dictar sentencia: decisión conforme a la letra, decisión conforme a la interpretación jurídica, y decisión fundada en los principios generales del derecho en caso de laguna. Esta regulación (no se olvide, también) constitucional, sugiere algunas consideraciones importantes al ponerla en relación con el párrafo segundo del artículo primero constitucional tras su reforma.

En primer lugar, refleja un concepto de interpretación, muy difundido en nuestra cultura jurídica, que la identifica con la resolución de dudas de significado. Según esta concepción trasladada al artículo 14, habría actos de aplicación del Derecho conforme a la letra, es decir que no requerirían la previa interpretación del enunciado normativo, y actos de aplicación del Derecho que, como consecuencia de la indeterminación del texto, exigirían su previa interpretación para eliminar la duda de significado. Pues bien, el interrogante que puede plantearse al conectar este artículo con el primero, es si en la primera situación, es decir cuando la sentencia es dictada conforme a la letra porque a juicio del intérprete no hay dudas de significado, es preciso acudir también a los tratados internacionales, o su empleo está limitado a los casos de interpretación, es decir cuando el significado del texto plantea dudas. Dicho de manera más simple, si desde la perspectiva del intérprete el enunciado relativo a los derechos humanos no plantea dudas de significado ¿deben tomarse en consideración los tratados internacionales, o únicamente cuando se aprecie una indeterminación de la disposición a aplicar? No se olvide que el tenor literal del párrafo segundo del artículo primero dice que las disposiciones relativas a los derechos humanos “se interpretarán” de conformidad con los tratados internacionales, tiempo verbal que habitualmente es usado para transmitir normas, no sometidas en este caso a condición o excepción alguna.

Como es sobradamente conocido, y no puedo detenerme ahora en ello, las teorías de la interpretación contemporáneas han mostrado, desde mi punto de vista de manera bastante incuestionable, que no puede hablarse de textos claros u oscuros en sí mismos, puesto que la decisión acerca de si su significado plantea o no dudas la adopta el intérprete con una no despreciable carga de subjetividad relacionada con lo satisfactorio que se considere el significado *prima facie* del enunciado. Por ello, haciendo una interpretación conjunta del artículo 14 y del artículo primero cabrían teóricamente dos soluciones: primar el artículo 14 y limitar el uso de los tratados internacionales a los casos de duda, o primar el artículo primero estableciendo el deber de emplear los tratados internacionales en cualquier acto de aplicación de los derechos humanos. Esta última posición, justificable incluso

a partir del criterio cronológico, es seguramente la más conforme con los tratados internacionales, pero implicaría la desaplicación, al menos parcial, del artículo 14, y la consagración constitucional de un concepto de interpretación amplio bastante alejado del manejado en nuestra cultura jurídica. La primera postura, más respetuosa seguramente de una interpretación armónica o integradora de todo el texto constitucional, por lo dicho plantea el problema de dejar en manos del intérprete la decisión acerca de la claridad u oscuridad del texto y, en consecuencia, la decisión acerca de recurrir o no a los tratados internacionales a la hora de aplicar disposiciones relativas a los derechos humanos. Ello puede ocasionar un protagonismo excesivo de la subjetividad del intérprete y graves problemas de seguridad jurídica para determinar cuáles son las normas mexicanas sobre derechos humanos.

Para evitar ese riesgo, me parece útil poner de nuevo en relación este problema con el deber de fundar y motivar, también las resoluciones judiciales, establecido en el primer párrafo del artículo 16 constitucional. En efecto, a mi juicio la incorporación de la directiva interpretativa que estoy comentando, para hacerla compatible con el artículo 14, obligaría a dotar de un nuevo contenido al deber de motivación de las resoluciones judiciales, incluyendo dentro del mismo dos nuevas obligaciones: la justificación no sólo del modo de disipar la duda acerca del significado de un enunciado, sino también de la propia duda, es decir, de su indeterminación gramatical, sistémica o funcional; y la justificación de la pluralidad de significados posibles del texto, y la razón o razones por las que se opta por uno de ellos y por las que se rechazan otros alternativos, para lo que el propio artículo primero proporciona algunas directivas, como ya se ha mencionado.

f) La distinción entre disposición normativa y norma jurídica:

En ocasiones se olvida la obviedad de que las normas jurídicas no son producidas como tales o, dicho de otro modo, que los órganos que tienen atribuida la competencia para producir normas jurídicas sólo pueden darlas a conocer a sus destinatarios por medio del lenguaje.

Por ello, me parece oportuno distinguir el resultado lingüístico de la actividad de los órganos con competencias normativas, y la norma jurídica como el resultado de la interpretación de ese material lingüístico: a) *El documento normativo*, de un lado, es decir un texto aprobado por la autoridad normativa como consecuencia del procedimiento seguido, por ejemplo, una ley, compuesto de enunciados o *disposiciones normativas*; y b) *El contenido del documento normativo*, es decir, el significado otorgado a las disposiciones que lo forman tras su interpretación, para el que parece adecuado reservar la denominación de *norma jurídica*²³.

Esta concepción de la norma jurídica presupone un concepto amplio de interpretación que la equipara con la simple comprensión de un enunciado. Ello no implica, sin embargo, renunciar a la distinción entre situaciones de duda y situaciones de claridad en relación con el significado que es atribuido a una disposición. Parece compatible mantener simultáneamente que la identificación de la norma jurídica expresada por una disposición exige siempre la interpretación (en sentido amplio) de ésta, y que hay ocasiones en las que el significado *prima facie* de la disposición es satisfactorio para un operador jurídico concreto en un determinado momento, pero en otras ese significado literal le plantea dudas y procede a la interpretación (en sentido estricto) de la disposición.

Si este planteamiento es compartido, se entenderá que la norma jurídica, al configurarse como el resultado de la interpretación, es una “construcción” del intérprete efectuada a partir del texto redactado por los órganos normativos, pero también de otros elementos textuales y/o extratextuales. Desde esa perspectiva, el párrafo segundo del artículo primero de la Constitución mexicana estaría obligando a que la determinación de las normas jurídicas que regulan los derechos humanos se realice a partir de la interpretación

23 Sobre la distinción entre disposiciones normativas y normas jurídicas pueden consultarse las siguientes obras y la bibliografía allí citada: F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, “El sistema jurídico” y “Las fuentes del Derecho”, en M.A. BARRERÉ UNZUETA, A. CAMPOS RUBIO, F.J. EZQUIAGA GANUZAS y J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Lecciones de teoría del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, págs. 119-220; F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, especialmente los Cap. 4 y 5; y F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, Valladolid: Lex Nova, 2000, especialmente los Cap. VI y VII.

combinada (o, si se quiere, “sistemática”) de los enunciados constitucionales sobre la materia, con los incluidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Y no sólo en los casos de duda gramatical, es decir, cuando la redacción que la Constitución da a un determinado derecho plantea dudas sobre su alcance o, en general, sobre su significado, sino en cualquier acto de aplicación de cualquier derecho. Intentaré explicar por qué.

En contextos jurídicos, el concepto de interpretación que habitualmente es manejado la identifica con la resolución de dudas o de oscuridades del texto (*“in claris non fit interpretatio”*), de tal modo que cuando el enunciado objeto de interpretación es “claro” no habría interpretación sino simple aplicación. En coherencia con este concepto puede existir la inclinación, como ya he indicado, de entender el artículo primero como una pauta interpretativa para resolver las dudas u oscuridades de los enunciados constitucionales relativos a los derechos, de tal modo que cuando la disposición constitucional sobre la materia sea considerada “clara” no sería de aplicación la directiva interpretativa que remite a los tratados internacionales. Como puede apreciarse rápidamente, el concepto de interpretación descrito más arriba difiere notablemente del habitual en nuestra cultura jurídica, ya que identifica la interpretación con la comprensión de un enunciado normativo independientemente de las dudas, oscuridades o discrepancias que su significado plantee. Con este concepto, cualquier acto de aplicación de los enunciados constitucionales en materia de derechos humanos requeriría su interpretación y, en consecuencia, la aplicación del artículo primero.

En definitiva, un entendimiento como el que se propone implica un cambio de perspectiva sobre el modo de entender los derechos reconocidos constitucionalmente. El artículo primero constitucional no es tomado como una simple pauta interpretativa que permita resolver las dudas o controversias de significado, sino, como se indicó en un punto anterior, como una verdadera ventana abierta a un sistema universal (o, en su caso, regional) de los derechos humanos tendente a propiciar su aplicación uniforme.

Creo, por tanto, que la interpretación “conforme” que exige el artículo primero no es más que un deber para el juez de “construir” las *normas* mexicanas sobre derechos humanos a partir de la interpretación conjunta de las *disposiciones* constitucionales e internacionales. Esta interpretación “adecuadora” no se justifica únicamente en la relación jerárquica formal entre la disposición interpretada y la norma a la que se adecúa su interpretación, sino que pueden ser normas formalmente equiordenadas (interpretación adecuada horizontal) o incluso inferiores (interpretación adecuada vertical ascendente), pero que son consideradas por el intérprete axiológicamente superiores²⁴. Por ello, puede ser muy útil para entender, como se explicará en el próximo punto, que es posible la interpretación de las disposiciones constitucionales conforme con los tratados internacionales sin que ello implique una superioridad jerárquica formal de éstos.

De cualquier forma, creo que en la gran mayoría de las ocasiones las eventuales antinomias que puedan apreciarse entre disposiciones las constitucionales y las de los tratados podrán evitarse por medio de una interpretación sistemática, de una argumentación a contrario o por medio de esa interpretación adecuada, eligiendo de entre los potenciales significados de ambos tipos de disposiciones las normas compatibles²⁵.

En el supuesto extremo de que no puedan obtenerse normas compatibles de las disposiciones constitucional y la internacional, el efecto no sería de invalidez, nulidad o derogación de la norma constitucional, sino que debería procederse a su *inaplicación* al caso, de manera idéntica a lo que sucede cuando se procede a ponderar los principios: deben aplicarse todos en el mayor grado posible, pero cuando uno prevalece y otro queda inaplicado o aplicado en menor medida es sólo para el caso concreto, sin que se resienta en absoluto su validez. Este planteamiento posee adicionalmente la ventaja de que incluso cuando la aplicación preferente del tratado se debe a que contempla una excepción a la regulación constitucional,

24 Acerca de la interpretación adecuada y sus tipos, a partir de la diferencia entre jerarquía formal y axiológica, véase Pierluigi CHIASSONI, Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas, cit., pág. 151.

25 Acerca de las antinomias véase F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, Conflictos normativos e interpretación jurídica, Morelia: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2010.

o una matización, ampliación o integración, la norma jurídica sobre derechos humanos se estará construyendo a partir de disposiciones tanto constitucionales como internacionales, y será en todo caso Derecho mexicano.

g) La relación Constitución/tratados puede establecerse en términos diferentes a los de jerarquía:

Continuando con la distinción efectuada en el apartado anterior entre disposiciones normativas y normas jurídicas, se podrá comprender mejor, espero, que para determinar la conformidad o no de la Constitución con los tratados internacionales es necesario identificar las normas jurídicas que formulan interpretando previamente sus disposiciones. Tras la interpretación sí pueden compararse las normas respectivas para apreciar su conformidad, siendo cuatro los resultados posibles de la misma: que sean *prima facie* coherentes, que la regulación constitucional sea más garantista que la del tratado, que la regulación del tratado sea más garantista que la constitucional, o que se aprecie *prima facie* una contradicción. En los dos primeros casos de coincidencia en la regulación y de regulación constitucional más garantista no hay problema. Donde surgen los problemas y los cuestionamientos es cuando la comparación conduce a la aplicación de la norma del tratado frente a la de la Constitución porque se estaría cuestionando la supremacía jerárquica de ésta. Veamos cómo puede resolverse.

En primer lugar, la directiva del párrafo segundo del artículo primero debe entenderse como un mandato de interpretación conforme *entre* Constitución y tratados. Ello implica, de un lado, la prohibición de desconocer los tratados para la interpretación de la Constitución, pero del otro, la prohibición de ignorar la Constitución. El Tribunal Constitucional español lo dijo con claridad en relación al artículo 10.2 de la Constitución:

“La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las

normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas²⁶.

Incluso el uso de los tratados para integrar derechos debería justificarse por la vía de la interpretación conjunta de las disposiciones de la Constitución y de los tratados. Por ejemplo, el derecho a la segunda instancia o derecho al recurso en materia penal no está contemplado como tal en la Constitución española, pero el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo impone: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Pues bien, el Tribunal Constitucional entendió que ese derecho se desprende del artículo 24.1 de la Constitución (“derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”) interpretado conforme al artículo 14.5 del Pacto²⁷. En ese sentido, no es fácil imaginar un derecho humano contemplado en los tratados internacionales que no sea encuadrable o deducible interpretativamente de alguna o algunas disposiciones constitucionales. Como afirma SAIZ ARNAIZ en relación con la Constitución española, pero fácilmente aplicable a la mexicana:

“no puede dejar de reconocerse que el amplio catálogo de derechos fundamentales presente en la Constitución hace muy difícil la hipótesis de la existencia de un derecho reconocido en algún tratado firmado por España que no tenga su correspondiente constitucional o que [...] no

26 Sentencia del Tribunal Constitucional español 64/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico 4. Para esta cuestión es interesante la consulta de Alejandro SAIZ ARNAIZ, *ob. cit.*, pág. 80; y Carolina LEÓN BASTOS, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Madrid: Reus, 2010, pág. 134.

27 Sentencia del Tribunal Constitucional español 42/1982, de 5 de julio. Otros ejemplos de derechos no contemplados expresamente en la Constitución española pero que pueden deducirse de la interpretación de ésta conforme (en estos casos) con la Declaración Universal de Derechos Humanos y/o el Pacto

pueda vincularse a alguno de éstos, por lo que, en teoría, resulta poco imaginable el supuesto del derecho totalmente nuevo o desvinculado por completo del aquel catálogo²⁸.

Es por ello que también el Tribunal Constitucional español haya hablado de la “dimensión integradora” del tipo de cláusula que se está analizando²⁹. Debe advertirse, sin embargo, que cuanto mayor sea la construcción interpretativa o integradora del aplicador para encontrar acomodo constitucional al derecho, mayor es la carga motivatoria que deberá ofrecerse.

En segundo lugar, creo que no es exagerado afirmar que el gran problema para la aplicación del artículo primero es la relación entre Constitución y tratados internacionales. En concreto, la posibilidad de que éstos últimos puedan prevalecer en caso de conflicto frente a la primera, cuestionándose así el sólido y estructural principio de la supremacía constitucional. Veamos cómo puede hacerse frente a esta objeción.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos son el derecho a no ser sometido a esclavitud, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la nacionalidad, o la prohibición de toda forma de apología del odio nacional, racial y religioso. Véase al respecto Alejandro SAIZ ARNAIZ, *ob. cit.*, págs. 79-86.

28 Alejandro SAIZ ARNAIZ, *ob. cit.*, pág. 84.

29 Sentencia del Tribunal Constitucional español 181/1994, de 20 de junio, fundamento jurídico 2 (la cursiva está añadida):

“la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de tal garantía y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión “material” y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías “en relación con algún interés” de quien lo invoca (STC 90/1988). En tal aspecto es razonable que el derecho a “ser asistido gratuitamente por un intérprete” haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre. Al efecto cobran su auténtica dimensión no sólo esclarecedora sino integradora los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, a cuya luz han de interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades (art. 10 CE). Pues bien, aquel derecho está reconocido tal cual por el CEDH [art. 6.3º e)] y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 14.3º f)], ambos ratificados por el Reino de España en 1977 y 1979, en orden inverso. El enunciado abstracto con el cual comienzan ambos preceptos coincidentes a la letra es completado, sin embargo por un condicionamiento que enlaza directa e inmediatamente con la dimensión “material” de la indefensión, más arriba perfilada. Efectivamente, la exigencia de intérprete se da cuando el acusado “no comprenda o no hable el idioma empleado en el Tribunal” o “en la audiencia”. No hay alusión alguna a la nacionalidad, como dato jurídico, o al origen, como dato geográfico, sino a una circunstancia real, la posibilidad de comprender cuanto se dice en el juicio y aun la simétrica de expresar cuanto ha de ser dicho por el reo para defenderse de las acusaciones contra él vertidas”.

Las jerarquías normativas no son de un único tipo. Siguiendo a GUASTINI pueden identificarse, al menos, tres tipos de superioridad normativa³⁰:

1. *Jerarquía (o superioridad) material o sustancial*: las dos normas tienen una relación de este tipo si hay una tercera norma jurídica que establece la invalidez de una de ellas si entra en conflicto con la otra (por ejemplo, es la relación que se establece entre ley y Constitución).
2. *Jerarquía (o superioridad) estructural o formal*: es la que se da, independientemente del contenido, entre las normas que regulan la producción de otras normas y las normas producidas (por ejemplo, entre ley de delegación y el decreto legislativo delegado).
3. *Jerarquía (o superioridad) lógica o lingüística*: una norma se refiere a otra (por ejemplo, una disposición derogatoria y la derogada).
4. *Jerarquía (o superioridad) axiológica*³¹: cuando una de las normas es considerada más importante, prevalente, preferible que la otra (por ejemplo, entre los principios y las demás normas):

“la relación de preferencia depende de una valoración comparativa sustancial de la importancia de las normas mismas: con base en una jerarquía axiológica, una norma prevalece sobre otra si es considerada mayoritariamente adecuada a los valores, a los principios, a las doctrinas ético-políticas que inspiran el sistema jurídico, o uno de sus subsistemas”³².

Pues bien, a partir de esa clasificación puede afirmarse que desde un punto de vista tanto estructural como lógico, la Constitución es superior jerárquicamente a los tratados ya que aquella habla

30 En el texto se ha hecho una reconstrucción de los tipos de superioridad normativa a partir de varias obras de Riccardo GUASTINI en las que no ofrece un listado siempre coincidente: “Gerarchie normative”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1997; *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán: Giuffrè, 2004, págs. 173 y 174; e *Interpretare e argomentare*, Milán: Giuffrè, 2011, págs. 165-167.

31 En este caso el concepto lo tomo de Giorgio PINO, “Norme e gerarchie normative”, en *Analisi e Diritto*, 2008, pág.288.

32 Ibídem.

de éstos en el artículo primero, y la aplicabilidad de los tratados la ha establecido la Constitución mexicana³³. Pero desde un punto de vista axiológico los tratados son superiores jerárquicamente a la Constitución por la autovinculación a los mismos de su artículo primero como consecuencia de una opción ético-política, muy similar al que se produce en el control de constitucionalidad atribuido a un órgano jurisdiccional como la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En última instancia, todos los tipos de jerarquía normativa reposan sobre valoraciones, pero la peculiaridad de la axiológica es que el efecto sobre la norma “inferior” no es necesariamente de invalidez o de nulidad, sino que se manifiesta como un problema de aplicabilidad: se aplica la considerada más importante, inaplicándose la otra. La importancia de la inclusión en las Constituciones contemporáneas de cláusulas interpretativas de los derechos humanos del tipo del artículo primero es que la preferencia por una de las normas en conflicto no queda al juicio valorativo del intérprete, sino que está establecida normativamente y al máximo nivel.

33 En el mismo sentido véase Samuel GONZÁLEZ RUIZ, “Derechos humanos y supremacía constitucional”, en *Foro Jurídico*, nº 105, 2012, págs. 52 y ss.

IV. Interpretación con perspectiva de derechos humanos. Sobre las restricciones a los derechos político electorales

Iván Castillo Estrada
(Universidad Iberoamericana)

1. ¿Principio pro persona o criterio jerárquico?

Cuando menos desde el año dos mil siete, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación utilizó el principio *pro persona* para resolver una antinomia entre un derecho fundamental en materia política electoral y una restricción constitucional al mismo. En esa ocasión, como se explicará más adelante, en el caso concreto la restricción constitucional fue derrotada por una norma local que se consideró más benéfica. No obstante, ese tribunal en asuntos posteriores modificó su criterio y solucionó esas antinomias a partir de criterios formalistas, como el jerárquico.

Por otro lado, el diez de julio de dos mil once se incorporó en el texto constitucional el principio *pro persona* como criterio interpretativo de las normas relativas a derechos humanos. A partir de este reconocimiento, muchas de las personas que nos dedicamos al derecho procesal constitucional pensamos que los parámetros formalistas y tradicionales de solución de controversias, como el criterio jerárquico, pasarían a un segundo plano cuando se involucraran derechos humanos.

En ese sentido, los derroteros para la interpretación constitucional de las restricciones a derechos humanos serían el criterio de ponderación, los escrutinios, la interpretación conforme, los criterios de racionalidad y razonabilidad, etcétera, pero no el simple formalismo artificial de la jerarquía de una norma en el ordenamiento jurídico interno.

Como se explicará a continuación, a partir del análisis de una restricción al derecho a ser votado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación han

optado, en algunos casos, por continuar con los criterios formalistas para saber si las restricciones a los derechos fundamentales son legítimas o no, al utilizar el criterio jerárquico.

2. Derechos en materia política electoral

Los primeros dos párrafos del artículo primero constitucional aportan los primeros acercamientos y bases para conocer el peso y dimensiones exactas de los derechos fundamentales, las cuales son: Primera: Los derechos fundamentales son los reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Segunda: El ejercicio de los derechos humanos sólo puede restringirse y suspenderse en las condiciones que establece la propia Constitución. Tercera: La interpretación de los derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Los derechos político electorales deben ser considerados como fundamentales, en un estado democrático, en tanto son las base para que las decisiones colectivas que se adopten sean producto del mayor consenso posible y el mínimo de arbitrariedad, es decir, que sean legítimas e incluyentes. Ese carácter de derecho fundamental ha llevado al reconocimiento de estos derechos en los textos constitucionales, así como a la implementación de procesos jurisdiccionales para su defensa.¹

En relación con la primera base, el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece un conjunto de derechos fundamentales en materia política, entre ellos se encuentran los siguientes, cuyo contenido se relaciona directamente con la materia electoral: votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país, y votar en las consultas populares.

¹ Algunas personas, entre las cuales no me incluyo, consideran que el proceso es al revés, es decir que el simple hecho de que un derecho se encuentre contemplado en la Constitución y en instrumentos internacionales es suficiente para considerarlo *derecho fundamental*, por ejemplo, vid Orozco Henríquez, J. Jesús, comentario al artículo 35 constitucional, *Derechos del Pueblo Mexicano*, Cámara de Diputados, 2006, t. XVII, p. 422.

Por su parte, en el ámbito internacional, en términos similares, en la Convención Americana de Derechos Humanos se establece,² en el artículo 23.1, entre otros, los derechos en materia política electoral 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.

Así, los derechos de participación en materia política electoral se encuentran contemplados, tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado Mexicano, a partir de ese reconocimiento normativo y de las diversas ocasiones en las cuales el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha definido a estos derechos,³ podemos sintetizarlos en los siguientes términos:

Derecho a votar. Consiste en el derecho del ciudadano para participar en cualquiera de las votaciones públicas que se celebren para la toma de las decisiones políticas trascendentes, tales como elegir a los titulares del poder ejecutivo y a los miembros del legislativo, así como para participar en los mecanismos de democracia directa.

Derecho a ser votado. Como la facultad del ciudadano a ser postulado para un cargo de elección popular, cuando tiene las calidades establecidas por el ordenamiento vigente, así como la garantía de contar con los medios instrumentales y materiales para contender, ocupar y desempeñar el cargo, así como recibir las prerrogativas inherentes a él.⁴

Derecho de asociación. El derecho de asociación político-electoral constituye una especie de la asociación en materia política, pues

- 2 En otros instrumentos internacionales también existe el reconocimiento de estos derechos, por ejemplo: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX); Carta Democrática Interamericana (artículo 28), y Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (artículos I, II y III).
- 3 DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN. Jurisprudencia 27/2002, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Tercera Época Año 2003, pp. 26 y 27.
- 4 SSTEPJF, SUP-JDC-410/2008, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 27 de agosto de 2008, pp. 13.

se refiere, en principio, a la prerrogativa de los ciudadanos de organizarse en partidos y agrupaciones políticas. Además, incluye todos los derechos relacionados vinculados con la pertenencia a esas instituciones, tales como conservar o ratificar su afiliación, desafiliarse, ocupar cargos al interior, etcétera.⁵

En relación con las condiciones para restringir o suspender el ejercicio de los derechos, entre ellos los de votar y ser votado, la mencionada segunda base establece que las mismas deben estar establecidas en la Constitución. En principio, ese mandato constitucional debe entenderse como una garantía de la amplitud del derecho, pues está referida a derechos humanos, cuyo contenido mínimo es el que se reconoce en los textos, y estos deben tender a la expansión, y no debería interpretarse como una posibilidad de establecer cualquier restricción en sede constitucional.

Sobre el tema de cuáles restricciones son acordes con los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que se debe observar los principios de legalidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad, lo cual implica que las restricciones deben encontrarse en una ley, no ser discriminatorias, basarse en

- 5 DERECHO DE AFILIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCES. 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 50, 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, y 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 tanto, 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, 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. Jurisprudencia 24/2002, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Tercera Época, Año 2003, pp. 19 y 20.

criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que las torne necesarias para satisfacer un interés público imperativo, si existen varias opciones, deben ser las menos restrictivas y ser proporcionales con el objetivo perseguido.⁶

Las afirmaciones contenidas en los dos párrafos precedentes son, en mi opinión, el tema central de la discusión sobre la interpretación con perspectiva de derechos humanos, pues el tamaño o peso *real* de los derechos fundamentales que se integra a partir de los distintos instrumentos internacionales que vaya adoptando México, su contenido se vería limitado o definido sobre la base de las restricciones que se les impongan. Este tema, además, se torna importante a partir de la posición adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante las sesiones del Pleno de la primera semana de septiembre del año dos mil trece.

Así es, algunos aspectos esenciales sobre la interpretación de las bases segunda y tercera fueron objeto de discusión por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los temas relevantes - para el objeto de este ensayo - sobre los cuales versó la resolución fueron: si una restricción a un derecho fundamental en sede constitucional es derrotable por una norma más benéfica establecida en un tratado internacional, y si en una antinomia sobre ese tema, el método para resolverla debe ser el jerárquico, con la Constitución en la cúspide, o bien, utilizando el principio *pro persona* para aplicar aquella norma que sea más benéfica.

La discusión en el Pleno versó sobre las dos posiciones indicadas, y como era de esperarse, los ministros de la Suprema Corte adoptaron una posición que puede verse, en términos generales, como conservadora, por decir lo menos, pues si bien resolvió que los derechos humanos provenientes de fuente internacional tienen el mismo rango que la Constitución General de la República, también estableció que las restricciones expresas previstas en ésta deben ser acatadas en todos los casos.⁷

⁶ *Ibidem*. párr. 206.

⁷ Es interesante el modo en que se adoptó la posición final, ya que la misma se conformó con un diálogo

Como consecuencia de lo anterior, a partir de la resolución de la Suprema Corte, las restricciones a los derechos fundamentales, entre ellos obviamente los político electorales de los ciudadanos, establecidas en la Constitución son de aplicación irrestricta, es decir, en los casos en que entre en conflicto un derecho fundamental, no puede analizarse la restricción sobre la base de los hechos que informan el caso para analizar su necesidad, proporcionalidad, etcétera, sino que, como ésta se estableció *a priori*, en el texto que - según la Corte - es el de máxima jerarquía, no pueden ser inaplicadas ni siquiera con motivo de la resolución de un caso concreto.

No comparto el criterio de la Suprema Corte: considero que la posición formalista implica un retroceso en materia de establecimiento de límites al poder en un Estado Democrático en relación con la protección de derechos fundamentales, pues, como dice José Luis Caballero Ochoa “...*el principio de jerarquía no convive precisamente con ese conjunto normativo. Los principios para la aplicación de las normas sobre derechos, por ejemplo, ponderación, proporcionalidad, integración normativa, contenido mínimo esencial, interpretación pro persona, etcétera, no se aplican mediante criterios de jerarquía.*”⁸ Sin embargo, ese aspecto no será motivo de este artículo, pues sólo me dedicaré a señalar algunas consecuencias en la aplicación de los derechos político electorales a partir del nuevo criterio.

3. Restricción a los derechos político electorales por estar sujeto a proceso penal

La restricción⁹ del ejercicio de los derechos político electorales, respecto de una persona sujeta a proceso penal, desde que se dicta el auto de formal prisión,¹⁰ se encuentra contemplada en el artículo

incluyente entre las distintas interpretaciones del artículo 1º constitucional, pues el ministro Zaldívar Lelo de Larrea propuso modificar su proyecto original para lograr el punto medio.

⁸ Caballero Ochoa, José Luis, *La Interpretación Conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, ed. Porrúa 2013, p. 137.

⁹ Se utiliza el término *restricción* y no *suspensión* sólo para que, en este ensayo, se enfatice que se trata de una limitación al derecho de una persona en un caso concreto y no de una suspensión generalizada de derechos fundamentales.

¹⁰ Cabe mencionar que actualmente el artículo 18 de la CPEUM habla de *auto de vinculación a proceso*, por lo cual la redacción del diverso 38 ha quedado obsoleta.

38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esa restricción también implica un límite al derecho a la presunción de inocencia, pues a la persona implicada se le priva de un derecho antes de dictarse la sentencia definitiva, es decir, antes de la valoración de los hechos y circunstancias del caso.

Previamente a la nueva posición de la Suprema Corte, respecto al carácter de jerárquicamente superiores de las restricciones constitucionales, esa *suspensión* había generado diversos pronunciamientos, tanto de ese máximo órgano jurisdiccional al estudiar normas en abstracto en acciones de inconstitucionalidad, como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver controversias.

En un primer momento el Tribunal Electoral señaló que, los derechos político electorales sólo pueden suspenderse mediante sentencia ejecutoriada, y no con motivo del auto de formal prisión, toda vez que, mientras esto no ocurra, opera en su favor el principio de presunción de inocencia, y por tanto debe continuar en el uso y goce de todos sus derechos.¹¹ Esa posición derivó de diversas interpretaciones sistemáticas y funcionales, atendiendo al principio pro persona, de diversas normas constitucionales, legales y de tratados internacionales.

Un punto muy interesante que contiene la sentencia aludida en el párrafo precedente es que, a partir del estudio de las normas contenidas en tratados internacionales sobre los derechos político electorales y la presunción de inocencia, así como de la Constitución del Estado de Puebla, el Tribunal Electoral consideró *inaplicar* la fracción II del artículo 38 constitucional, que establece que el dictado del auto de formal prisión suspende los derechos, porque

11 SSTEPJF, SUP-JDC-85/2007, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 20 de junio de 2007. Incluso de ese asunto se integró la tesis cuyo rubro refiere: SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS-ELECTORALES DEL CIUDADADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD. Tesis XV/2007, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 1, Número 1, Cuarta Época, 2008, páginas 96 y 97.

al ser la norma local más protectora que la constitucional, permite la expansión del derecho. Al respecto señaló:

“No pasa inadvertido que el artículo 38 fracción II de la Constitución General de la República, establece que al dictarse un auto de formal prisión por un delito que sea sancionado con pena privativa de la libertad se suspenden los derechos y prerrogativas, sin embargo, como lo ha sostenido nuestro máximo órgano de impartición de justicia, los derechos de los ciudadanos pueden ser expandidos, como se desarrolla en el cuerpo de esta sentencia. El poder revisor y reformador de la entidad en cuestión en uso de las atribuciones y facultades conferidas en los ya citados artículos 40, 41 y 116 de la constitución General, en el artículo 24 en su fracción III, precisamente, amplía la disposición constitucional federal, en virtud de que dilata la imposición de la medida en aras de beneficiar al procesado, pues debe recordarse que opera a favor de éste el principio de presunción de inocencia que se traduce en que debe considerársele inocente mientras no se demuestre su culpabilidad.”

No obstante lo avanzado del criterio al que había llegado el tribunal, meses después cejó en su interpretación y estableció que, sobre la base de la interpretación del artículo 133 de la Constitución, la expansión de los derechos sólo puede establecerse en normas integrantes de la Ley Suprema de la Unión, como los son los Tratados Internacionales, aunque en dicha sentencia mantuvo el criterio de que los derechos político electorales sólo se suspenden mediante sentencia ejecutoriada, al establecer:

“Empero esa circunstancia legal no califica al procesado como culpable o infractor de las normas jurídicas, sino únicamente como probable responsable, lo cual, en términos de la extensión del derecho a votar ampliada por las leyes supremas de la unión, no resulta suficiente para suspenderle sus derechos.

En efecto, si la calidad de sujeto a proceso no significa una condena, conforme con el principio de presunción de inocencia que subyace del artículo 20 constitucional federal, debe entenderse entonces que la suspensión de los derechos prevista en la fracción II del artículo 38 del mismo ordenamiento, debe entenderse como consecuencia de la privación de la libertad y con ello de la imposibilidad material y jurídica de ejercer un cúmulo de diversos derechos que integran la esfera jurídica del gobernado.”¹²

Con posterioridad, al analizar la restricción de derechos político electorales prevista en la fracción V del artículo 38 de la Constitución General de la República, pero esta vez en relación con el derecho de ser votado, en su vertiente de ocupar el cargo, respecto de un ciudadano que fue electo diputado federal, y con posterioridad se dictó auto de formal prisión en su contra consideró:

“basta que un ciudadano se coloque o ubique en ese supuesto normativo (sustraerse de la justicia a fin de evitar ser sujeto a proceso penal, por el libramiento de la orden de aprehensión), para que sus derechos político-electorales se entiendan suspendidos, es decir, esa inhabilitación opera de pleno derecho por la sola actualización de la hipótesis constitucional en cuestión, sin que sea necesario que previamente dicha suspensión sea declarada judicialmente o por alguna otra autoridad.”¹³

El tema verdaderamente relevante para los efectos de este comentario es el retroceso en la interpretación de normas sobre

12 SSTEJF, SUP-JDC-2045/2007, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 29 de noviembre de 2007.

13 SSTEJF, SUP-JDC-670/2009, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 1° de octubre de 2009. De este asunto, emanó la tesis cuyo rubro dice: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES. TRATÁNDOSE DE PRÓFUGOS DE LA JUSTICIA, NO REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL. Tesis IX/2010, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 6, Cuarta Época, 2010, pp 46 y 47. Un dato anecdótico es la manera *sui generis* de lo que el TEPJF entiende por prófugo de la justicia, pues para acreditar ese extremo manifestó que tuvo por acreditado el estado de prófugo con el hecho de que no se había presentado a la Cámara de Diputados y con 2 partes policiacas que, en esencia señalaban que fueron a su domicilio y no vieron a la persona buscada, que preguntaron a algunas personas por él quienes manifestaron que tampoco lo había visto recientemente.

derechos fundamentales, pues como se ha visto, primero estableció que si una norma estatal contiene más beneficios que la Constitución, en una interpretación expansiva de los derechos fundamentales, es válido aplicarla preferentemente, después acotó ese tema al señalar que sólo pueden expandirse los derechos fundamentales en la Ley Suprema de la Unión (tratados internacionales y leyes que emanen de la Constitución), y en este juicio posterior consideró que, atendiendo a la jerarquía normativa que, en su concepto, se encuentra en el artículo 133, las normas constitucionales son de *cumplimiento irrestricto*:

“Ahora bien, atendiendo al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Carta Magna, toda autoridad está constreñida a acatar los mandatos o previsiones que dimanen de la propia Norma Suprema, lo cual es acorde con el postulado de todo Estado Democrático de Derecho, en el que, las autoridades quedan obligadas a actuar siempre conforme a la constitución, es decir, las disposiciones que emergen de la Ley Fundamental son de cumplimiento irrestricto por parte de éstas.

En esa tesitura, atendiendo al marco normativo constitucional enunciado, en oposición a lo afirmado por el ahora actor, fue correcto que el Secretario General haya negado el registro y entrega de la credencial del ahora actor en su carácter de diputado federal electo, con base en la información que obtuvo por parte del órgano de procuración de justicia respectivo, en el sentido de que el enjuiciante se ubica en la hipótesis de suspensión de derechos políticos-electorales de la fracción V multimencionada, habida cuenta que, como se vio, dicho supuesto constitucional opera de pleno derecho, sin necesidad de declaratoria previa por diversa autoridad, máxime que en un orden democrático han de cumplirse los imperativos constitucionales, en términos de lo dispuesto por el invocado artículo 133.”¹⁴

14 *Ibid.*

Sin embargo, a partir de una interpretación pendular, en un juicio posterior el tribunal volvió al criterio intermedio al establecer:

“Ahora bien, ha sido criterio reiterado de esta Sala Superior que 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 derechos, que deban interpretarse de forma restringida, ya que ello desvirtuaría la esencia misma de los derechos fundamentales. Por el contrario, en el ámbito electoral, dichas garantías constitucionales deben concebirse como principios o lineamientos mínimos; los cuales, al no encontrarse constreñidos a los consignados de manera taxativa en la norma constitucional, deben considerarse susceptibles de ser ampliados por el legislador ordinario, o por convenios internacionales celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado de la República.”¹⁵

Después de haber emitido el anterior precedente, el Tribunal Electoral resolvió otro asunto en el cual determinó que, si un ciudadano se encuentra privado de su libertad durante el procedimiento penal, por no gozar del beneficio de libertad bajo caución, entonces existe el impedimento material y jurídico para que pueda ejercer sus actividades cotidianas y sus derechos político-electorales.¹⁶

En conclusión, el último criterio del Tribunal Electoral sobre la restricción o suspensión de derechos político electorales en los supuestos como los que se comentan, es que, como regla general, debe existir una sentencia ejecutoriada para ese efecto, pero admite dos excepciones:

- 1) ser prófugo de la justicia, y
- 2) que durante el proceso penal el ciudadano esté privado de la libertad.

15 SSTEPJF, SUP-JDC-98/2010, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 13 de mayo de 2011.

16 SSTEPJF, SUP-JDC-157/2010 Y SUP-JRC-173/2010 ACUMULADO, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y de revisión constitucional electoral, 11 de junio de 2010.

Estas dos excepciones obedecen según el tribunal a un impedimento jurídico y material, ya que por una parte, no podría ejercer el derecho de voto ni tampoco plenamente el de ser votado, toda vez que la operatividad necesaria para satisfacer derecho político-electoral, requiere como elemento o condición esencial que el sujeto que asuma las funciones propias a su encargo, se encuentre gozando en plenitud de su libertad personal para cumplir materialmente su encomienda.

Por otra parte, de manera congruente con la posición formalista y conservadora que la caracteriza en este tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en principio estableció¹⁷ que la restricción de los derechos político electorales cuando una persona está sujeta a proceso penal opera desde el momento del auto de formal prisión, y consideró que tal situación no es contraria con el principio de presunción de inocencia, pues se trata de una restricción a un derecho fundamental prevista en la propia Constitución, y no puede ser considerada como una sanción, sino que es una medida provisional que se traduce en la privación temporal de derechos.¹⁸

Como se aprecia, la Corte omitió integrar el derecho fundamental, es decir, ampliarlo con el contenido de otras fuentes de derecho, al no considerar las normas previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como la interpretación que sobre las mismas ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que no es jurídicamente admisible establecer restricciones indirectas a los DPE, como lo es una supuesta *limitación temporal*.

17 DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis: 1a./J. 171/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Febrero de 2008, p. 215. (como se explica más adelante, esta tesis fue superada por la identificada con la clave P/J 33/2011).

18 “la referida suspensión no equivale ni implica a que se le tenga por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación temporal de derechos, pues concluye con la resolución definitiva que ponga fin al juicio, sea absolutoria o condenatoria, y sólo en caso de que sea condenatoria se le declarará penalmente responsable.”

Por lo tanto, el suspenso seguirá gozando del derecho fundamental a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia dictada por el juez de la causa.” Tribunal Pleno de la SCJN, Contradicción de tesis 29/2007-PS, febrero de 2008.

Con motivo de los criterios contradictorios sustentados por la Primera Sala de la Corte y por la Sala Superior del Tribunal Electoral, el Pleno de la Corte estableció¹⁹ que la suspensión de los derechos político electorales por estar sujeto a proceso penal sólo opera cuando la persona esté materialmente privada de su libertad. Esta posición se aparta de la idea de una definición *a priori*, pues está centrada en un hecho material y contingente, como lo es el encontrarse detenido.

En esa contradicción de criterios, el Pleno de la Suprema Corte basó su determinación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con el principio de presunción de inocencia. Además, se apoyó en el principio *pro-homine*, en la posición preferente, mayor protección, progresividad y fuerza expansiva característica de los derechos fundamentales.²⁰

En un caso relativamente reciente²¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos retomó el tema de la restricción o suspensión de derechos político electorales en proceso penales, con motivo de una controversia presentada contra la inhabilitación de un ciudadano para registrarse y participar como candidato, por decisión de un órgano administrativo. En esta ocasión, ese órgano jurisdiccional se apartó del criterio fijado en el caso Castañeda, pues volvió a la consideración expuesta en el caso Yatama, en el sentido de que las únicas limitaciones a esos derechos ajustadas a la Convención son las establecidas en el artículo 23.2 con los requisitos del principio de proporcionalidad. Aquí, estableció que la restricción al derecho de ser votado debe establecerse por juez competente, a través de

19 Contradicción de Tesis 6/2008, *Op. Cit.*

20 La determinación consistente en que debe imperar el principio de presunción de inocencia, con la protección que a su vez implica de otros derechos fundamentales se ajusta a los principios *pro-homine* en su vertiente de preferencia interpretativa, mayor protección de los derechos y fuerza expansiva de los derechos, ya que se prefiere la interpretación que más protege al ciudadano y que, además respeta los postulados que derivan del artículo 1º constitucional, el que al disponer que "todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece", evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente.

21 Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C, No. 233.

una condena que sea producto de un proceso penal, en el que se respeten las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención.²²

4. Implicaciones de la nueva posición de la Suprema Corte

De lo dicho hasta este punto, una primera conclusión que salta a la vista sería la siguiente: por regla general, cuando se habla de restricciones a derechos políticos en materia electoral, no ha existido una línea o tendencia ideológica uniforme que hayan adoptado los órganos jurisdiccionales mencionados en los apartados anteriores, ni por parte de los órganos nacionales ni por el internacional, lo cual no abona a la seguridad jurídica ni al principio de universalidad que debe regir en la actuación de la judicatura. Se ha transitado de manera discontinua, en ocasiones adoptando criterios formalistas y en otras han preferido asumir posiciones funcionales dirigidas a favorecer la protección más amplia de las personas.

Ahora bien, por el momento, aunque, como se adelantó, en términos generales no se comparte la posición de la Suprema Corte de Justicia adoptada recientemente, la interpretación por parte de los tribunales de las restricciones a los derechos político electorales, cuando se encuentren en sede constitucional será sencilla, sólo debe atenderse al criterio jerárquico y excepcional de la restricción, esto es, siempre se aplicará de manera preferente, y por tanto, sería contrario a la decisión de la Corte pretender ampliar los derechos fundamentales a partir de interpretaciones constitucionales, sobre todo, del principio *pro persona*.

No obstante lo anterior, vale la pena mencionar que si bien, en principio la resolución de la Suprema Corte parece obligatoria para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quien es el órgano que resuelve las controversias concretas que se presenten en materia electoral, lo cierto es que al emitir sentencia en la contradicción de criterios identificada con la clave 6/2008, la SCJN

22 *Ibid.*, párr. 107 y 108.

estimó que las consideraciones que el Tribunal Pleno realice en las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, dictadas en acciones de inconstitucionalidad, son obligatorias para el TEPJF.²³

Así, como la definición del rango de las restricciones a derechos fundamentales se emitió en una contradicción de criterios y no en una acción de inconstitucionalidad, resultará interesante saber si el Tribunal Electoral opta por seguir ese criterio o bien, si decide volver al camino de la interpretación de las restricciones con perspectiva de derechos humanos, tal como ya lo hizo en dos mil siete, o si por el contrario, sigue la posición formalista bajo el criterio de jerarquía de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El principio de igualdad en la aplicación judicial

23 Tribunal Pleno de la SCJN, Contradicción de Tesis 6/2008, entre las sustentadas por la SSTEJF y la Primera Sala de esta SCJN, al resolver, respectivamente, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano 85/2007, y la contradicción de tesis 29/2007-PS, 26 de mayo de 2011. Tesis P/J 94/2011, aprobada el veintidós de noviembre de dos mil once. Semanario Judicial y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p.12.

V. Volver al precedente: una mirada crítica a la promoción de la imagen personal de los servidores públicos y las instituciones sin rostro

Mtro. Jaime del Río Salcedo

Consejero del Poder Judicial del Estado de Michoacán

Sumario: I. Introducción. II. Las razones de la reforma. III. Certeza y predictibilidad de la decisión judicial (casos Jalpa, Granier y Calderón). IV. Una reflexión final. V. Fuentes de consulta.

I. Introducción

La promoción de la imagen personal de los servidores públicos constituye uno de los temas que forma parte de la nueva generación de problemas que enfrenta, actualmente, el sistema electoral, y al mismo tiempo, representa un desafío importante para la normalidad democrática.

Todavía están frescas en la mente de ciudadanos y partidos las (e) lecciones federales de 2012, como las noticias que, diariamente, se presentaron acerca de los reacomodos, eventuales aspirantes, anteprecandidatos, procesos internos de selección, así como mediciones de popularidad y percepción ciudadana que, en el mundo de la política, rodearon la sucesión presidencial.

En este contexto, del que difícilmente resultan ajenas las entidades federativas, ponen a prueba las reglas de la propaganda gubernamental impulsadas con la reforma constitucional de 2007, lo que ha originado que, a través de la doctrina judicial, se realice un constante replanteamiento de su contenido y alcances.

La falta de claridad en el tema se explica, en algunos casos, por la poca atención que ha merecido por parte de los especialistas e investigadores, pero también, por la ausencia de una posición definida y constante del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) quien, a fuerza de resolver, caso por caso, ha delineado las

coordinadas normativas de la problemática en cuestión.

Al tema, de por sí complicado, se suma el que para muchos de nosotros es un elemento necesario para la consolidación del sistema democrático, como es la tutela efectiva del derecho a la información.

En efecto, si bien la norma constitucional busca inhibir la utilización de la propaganda institucional para fines personales, al prohibir tajantemente que contenga la imagen, el nombre o la voz de un servidor público, por otro lado, la propia normativa reconoce el derecho de acceso a la información, que tiene como garantía mínima la posibilidad de conocer a los servidores públicos.

Una primera aproximación a las sentencias del TEPJF evidencia la intención de armonizar ambos principios, a partir del criterio de que la obligación contenida en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹ no es absoluta, pero insisto, lejos aún nos encontramos de una solución definitiva.

Debo anticipar que mi criterio, estrictamente académico, me conduce naturalmente a adherirme a la posición de quienes impulsan la idea de no privilegiar *las instituciones sin rostro*, mediante una aplicación automática y formalista de los principios de equidad e imparcialidad electorales, que en muchos casos sólo tienen un valor instrumental.

¹ "Artículo 134.- [...]"

Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar".

II. Las razones de la reforma

Al paso de los procesos electorales federales, particularmente entre 1997 y 2006, se fueron concentrando diversos temas que, no obstante haber encontrado respuesta, la mayoría de ellos, en la doctrina judicial electoral, desde un enfoque político tuvieron su válvula de escape con la crisis poselectoral de la elección presidencial de 2006, por lo que habrían de manifestarse como materia prima de la reforma constitucional en materia electoral de 2007, y la legal que le siguió en 2008.

En este escenario, **Ciro Murayama** registra la presencia de un fenómeno que llevó a la utilización de las campañas de comunicación social de los gobiernos –obviamente pagadas con el dinero de todos– para la promoción de la figura de funcionarios que aspiraban a un nuevo cargo de elección popular.²

No se trataba, pues, de un asunto menor. A esas alturas, un desafío que pesaba –y lo sigue haciendo bajo distintos matices– alrededor de las democracias contemporáneas era y es el del papel de los medios de comunicación masiva y su influencia en los procesos electorales. En concepto de **Michelangelo Bovero**: “La raíz primaria de las patologías contemporáneas de la democracia... [se explica en parte] por la influencia decisiva (y distorsionadora) de las comunicaciones de masa en todos los momentos del proceso democrático”, por lo que de manera radical sentenciaba: “el fundamento de la democracia ideal se ha ido a pique o está hundiéndose... el principio de la democracia es la capacidad del ciudadano de ser libre, de ser sujeto de voluntad racional en el sentido más amplio y rico”.³

Lo anterior explica que, junto con el cambio del modelo de comunicación impulsado con las reformas de 2007-2008, también se generaran modificaciones a la utilización de la propaganda oficial e

institucional, lo cual ha sido calificado por **Raúl Ávila** y **Daniel Zovatto** como “una de las medidas reformistas más drásticas y relevantes”.⁴ Para ello, el poder revisor de la Constitución tuvo que admitir, en un primer momento, que “nuestro sistema electoral había mostrado enormes fortalezas, también limitaciones y deficiencias, producto de lo que antes no se atendió, o de nuevos retos que la competencia electoral amplia, plural y cada día más extendida nos estaba planteando”.⁵

Con estos antecedentes, expuestos a grandes pinceladas, se tomó la decisión de adicionar tres párrafos al artículo 134 de la Constitución. En el primero, se precisa que los servidores públicos deberán, en todo tiempo, ejercer los recursos públicos con imparcialidad, sin influir en las condiciones de equidad de la competencia electoral; en el segundo, se establecen las características de la propaganda gubernamental, es decir, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social, y el tercero, la reserva de que las leyes garantizarán el cumplimiento de las normas señaladas.

Se buscaba pues, en palabras del propio legislador, configurar bases importantes para el establecimiento de un nuevo modelo de competencia electoral, con el propósito de “poner fin a la indebida práctica de que servidores públicos utilicen la propaganda oficial, cualquiera que sea el medio para su difusión, pagada con recursos públicos o utilizando los tiempos de que el Estado dispone en radio o televisión, para la promoción personal”.

De esta forma, coincidiendo en esta parte con **Jorge Kristian Bernal Moreno**,⁶ se incorporaron:

- a) dos principios
- b) una obligación

2 **Ciro Murayama Rendón**, “Financiamiento a los partidos políticos: el nuevo modelo mexicano”, en **Lorenzo Córdova Vianello** y **Pedro Salazar Ugarte** (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2007, pp. 261-287.

3 **Michelangelo Bovero** y **Luigi Ferrajoli**, “Teoría de la Democracia. Dos perspectivas comparadas”, en *Colección: Temas de la Democracia*, número 13, México, Instituto Federal Electoral, 2001, pp. 47-52.

4 **Raúl Ávila** y **Daniel Zovatto**, “México: principio de equidad y nuevas reglas de la contienda electoral”, en **Lorenzo Córdova Vianello** y **Pedro Salazar Ugarte** (coords.), *Estudios sobre la reforma...* op. cit., p. 620.

5 Dictamen con proyecto de Decreto de la Cámara de Diputados, en la Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2341-I, viernes 14 de septiembre de 2007.

6 “La reforma al artículo 134 constitucional y su interpretación durante el proceso electoral 2009”, en **Lorenzo**

- c) una prohibición, y
- d) un mandato.

Los principios de imparcialidad de los servidores públicos en la aplicación de los recursos públicos, así como el de equidad en las condiciones de la competencia electoral entre partidos políticos.⁷

La obligación de que la propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, sea de carácter institucional, con fines exclusivamente informativos, educativos o de orientación social, aunque más adelante, como sabemos, por disposición del Instituto Federal Electoral, al ejercer su facultad reglamentaria,⁸ así como por algunas sentencias del TEPJF,⁹ se han incorporado como excepciones la difusión de propaganda vinculada a la salud, la asistencia pública tanto de la lotería nacional como de pronósticos, aspectos de protección civil en casos de emergencia, propaganda informativa sobre promoción turística, acceso a la información, y sobre cuestiones tributarias, con ciertos matices.

Asimismo, el texto constitucional estableció la prohibición de que dicha propaganda incluyera nombres, imágenes, voces o símbolos que promovieran la imagen de los servidores públicos.¹⁰

Por último, se precisó el mandato de reserva legal para configurar un régimen sancionador que asegurara su observancia.¹¹

Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *Democracia sin garantes. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 136-137.

7 "Artículo 134.- [...]

Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos".

8 Concretamente, el 29 de enero de 2009 al emitir las "Normas reglamentarias sobre la propaganda gubernamental a que se refiere el artículo 41, base III, apartado C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para los procesos electorales locales de 2011", así como las subsecuentes modificaciones.

9 Por ejemplo, la sentencia dictada en el expediente SUP-RAP-102/2011.

10 "Artículo 134.- [...]

En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público".

11 "Artículo 134.- [...]

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar".

III. Certeza y predictibilidad de la decisión judicial (casos Jalpa, Granier y Calderón)

1. Consideraciones Generales

La realidad constitucional del país da muestra del constante incremento de la actividad del TEPJF, convirtiéndolo en un actor esencial en el proceso de transición democrática, ya que, por su carácter de órgano terminal, sus decisiones tienen un efecto expansivo y marcan la pauta a seguir en todo el territorio nacional.

Esta importancia genera la consecuente exigencia de una justificación racional estricta de las decisiones judiciales, con el objeto de dejar de lado los riesgos de un activismo judicial desmesurado, que genere sospechas sobre las razones que motivan las resoluciones de los órganos terminales y, por el contrario, permita afirmar que, en casos concretos, la decisión adoptada es conforme a la Constitución y la ley.¹²

Este enfoque se ve reforzado por Leonel Castillo González y Mauro Miguel Reyes Zapata cuando afirman: "Constituye un rasgo común en las democracias constitucionales actuales, la exigencia de que los operadores jurídicos, especialmente a quienes se les encomienda la labor de juzgar, doten de racionalidad y, por tanto, de justificación a las decisiones que emitan. Esta exigencia es mucho más patente cuando se refiere a las determinaciones de los órganos jurisdiccionales encargados de vigilar y controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos públicos, es decir, de los tribunales constitucionales. La explicación es simple: los operadores que interpretan y aplican las disposiciones de las cartas fundamentales tienen que desprender de ellas los principios morales que constituyen su dimensión

12 A partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, al artículo 1º, se establece que: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte..." por lo que "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia". Asimismo, "Todas 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".

valorativa. Y esta es una actividad altamente compleja –y de algún modo peligrosa– La discrecionalidad y el autoritarismo pueden deslizarse casi de manera imperceptible como productos posibles de orientaciones axiológicas ampliamente compartidas. De ahí que, como si se tratara de una enfermedad endémica, pese sobre esta clase de tribunales una fuerte carga de suspicacia respecto del cariz político –y a veces antidemocrático– de ciertas decisiones fundamentales asumidas por ellos”.¹³

Como balance de esta posición, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas sostiene que “la relación entre Derecho y Política es inevitable y nunca ha sido fácil, sobre todo en el ámbito electoral. A pesar de ello, creo que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sabido siempre mantener una rígida posición neutral frente a la lucha partidaria, invocando siempre el Derecho (el Derecho inevitablemente interpretado, aunque cumpliendo escrupulosamente con el deber constitucional de fundamentación y motivación), pero siendo también consciente, como desde mi punto de vista debe ser, de las consecuencias políticas y sociales de sus decisiones, manejando con habilidad los criterios interpretativos”.¹⁴

Es por esto que, en el panorama jurídico actual, la doctrina constitucional especializada se ocupa, en gran medida, de la metodología en el razonamiento jurídico, especialmente del judicial. Por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky ha llegado a afirmar que la idea de Derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores.¹⁵

Como consecuencia lógica, la necesidad de justificación ha generado un intenso desarrollo, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, en la búsqueda de criterios que permitan cumplir con ese mandato. Hasta ahora, la argumentación jurídica ha sido la respuesta más elocuente.

La simple inscripción de la motivación obligatoria en el recinto de la preceptiva constitucional comporta –ya de por sí– consecuencias de un gran calado: la obligación de todas las autoridades de fundar y motivar los actos que impliquen una molestia en los derechos de las personas, la cual se ha hecho extensiva a las decisiones de los órganos administrativos¹⁶, dando origen a importante jurisprudencia emanada de los Tribunales Federales.¹⁷

En algunos sistemas constitucionales se llegó a la construcción de técnicas, a partir de los problemas derivados de la aplicación del principio de igualdad, como criterio para valorar las decisiones donde se interpretan principios contenidos en la norma constitucional.

En esa dinámica, también se ha puesto especial énfasis en la aplicación del precedente, con el objeto de alcanzar, en la mayor medida posible, uniformidad y seguridad en la decisión judicial. Pero la argumentación no se limita a eso, sino que constituye una de las respuestas más sólidas al dilema del órgano jurisdiccional terminal y sus fronteras de actuación, porque, como se sabe, estas instituciones no están sujetas a instrumento jurídico de control alguno por el cual puedan revisarse sus decisiones, al ser definitivas e inatacables, sino que su autoridad se sustenta en la aceptación social y en el prestigio que adquieran como instancia técnica, imparcial y neutral. Esta idea

13 Tomado de *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. XXI (nota preliminar).

14 *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2007, p. 10. La influencia que la obra de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas ha ejercido sobre la justicia electoral mexicana es de tal magnitud que bien puede decirse que ha estado permanentemente presente.

La influencia sobre mí es patente: en buena parte de mis textos he utilizado, con mejor o peor fortuna, los instrumentos conceptuales aprendidos de sus obras. Quiere ello decir, por tanto, que me puedo considerar como uno de sus discípulos.

15 “Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia”, en *Derechos y Libertades*, España, No. 2, año I (octubre 1993-marzo 1994), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III, pp. 355-376.

16 Un marco profundo se encuentra en el trabajo de Juan Igartua Salaverría, *La motivación de los nombramientos discrecionales*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

17 Para no abrumar a nadie con una interminable relación bibliográfica basta con mencionar, para los propósitos de este trabajo, que en los últimos años han aparecido valiosos e influyentes estudios, artículos y obras sobre interpretación y argumentación jurídicas, que han permitido contar con pautas para la aplicación judicial del derecho: elección de la norma aplicable, determinación de su significado, prueba de los hechos, subsunción de los hechos en la norma, y fijación de las consecuencias jurídicas de esos hechos para la norma elegida. Un listado representativo de autores se encuentra en María del Carmen Alanís Figueroa, “Argumentación jurídica en la impartición de justicia electoral en México”, en *Argumentación jurisprudencial. Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, pp. 8 a 10.

parece ratificada por la doctrina contemporánea que muestra que la legitimación democrática de los jueces se obtiene a partir de que exprese, con suficiente claridad y convencimiento, los razonamientos de sus resoluciones.¹⁸

La correcta aplicación del precedente intenta asegurar, en principio, la estabilidad de la doctrina judicial, con miras a la consecución de certeza jurídica y confianza en la aplicación del derecho. Se busca lograr un mínimo de certidumbre en las decisiones, con el objeto de que el ciudadano y los operadores jurídicos tengan cierta predictibilidad para determinar hacia dónde podría decantarse una resolución en determinados casos concretos.

Pero, lo realmente importante es que, con la satisfacción argumentativa para la aplicación o no del precedente judicial, se logrará cumplir con el principio de igualdad.

Una larga tradición, ejemplificada en Mendonca y Guibourg¹⁹ asimila que todos tienen derecho a un trato equivalente, a menos que sea posible enunciar alguna buena razón para justificar la desigualdad. Desde este punto de vista, “su aceptación no es el final de una conquista, sino el principio de largas disquisiciones teóricas y de complejos conflictos prácticos”.²⁰

Se ha estimado, sobre esta base, que “el concepto de igualdad, uno de los tres lemas de la Revolución Francesa, se interpreta como un pilar de la organización constitucional democrática y republicana... para ella, la justicia es igualdad”.²¹

La exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, encierra únicamente la pretensión de que nadie, en *forma arbitraria*, sea sometido a un trato que difiera de lo decidido en otro, con iguales circunstancias, lo que está condicionado, desde

luego, a un cuidadoso análisis comparativo y valorativo, a fin de decidir casos individuales que comparten determinadas propiedades consideradas relevantes. En otras palabras, la exigencia de que los iguales sean tratados de la misma manera, y los desiguales de un modo desigual.

De este modo, la idea de igualdad se presenta como opuesta a la idea de *arbitrariedad*, en cuanto que una decisión o resolución debe ser uniforme, en el sentido de no estar sujeta a variación de un caso a otro cuando ambos son iguales.²²

Para Larenz, “la continuidad de la jurisprudencia de los tribunales, la confianza del ciudadano basado en ella, de que su asunto será resuelto de acuerdo con las pautas hasta entonces vigentes, es un valor peculiar”.²³

Esta última circunstancia es propicia para introducir una aclaración: tal uniformidad absoluta no es lo que exige esta idea de justicia, ya que “no sólo es posible, sino aconsejable que los tribunales reconsideren la conveniencia de mantener los precedentes que aplican a los casos que resuelvan. Si deciden no aplicarlos, por tratarse de casos disímiles o porque abandonan los criterios en ellos sentados, deben expresar las razones de su decisión. En tal sentido, la doctrina estadounidense explica que en tal hipótesis debe mediar una ‘especial justificación’ (Dickerson v. United States, 530 US 428, 429 [2000])”.²⁴

22 Así, toda variación de trato entre dos casos, en el supuesto de que ambos sean iguales en cuanto a las propiedades relevantes, supone una alteración de la igualdad. Esto, sin embargo, no alcanza a excluir la idea de que existen supuestos de hecho en los cuales, aun aceptada la igualdad, se justifica o se admite un cambio de trato con fundamento en determinadas razones (un cambio de trato justificado); es decir, una cosa es que dos casos sean desiguales y, que por ello, reciban tratos desiguales, y otra muy distinta es que dos casos sean iguales y que, a pesar de esa circunstancia, reciban tratos desiguales a partir de determinadas consideraciones que justifiquen la desigualdad de trato. Vale la pena repetir que es en este momento cuando aparece la idea de *arbitrariedad*, entendida como cambio injustificado del trato. Esta concepción de igualdad como justicia formal “ha sido defendida por filósofos de gran prestigio. Ross, por ejemplo, ha sostenido que ‘la demanda de igualdad encierra únicamente la exigencia de que nadie, en forma arbitraria o sin razón suficiente para ello, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otra persona’... Hart, por su lado, ha advertido que ‘podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin perjuicio, interés o capricho’; esto constituye una ‘garantía de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho será aplicado a todos aquellos casos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo’...” *Ibidem* p.180.

23 Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980

24 Hernán R. Gonçalves Figueiredo, “El respeto de los precedentes y los cambios de jurisprudencia en la justicia

18 Esta postura también se refleja en María del Carmen Alanís Figueroa, *idem*.

19 Daniel Mendonca y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

20 *Op. cit.*, pp. 177 y 178.

21 *Idem*, p. 178.

2. Descripción de los casos

En los tres precedentes se puede identificar una identidad en el tema litigioso: determinar si la información contenida en un *curriculum vitae*, publicado en un portal de Internet oficial, excede los límites establecidos en el artículo 134 de la Constitución.

a. La doctrina judicial en torno a ese tema inició con el *caso Jalpa* (expediente SUP-RAP-43/2009), en el cual la Sala Superior del TEPJF afirmó, de manera expresa y tajante, que la propaganda institucional, aunque contenga la mención del nombre de los servidores públicos o la inserción de su imagen, no necesariamente contraviene el precepto constitucional.

No obstante, para arribar a esa determinación, según se precisó en la sentencia, es menester que la propaganda satisfaga una característica esencial: que tienda a promocionar, velada o explícitamente, al servidor público. Para establecer esta última conclusión, apuntó la Sala Superior, debe observarse si se destaca, entre otros posibles supuestos, lo siguiente:

- Su imagen, cualidades o calidades personales.
- Los logros políticos y económicos.
- El partido de militancia, creencias religiosas, antecedentes familiares o sociales.
- Si se asocian los logros de gobierno con la persona más que con la institución.
- Si el nombre y las imágenes se utilizan en apología del servidor público, con el fin de posicionarlo en el conocimiento de la ciudadanía con fines político-electorales.

Con base en esta premisa normativa, se consideró que el entonces presidente municipal del Jalpa de Méndez, Tabasco, incumplió con

electoral", versión corregida de la primera publicación en *Justicia Electoral*, Vol. 1, núm. 4, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p.11.

Sería imposible confeccionar una bibliografía completa sobre la cuestión tratada en este apartado; sin embargo, parece conveniente indicar, de manera absolutamente referencial, una obra que puede ser útil para profundizar, al menos, en algunos de los problemas que plantea este tema: Eduardo Soderó, "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía*, número 21, octubre 2004.

el artículo 134 de la Constitución, porque en su *curriculum* incluyó información con el claro objeto de alcanzar un posicionamiento.

El TEPJF concluyó que las expresiones contenidas en el *curriculum vitae* tenían por objeto la promoción personalizada del servidor público, además de que, eventualmente, podían afectar el principio de imparcialidad para aspirar a cargos de elección popular.

Lo anterior porque, según se dijo en la sentencia, se apreciaba que la síntesis curricular promovía logros o acciones desplegadas por el servidor público en su carrera electoral y administrativa (desempeñándose ya sea como activista político y representante electoral, así como legislador y alcalde), y mediante tal promoción, también se afirmó, se aseguraba que el servidor público alcanzara logros electorales.

b. En el *Caso Granier* (expediente SUP-RAP-132/2009), el tema central giró en torno a determinar si el *curriculum* del exgobernador del Estado de Tabasco, que se observaba en el portal oficial, transgredía los límites del artículo 134 de la Constitución.

En la sentencia, la Sala Superior retomó la premisa normativa a la que arribó en el supuesto de hecho descrito anteriormente, y sobre esa base, emprendió el estudio de las circunstancias fácticas del caso concreto.

Al respecto, consideró que de las referencias en que se hacía consistir la irregularidad, no se desprendía una promoción personalizada, ya que no se observaba una solicitud de voto a favor o en contra de algún partido político o candidato, la intención de influir en el ánimo del electorado o de ocupar un cargo público.

Por último, en la sentencia se insertó un cuadro donde se incluyeron las menciones contenidas en el *curriculum vitae*, para contrastarlas con el que en ese momento se resolvía, para finalmente afirmar que eran muy distintas y que, en el caso del exgobernador Granier, se identificaban más bien con una ideología o declaración de principios.

c. El último de los casos analizados (expediente SUP-RAP-150/2009), la temática se vincula con el mismo supuesto, pero ahora para determinar si el *curriculum vitae* del expresidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, que se observaba en su página oficial, respetaba o no los límites al artículo 134 de la Constitución de la República.

Al respecto, el TEPJF sostuvo que no se advertían expresiones que hicieran suponer una promoción personalizada del mismo.

3. Estado de la cuestión

Para cumplir con el principio de igualdad en la aplicación del precedente judicial, el operador jurídico debe establecer, en principio, si entre los casos existen diferencias y similitudes relevantes y, en segundo lugar, determinar si deben prevalecer las primeras o las segundas.

Este es, como señala Carlos Bernal Pulido, el centro de la problemática: “cómo determinar si en un caso las similitudes deben prevalecer y, por ende, aplicar el precedente judicial, o bien, si las diferencias deben ser las determinantes para adoptar una decisión diversa”.²⁵

Michele Taruffo afirma también que ocuparse del precedente implica realmente “la asunción de una orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye sobre la decisión de un caso posterior, y en indagar sus razones y sus justificaciones”.²⁶

Se sigue, entonces, como lo sostiene Alejandro Nieto que “lo correcto e imprescindible sería analizar si efectivamente existe la semejanza y comprobar que no median circunstancias de disparidad que permitan no ya apartarse del precedente sino prescindir de él por completo, dado que en rigor, mediando una disparidad relevante, no hay precedente”.²⁷

25 Me remito a su ilustrativo libro *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

26 *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 541.

27 *Crítica de la Razón Jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 167.

En los casos analizados, específicamente los vinculados con el entonces presidente municipal y el exgobernador de Tabasco se advierte que, en ambos supuestos de hecho, existen notorias similitudes.

a. Ambos destacaron cualidades o calidades personales.

El primero señaló que su trayectoria le permitía tener experiencia en materia electoral, lo cual le ha servido para su carrera política.

El segundo refirió que su fuerza se la debía al pueblo, a su cercanía con todos los sectores de la sociedad, sobre todo porque siempre combinó la preparación profesional con el deseo de ayudar a la gente.

b. En los dos casos se hizo referencia a logros políticos o económicos.

El presidente municipal señaló cómo había tejido una red de organización social y política, reforzando la gestión social y la lucha social, en la cual se había enfrentado a diversas autoridades, como PEMEX.

El gobernador, por su parte, destacó haber beneficiado a más de 250 comunidades con agua potable y alcantarillado, superior a la meta programada. También dijo haber mejorado sustancialmente la prestación de servicios públicos e infraestructura.

c. En ambos supuestos de hecho se hizo referencia a la militancia del partido político.

d. En los dos *curriculum vitae* se destacó la figura del servidor público.

El presidente municipal señaló que en las elecciones donde había participado (ninguna perdida) él coordina su propia campaña y la garantía de triunfo ha sido la presencia positiva, basada en la lucha social y la organización político-electoral.

En ese tema, el gobernador asentó que su sólido liderazgo está permitiendo reconstruir a Tabasco y al mismo tiempo seguir

trabajando en su transformación. Propios y extraños lo han reconocido.

Por las semejanzas advertidas, y a fin de cumplir con el principio de igualdad, la argumentación demandaba la expresión de razones para determinar si dichas similitudes relevantes debían o no prevalecer sobre las diferencias, o si bien, estas últimas debían decantar la decisión.

En la sentencia no se hizo una reconstrucción de las semejanzas, sino que, de manera genérica, se afirmó que en el caso del exgobernador Granier no se advertía una promoción personalizada. Sin embargo, tal razonamiento deja diversas dudas: ¿existe un parámetro para establecer cuántas referencias determinan si se trata o no de promoción personalizada? Es decir, un criterio cuantitativo. O bien, si lo que determina es una base cualitativa, en su caso, ¿cuál debe ser la calidad de la expresión para encuadrarla en la hipótesis constitucional?

Las interrogantes referidas, finalmente, deberían responderse al argumentar una decisión judicial; no obstante, en la segunda de las sentencias no se hizo mención alguna sobre el tema.

El último de los precedentes (*caso Calderón*) presenta muy pocas similitudes, en tanto sólo podría identificarse la alusión al partido político y a algunas cualidades del servidor público, lo cual lo distancia de los otros supuestos de hecho.

Una vez que ha sido desbrozado el camino en los términos arriba indicados, debe subrayarse que en la sentencia tampoco se destacaron esas mínimas semejanzas para, en su caso, argumentar por qué las diferencias deberían de prevalecer.

Lo que resulta innegable es que, en la premisa normativa construida por el TEPJF, se destacaron ciertos elementos para identificar si se trata o no de propaganda contraria al artículo 134 de la Constitución. Por ejemplo, se dijo que la alusión a la militancia en un partido

político y a las cualidades del servidor público constituyen aspectos que permiten establecer si se trata o no de promoción personalizada.

En el *curriculum* del expresidente de la República se advierten, por lo menos, elementos donde se identifica la militancia y se destacan cualidades del servidor público, los cuales no fueron considerados por el TEPJF en la resolución. La pregunta entonces es: ¿cuántas referencias se requieren para arribar a la conclusión opuesta?

IV. Una reflexión final

De los casos analizados no es dable identificar una línea jurisprudencial que permita generar certeza para establecer cuándo un *curriculum vitae* difundido en un portal público en Internet, constituye propaganda contraria al artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es cierto que la doctrina judicial se construye a partir de los casos concretos. Sin embargo, el precedente, como criterio para la aplicación del principio de igualdad, debe ir dando pautas en esa dirección, paso a paso.

En esa línea de razonamiento, el respeto de los precedentes, como afirma Alejandro Nieto, está inspirado por los valores de la igualdad y de la seguridad jurídica “cristalizados como principios en la Constitución”.²⁸

Se trata, en esencia, de que “si casos semejantes no se resolvieran en el mismo sentido se rompería la igualdad de los ciudadanos y se defraudarían las expectativas de lo que los jueces posiblemente han de resolver, padeciendo con ello la seguridad jurídica”.²⁹

Esta acusación me resulta abrumadora. Frente a ella debemos reconocer y apostar por la *estabilidad* de las decisiones judiciales, pues la predictibilidad del precedente garantiza seguridad jurídica, que es una de las bases principales que sustentan el ordenamiento

²⁸ *Op cit.*, p. 166.

²⁹ *Idem*, p. 166

jurídico, y cuya tutela innegable compete a los impartidores de justicia.

En tal sentido, debe protegerse no sólo la confianza de los ciudadanos en las disposiciones legales, sino la seguridad en la manera en que éstas son aplicadas o interpretadas por los jueces, pues sería inconveniente que los precedentes no fueran debidamente considerados ni consecuentemente seguidos, con excepción de cuando se ofrecen buenas razones que justifiquen la variación de trato entre los casos.

Como el propio Alejandro Nieto explica “la exigencia de razonar los motivos por los que no se sigue un precedente o se abandona una doctrina consolidada, tiende precisamente a alejar la tentación de la arbitrariedad, puesto que la mejor prevención contra ella es el razonamiento explícito”.³⁰

A mi modo de ver, para cubrir este bache, de alguna manera, en los supuestos de hecho analizados es necesaria la regulación faltante, y resulta conveniente que el órgano jurisdiccional lleve a cabo una adecuada ponderación que permita dar certeza de cuándo la propaganda implica, velada o explícitamente, la promoción personalizada de un servidor público, definiendo qué principio constitucional o derecho fundamental debe prevalecer sobre el otro, es decir, si deben privilegiarse la equidad y la imparcialidad sobre el derecho de acceso a la información, o viceversa. Lo anterior, a través de una doctrina judicial electoral constante.

Sólo de esta manera se habrá de deparar un mejor destino a estas disposiciones constitucionales que llegaron para bien, y ojalá para quedarse.

La relevancia de lo señalado, visto particularmente desde los casos examinados, me recuerda las palabras de Michele Taruffo, y con ellas concluyo: “El juez puede terminar siendo un intérprete extraordinario

del texto de las normas, pero si no logra identificar los hechos y averiguarlos cómo son, su capacidad de interpretación no sirve para nada”.³¹

V. Fuentes de consulta

Aharon Barak, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007

Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Ciro Murayama Rendón, *Financiamiento a los partidos políticos: el nuevo modelo mexicano*, en Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2007.

Daniel Mendonca y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Eduardo Sodero, “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía*, número 21, octubre 2004.

Francisco Javier Esquiaga Ganuzas, *El Voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

_____, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

30 *Ibidem*, 167.

31 En la edición especial de la *Gaceta Electoral*, órgano de difusión del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, con motivo del Taller *Otras Cinco Lecciones Mexicanas*, 2009, p. 12.

_____, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2007.

Frederick Schauer, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Gustavo Zagrebelsky, "Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia", en *Derechos y Libertades*, España, No. 2, año I (octubre 1993-marzo 1994), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III.

Hernán R. Goncalves Figueiredo, "El respeto de los precedentes y los cambios de jurisprudencia en la justicia electoral", versión corregida de la primera publicación en *Justicia Electoral*, Vol. 1, núm. 4, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009

Jorge Kristian Bernal Moreno, "La reforma al artículo 134 constitucional y su interpretación durante el proceso electoral 2009", en Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Juan Igartua Salaverría, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

_____, *La motivación de los nombramientos discrecionales*, Pamplona, Aranzadi, 2007.

Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.

Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

_____, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

María del Carmen Alanis Figueroa, "Argumentación jurídica en la impartición de justicia electoral en México", en *Argumentación jurisprudencial. Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

Michele Taruffo, *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

_____, *La Motivación de la Sentencia Civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

_____, *Gaceta Electoral*, órgano de difusión del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, edición especial con motivo del *Taller Otras Cinco Lecciones Mexicanas*, 2009.

_____, *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Michelangelo Bovero y Luigi Ferrajoli, "Teoría de la Democracia. Dos perspectivas comparadas", en Colección: *Temas de la Democracia*, número 13, México, Instituto Federal Electoral, 2001.

Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Rafael Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Raúl Ávila y Daniel Zovatto, “México: principio de equidad y nuevas reglas de la contienda electoral”, en Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2007.

Richard A. Posner, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

VI. La obligatoriedad de todas las fuentes normativas sobre derechos humanos de origen internacional

*Mtro. Luis Miguel Cano López**
(Asesor de la Presidencia de la SCJN)

SUMARIO: I. Introducción. II. Identificación de los principales referentes constitucionales sobre las fuentes normativas que conforman nuestro sistema jurídico. III. Identificación de los principales referentes convencionales sobre las fuentes normativas que conforman nuestro sistema jurídico. IV. Identificación de los principales referentes jurisprudenciales sobre las fuentes normativas que conforman nuestro sistema jurídico. V. Argumentos útiles para extender la obligatoriedad a todas las fuentes normativas sobre derechos humanos, sean de origen internacional o interno.

I. Introducción

Las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales de los que México es parte poseen rango constitucional y conforman el parámetro de control de regularidad en nuestro ordenamiento jurídico.¹ Esta es la regla recién ratificada en el derecho mexicano a partir de la determinación del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la contradicción de tesis 293/2011.

Tal regla ya era observable desde la entrada en vigor de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 10 de junio de 2011, pero en torno suyo existe la posibilidad de iniciar nuevos debates concernientes a si las únicas normas sobre derechos humanos de origen internacional con rango constitucional son las consagradas en tratados internacionales o si se suman las reconocidas en todas las restantes fuentes normativas del derecho internacional.

Definir lo anterior no es una cuestión menor, porque en el derecho internacional de los derechos humanos los tratados juegan un papel

* El presente ensayo se conforma con ideas construidas en pareja con Graciela Rodríguez Manzo.

¹ Se utilizará la expresión *parámetro de control de regularidad* y no la de *bloque de constitucionalidad*, porque aquélla fue aceptada pacíficamente por quienes integran nuestra Corte.

importante pero para nada constituyen el único referente normativo del cual se derivan normas sobre derechos humanos. Junto a ellos se encuentran las declaraciones de derechos, la jurisprudencia o precedentes que aplican e interpretan sus disposiciones, sea que se originen en la resolución de casos, en observaciones generales o en informes, y la costumbre internacional, entre otras fuentes que no son propiamente tratados.

Por supuesto, ninguna de esas otras fuentes normativas se incorpora a nuestro sistema jurídico bajo el procedimiento previsto constitucionalmente para celebrar y ratificar tratados internacionales, razón por la cual pueden no faltar voces que al reparar en esta circunstancia, pretendan dar un rango menor de importancia a las normas sobre derechos humanos que sea posible desprender de aquéllas, lo cual ciertamente introduciría un dilema normativo e interpretativo de gran interés.

Ante ello, el fin de este ensayo es compartir argumentos que faciliten la resolución de la interrogante planteada, con énfasis en los elementos normativos contenidos en nuestra Constitución y el repaso de los precedentes emitidos por nuestra Suprema Corte, en particular, sus resoluciones en el expediente varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011, pero bajo la guía del principio *pro persona*.

II. Identificación de los principales referentes constitucionales sobre las fuentes normativas que conforman nuestro sistema jurídico

La fórmula empleada en el texto constitucional para ampliar el reconocimiento de nuestros derechos humanos y los mecanismos de garantía para su protección está dada desde el primer párrafo de su artículo inaugural. Así, todas las personas gozamos de tales derechos y garantías siempre que se les establezca en la Constitución General de la República o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Bajo los términos de esa disposición constitucional es posible identificar dos fuentes normativas

diferenciadas sobre esos derechos.²

No hay duda entonces de que las personas tenemos reconocidos nuestros derechos humanos tanto en fuentes normativas de origen constitucional, como en fuentes normativas contenidas en tratados internacionales de los que México forme parte. Ello no equivale a reducir esas fuentes exclusivamente al texto constitucional y a las disposiciones establecidas en tales tratados internacionales.

La fórmula utilizada en el párrafo primero del artículo primero constitucional admite al menos una segunda lectura, a saber, que si las personas gozamos de los derechos establecidos en la Constitución, ella puede sin mayor problema reenviar a otras fuentes normativas para ampliar dicho reconocimiento de nuestros derechos, y siendo así, lo mismo acontece con los tratados internacionales de los que México sea parte, pues en ellos puede reenviarse a más fuentes de derechos.

Como se ha anticipado, si dos interpretaciones son admisibles para la fórmula empleada en el párrafo primero del artículo primero de nuestra Constitución, debe seguirse que en virtud del principio *pro persona* instituido en el párrafo segundo de ese mismo precepto, resulta obligado optar por la lectura que favorezca y permita la protección más amplia de las personas. Motivo por el cual lo correcto es aceptar que las dos fuentes normativas aludidas en las que se nos reconocen derechos no conforman una lista cerrada, sino que ellas pueden ampliarse con otras fuentes.

En consecuencia, una subsecuente tarea consiste en identificar esas otras fuentes de derechos que derivan de las dos principales mencionadas en el párrafo primero del artículo primero constitucional. Para ello, es conveniente ubicar otras disposiciones constitucionales que refieran fuentes normativas, en tanto que cualquiera de ellas puede servir de vehículo para el reconocimiento de derechos.

² En ningún momento se pierde de vista que los derechos y sus garantías son cosas distintas, pero en tanto que se acepta que tenemos el derecho a contar con mecanismos de salvaguarda de nuestros propios derechos, en este texto, por regla general, se hará referencia sólo a los derechos.

Destaca en primer lugar, bajo esta línea de razonamiento, el artículo 133 de la Constitución Política, que agrega como tercera fuente normativa en nuestro ordenamiento jurídico a las leyes del Congreso de la Unión, sin distinción alguna entre las diferentes especies de leyes que emanen de esa autoridad, por lo cual tendrán que aceptarse tanto las leyes generales como las leyes federales, con independencia de que además pueda identificárseles como leyes reglamentarias.

Sobre este particular, cabe aclarar que no se pretende identificar a las fuentes normativas que conforman la Ley Suprema de toda la Unión, sino a las fuentes normativas que nuestro texto constitucional admite en términos generales. Bajo esta advertencia, del artículo 133 constitucional se puede concluir que son fuentes normativas en el derecho mexicano, la propia Constitución, los tratados internacionales, las leyes emanadas del Congreso de la Unión, así como las Constituciones y leyes de los Estados de la Federación. Siendo así, el tema es si todas esas fuentes pueden ser a la par fuentes normativas de derechos humanos.

Lo mismo cabría cuestionarse sobre otras tantas fuentes normativas con especial mención en nuestra Constitución, por ejemplo, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y la demás legislación para la capital, en términos del artículo 122 constitucional; las que puedan derivarse de las facultades reglamentarias ordinarias y extraordinarias del Ejecutivo Federal, acorde a artículos como el 89, 92, 29 y 131 constitucionales; las emanadas en sede municipal, según lo permitido en el artículo 115 constitucional; e inclusive, las fuentes que conformen los sistemas normativos indígenas, como lo prevé el artículo segundo constitucional.

Asimismo, además de las anteriores fuentes normativas, merecen especial atención las nombradas en el párrafo final del artículo 14 constitucional, por un lado, las asociadas con la interpretación jurídica de la ley, y por el otro, los principios generales del derecho. De nueva cuenta, en lo tocante a este precepto constitucional son posibles al menos dos lecturas por lo que hace a la amplitud del término ley que en él se emplea. En primer lugar, cabe postular que

por *leyes* exclusivamente se hace referencia a las fuentes formal y materialmente calificadas como legislación ordinaria, pero junto a esta propuesta, también puede sostenerse que son *ley*, las fuentes normativas tanto constitucionales como convencionales.³

De aceptarse la segunda acepción enunciada, se sigue que la fuente normativa consistente en la interpretación jurídica de la ley en realidad refiere todo criterio jurídico contenido en jurisprudencias, tesis aisladas o precedentes que se puedan construir a partir del análisis y aplicación de disposiciones constitucionales, así como de preceptos convencionales y legales incorporados a nuestro sistema jurídico. Ahora bien, si a todo ello se le engloba en adelante como *jurisprudencia*, también le aplica la pregunta sobre si tal fuente puede ser una fuente normativa de derechos. Y justamente porque se piensa que lo más favorable a las personas es la amplitud del listado de fuentes normativas que nos reconocen derechos, se opta por esa segunda interpretación puesto que es conforme al principio *pro persona*.

III. Identificación de los principales referentes convencionales sobre las fuentes normativas que conforman nuestro sistema jurídico

Sin ninguna pretensión de exhaustividad, conviene mencionar a la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como importantes ordenamientos de origen internacional que delimitan nuestro sistema jurídico y que a su vez proporcionan elementos para identificar otras fuentes normativas internacionales.

Para una cuestión como la que nos ocupa, la alusión al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia resulta indispensable, en tanto que en ese precepto se aceptan como fuentes normativas además de las convenciones internacionales, a la costumbre internacional, a los principios generales de derecho, las decisiones judiciales e incluso a la doctrina y al principio de equidad.

3 Por fuentes normativas convencionales, se entiende en este texto a los tratados internacionales.

Por su parte, de la Carta de Naciones Unidas vale la pena destacar que desde su preámbulo se reconoce la existencia de fuentes normativas en el derecho internacional más allá de los tratados, así como de principios que se establecen en sus artículos primero y segundo como un ejemplo más de fuentes normativas distintas, las cuales inclusive pueden condicionar los contenidos de los tratados, dado que ellos no deberían oponerse al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la resolución pacífica de las controversias internacionales, la igualdad soberana entre países, la cooperación internacional, la proscripción del uso de la fuerza y la buena fe en la atención de las obligaciones internacionales.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados añade a lo anterior, de un lado, las normas de *ius cogens*, definidas como normas imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados, las cuales no admiten acuerdo en contrario, ni pueden modificarse salvo por normas ulteriores con idéntico carácter. Del otro, las reglas generales de interpretación de los tratados, como son la buena fe, la atribución de un sentido corriente a sus disposiciones, dentro del contexto en el que se celebran y acorde a su objeto y fin, tomando en cuenta además acuerdos y prácticas posteriores en relación con la aplicación e interpretación de los preceptos de dichos tratados internacionales, a la vez que algunos medios de interpretación complementarios.⁴

Aparte de los cuerpos normativos recién mencionados, tratados especializados en materia de derechos humanos contienen disposiciones que amplían todavía más las fuentes normativas de origen internacional, pues desde el momento en que, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, se establecen órganos garantes de sus disposiciones y mecanismos para que sus Estados parte acepten su competencia para conocer de casos en los que se ventile el cumplimiento de los compromisos internacionales que de esos tratados les deriven, también admiten como fuente normativa las resoluciones resultantes.

4 Véanse los artículos 31 y 32 sobre interpretación de tratados y el 53 sobre normas de *ius cogens*.

En este sentido, es posible concluir que existen referentes convencionales que detallan muy diversas fuentes normativas de origen internacional, las cuales no se reducen a tratados, convenios, pactos o protocolos. Al ser de esa manera, tiene cabida el cuestionamiento original que aquí se ha planteado, a saber, si cualquiera de ellas puede servir de medio para el reconocimiento de derechos humanos, o en otras palabras, si pueden llegar a conformarse como fuentes normativas sobre derechos humanos con rango constitucional que complementen el parámetro de control de regularidad, acorde a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011.

IV. Identificación de los principales referentes jurisprudenciales sobre las fuentes normativas que conforman nuestro sistema jurídico

En lugar de repasar precedentes emitidos en sede jurisdiccional que ilustren la aceptación de las múltiples fuentes normativas que conforman nuestro sistema jurídico, tanto de origen constitucional como internacional, resulta suficiente para completar la argumentación que permitirá responder a la interrogante planteada en este trabajo, tener en mente dos criterios dictados con más de diez años de diferencia por parte de ambas Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis Aislada; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Noviembre de 2002; Pág. 446; Tesis 2a. CXXXIX/2002. DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, sí son susceptibles de ser

ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor aplicación y observancia. En consecuencia, los Congresos Locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación con las consideraciones. Disidentes: Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis Aislada; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1; Pág. 742; Tesis 1a. CCXXXVII/2013 (10a.). DERECHOS HUMANOS. LAS NORMAS SECUNDARIAS DEBEN RESPETAR LOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIENDO INNECESARIO QUE ÉSTA HAGA REFERENCIA EXPRESA A TODAS Y CADA UNA DE LAS INSTITUCIONES QUE EN DICHS ORDENAMIENTOS SE REGULAN. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como norma suprema de la Nación, organiza a los poderes del Estado y protege los derechos humanos, ya sea que éstos se encuentren contenidos en aquella o en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; de ahí que todas las normas secundarias deben respetar los contenidos en

la Carta Fundamental sin importar cuál sea la materia e institución sustantiva o procesal que en éstas se regulen, pues los preceptos constitucionales sólo establecen los parámetros mínimos que las normas secundarias deben respetar, siendo innecesario que la Norma Suprema haga referencia expresa a todas y cada una de las instituciones que en dichos ordenamientos se regulan; considerar lo contrario, implicaría el riesgo de que alguna quedara fuera del control constitucional, lo cual es inaceptable, pues la Constitución no debe considerarse como un catálogo rígido y limitativo de derechos concedidos a favor de los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales en forma rigorista o letrista, ya que eso desvirtuaría la esencia misma de los derechos, al no ser posible que en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante como el nuestro, aquella haga referencia específica a todas y cada una de las instituciones sustantivas o procesales reguladas en las normas secundarias; por el contrario, los derechos humanos contenidos en la Constitución deben interpretarse en cuanto a principios e ideas generales que tienen aplicación en las referidas instituciones. Amparo directo en revisión 990/2013. Armando Oscar Corral Bustos. 15 de mayo de 2013. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

De los anteriores precedentes destaca una pauta común, consistente en que en materia de derechos humanos la Constitución fija únicamente estándares mínimos que no deben ser comprometidos por alguna otra fuente normativa, a la par que ninguna institución contemplada en éstas escape al control constitucional por respeto y garantía a esos mismos derechos. Si ello es así, entonces se sigue que cualquiera de las múltiples fuentes normativas diversas a las disposiciones constitucionales y a los preceptos contenidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, conservan la posibilidad de establecer normas sobre derechos humanos, siempre que resulten más favorables, motivo por el cual tendría que ser pacífico aceptarlas como fuentes normativas en ese ámbito.

En este tenor, si en cualquier fuente normativa puede ampliarse el reconocimiento de nuestros derechos humanos, un par de detalles restan por afrontarse: uno, si las normas sobre derechos humanos que de ellas se deriven poseen rango constitucional, y dos, si ellas complementan el parámetro de control de regularidad. A fin de responder a ambas interrogantes conviene transcribir uno de los precedentes que siguió a la resolución recaída al expediente varios 912/2010.

Tesis Aislada; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 551; Tesis P. LXVIII/2011 (9a.). PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 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. 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. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Con fundamento en este precedente queda fácilmente ilustrado que se ha admitido en sede jurisdiccional que el parámetro de control de regularidad no se limita a normas sobre derechos humanos contenidas en el texto constitucional y en los de los tratados internacionales de los que México es parte, sino que es posible ampliarlo con la jurisprudencia dada por el Poder Judicial de la Federación y con los criterios provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ciertamente, la tesis recién transcrita se refiere al control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y sólo admite como parte de su parámetro de análisis a algunas de las múltiples fuentes normativas a las que se ha hecho referencia en los apartados anteriores de este artículo, pero no obstante ello, a partir de ella quedó aclarado el camino para el desarrollo jurisprudencial de esta cuestión, la cual ha experimentado un adelanto determinante con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 por parte de nuestra Suprema Corte de Justicia.

Ya se ha dicho que a partir de la contradicción de tesis 293/2011 se ha ratificado que las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales de los que México es parte poseen rango constitucional y conforman el parámetro de control de regularidad en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, también quedó establecido a partir de su resolución que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de observancia obligatoria, sin importar si nuestro país fue o no parte en los casos sometidos ante esta instancia internacional, con lo cual se ha avanzado el criterio derivado del varios 912/2010.

A la luz del primero de esos avances, si las normas sobre derechos humanos contenidas en tales tratados internacionales poseen rango constitucional, toda cuestión en torno suyo se ha convertido en una de constitucionalidad y ya no de legalidad, tal cual ha sido confirmado en la diversa contradicción de tesis 21/2011. Pero además, si dichas normas de fuente internacional componen al parámetro de control de regularidad, ello significa que también son parte suya todas las

fuentes normativas que se habían aceptado ya para el control difuso de convencionalidad.

En diversos términos, todo control difuso de convencionalidad es en la actualidad una especie del control de constitucionalidad, sea difuso o sea concentrado, en tanto que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte tienen carácter constitucional, y al aceptarse lo anterior, todo componente del parámetro de contraste para ejercer o practicar aquel control difuso de convencionalidad, ahora es pieza del parámetro de control de la regularidad constitucional y convencional.

Nada de lo hasta aquí concluido varía a pesar de que en la contradicción de tesis 293/2011 se introdujo el tema de las restricciones a los derechos humanos a fin de defender que la Constitución prevalece en ese campo siempre de modo absoluto y como regla inmutable, bajo un entendimiento guiado por el principio de jerarquía, ni si al final triunfa el bloque que postula tal prevalencia solamente después de que se falle caso por caso vía ponderación y si ello es acorde al principio *pro persona*.⁵

Se sostiene que no se modifica que resulte obligado atender todas las fuentes normativas sobre derechos humanos de origen internacional y dotarlas de rango constitucional como piezas que componen el parámetro de control de regularidad, porque aunque al final prevalezca el entendimiento jerárquico de la supremacía constitucional, de cualquier modo aquellas fuentes tendrían que ser consideradas en la argumentación para colocar por encima suyo a una restricción constitucional. Atención que desde la óptica de la ponderación caso por caso, deviene más obvia.

Además, como quedó asentado, al reconocerse el carácter vinculante u obligatorio de la totalidad de precedentes de la Corte

5 Para corroborar que a pesar del consenso formal en la votación de este asunto, en realidad permanecen dos bloques entre quienes integran el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, se debe acudir a las versiones taquigráficas de las sesiones en las que se discutió esta contradicción de tesis, en tanto se hacen públicos su engrose y votos particular y concurrentes que le acompañen.

Interamericana de Derechos Humanos, por consecuencia se tiene que aceptar la obligatoriedad de todas las fuentes normativas que en esa sede internacional se emplean día a día, lo cual incluye criterios de los Comités del Sistema de Protección Universal, así como de otros tribunales internacionales de derechos humanos, por ejemplo, la Corte Europea.

V. Argumentos útiles para extender la obligatoriedad a todas las fuentes normativas sobre derechos humanos, sean de origen internacional o interno

En ese trazo consolidado con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, un primer paso se había dado años antes con el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010, del cual conviene recordar este pasaje:

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

Todavía de mayor interés, el actual integrante de la Corte Interamericana sostuvo en la nota de pie de página que acompañó al párrafo transcrito una cuestión total:

De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del corpus juris interamericano y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

En este escenario, con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 y lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 en el sentido de que toda norma sobre derechos humanos contenida en un tratado internacional del que el Estado Mexicano forme parte adquiere rango constitucional y conforma al parámetro de control de regularidad, puede postularse que todas las fuentes normativas sobre derechos humanos de origen internacional han adquirido carácter obligatorio, porque finalmente están ligadas no a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino a los propios instrumentos internacionales que completan nuestro derecho.

Así las cosas, el único componente del que resta hacer referencia para defender su inclusión en el parámetro de control de regularidad con rango constitucional es el de las fuentes normativas internas diferentes a los preceptos constitucionales. En concreto, para concluir que las normas sobre derechos humanos contenidas en la legislación ordinaria y la jurisprudencia de origen interno adquieren dicha relevancia, no solamente hace falta reparar en el reenvío que a ellas hace la propia Constitución General, ni que la segunda de ellas haya sido incorporada en el criterio resultante de la resolución del expediente varios 912/2010, sino que se debe atender lo previsto en el párrafo segundo del artículo primero constitucional.

Si toda norma relativa a los derechos humanos ha de interpretarse conforme a la Constitución y los tratados internacionales en la materia, podría pensarse que ello conlleva la evocación de la función tradicional de la figura de la interpretación conforme, a saber, evitar una antinomia normativa a fin de conservar la validez de las normas inferiores, pero lo cierto es que lo anterior no es lo que se establece en el párrafo segundo del artículo primero constitucional, pues desde el momento en que se ordena que el objetivo de tal interpretación es favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia, se fija como guía al principio *pro persona*.

En definitiva, si el principio *pro persona* ha quedado instaurado como guía para la interpretación conforme, las operaciones que a partir suyo se lleven a cabo adquieren como función primordial la armonización de nuestro ordenamiento jurídico, no en clave jerárquica sino bajo un sentido más amplio, que no es otro que la extensión de nuestros derechos humanos para nuestro mayor beneficio. Es ese el entendimiento que debe darse al parámetro de control de regularidad a la hora de identificar sus piezas, no como un conjunto cerrado sino como un sistema abierto a todas las fuentes normativas de derechos, incluidas las de origen interno.

En ello se juega además la observancia de las obligaciones establecidas en el párrafo tercero del propio artículo primero constitucional. Toda autoridad, en el ámbito de sus competencias, debe respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos, prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones. Siendo así, al menos para respetar tales derechos y prevenir sus violaciones, resulta necesario atender todas las fuentes normativas en la materia, sin que falte alguna, porque de desconocerse cualquiera de esas fuentes, no podría sostenerse el cumplimiento de esas obligaciones y deberes que la Constitución ha impuesto.

En la práctica, de prosperar este entendimiento amplio del parámetro de control de regularidad, lo que imperará en última instancia son las normas sobre derechos humanos, cualquiera que sea su fuente, frente a toda norma general, acto u omisión que contravenga sus

contenidos. Con todo, el reto que se ha inaugurado a partir de la contradicción de tesis 293/2011 es el de precisar las restricciones a los derechos establecidas expresamente en las disposiciones constitucionales, únicamente en los casos y bajos las condiciones fijadas en nuestra Constitución.

Es verdad que a partir de los debates en el Pleno de la Corte no queda claro el enfoque que habrá de seguirse al momento de afrontar la cuestión de las restricciones, limitantes o modalidades de los derechos, pero incluso en este punto se necesita atender al principio *pro persona*. En esa línea, la regla tendría que ser que las normas sobre derechos humanos, sin importar las fuentes normativas de las que provengan, poseen rango constitucional y configuran el parámetro de control de regularidad para juzgar sobre la validez de todo acto de autoridad, a menos que se trate de la restricción de un derecho, caso en el que prevalece el texto constitucional, en los términos que él indica, lo cual impone buscar la mayor protección de las personas. Salvedad que a su vez debiera admitir como excepción que se esté en un asunto juzgado por la Corte Interamericana en el que se haya superado el límite constitucional para corregir una violación a derechos.

De la mano de esta interpretación del núcleo esencial de la resolución recaída a la contradicción de tesis 293/2011, la cual se estima la más acorde al principio *pro persona*, se insiste en que las tareas por delante consistirán en delimitar lo que se entienda por restricciones, limitantes o modalidades de los derechos; que se les distinga abiertamente de los supuestos en los que en el texto constitucional no se contempla o desarrolla algún derecho humano, para que nunca esa falta de previsión o regulación insuficiente sea confundida con un límite de ese derecho; así como que se acoten sus alcances para no sobre-extender a tales restricciones.

Sirva un ejemplo final para ilustrar las conclusiones alcanzadas en nuestro trabajo:

Jurisprudencia; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 2322; Tesis P./J. 5/2010. LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES. Las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia. En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las obligaciones o las prohibiciones que contiene una ley general, pero no reducirlas, pues ello haría nugatoria a ésta. Acción de inconstitucionalidad 119/2008. Diputados integrantes de la Cuarta Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 3 de septiembre de 2009. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Fabiana Estrada Tena.

Bajo la lógica de los derechos humanos, por supuesto que la legislación local puede aumentar las obligaciones y las prohibiciones para las autoridades, pero de ninguna manera se puede aceptar lo mismo si lo realiza respecto de las personas, mientras al parámetro de control de regularidad lo oriente el principio *pro persona*.

VII. Seguridad jurídica, legalidad y perspectiva de género. Una propuesta de revisión

Mtra. Beatriz Claudia Zavala Pérez

(Secretaria de Estudio y Cuenta en la Sala Superior del TEPJF)

I. Presentación

La idea de que resolver con perspectiva de género ciertos conflictos puestos a consideración de juzgadores es un deber derivado del principio de igualdad parece hoy una idea cada vez más extendida. Este es un hecho del que, por supuesto, cabe alegrarse. No obstante, existe una gran oscuridad teórica en la comprensión de lo que implica o requiere dicha perspectiva. Esa confusión tiene sus consecuencias, necesariamente, en la práctica. Creo no errar el rumbo cuando afirmo que la práctica jurisdiccional está necesitada de un marco conceptual teórico sobre este tema, que le permita desarrollar su deber con mayor claridad.

Mi intención en este trabajo no es atender a esa exigencia que he reconocido. Por el contrario, tiene un interés más acotado. Más que señalar un esquema analítico que pudiera identificar con precisión “*qué es resolver con perspectiva de género*”, pretendo destacar un caso en particular en el que, me parece, dicha perspectiva estuvo ausente. Para ello, destaco dos ideas que pudieran considerarse como pertenecientes a la adopción de esa perspectiva. Si bien las deficiencias que pueden ser alegadas sobre los análisis como el que deseo presentar (podríamos decir, de carácter negativo, pues tienen por objeto señalar por qué considero que no se adoptó la perspectiva de género en una resolución) creo que puede constituir un inicio y una aportación, por mínima que sea, respecto del tema que me interesa.

Así pues, este trabajo está dividido en tres secciones. La primera, tiene por objetivo destacar la importancia que ha cobrado la idea de resolver con perspectiva de género en la práctica jurisdiccional, al menos a nivel federal, durante los últimos años. En la segunda,

presento y analizo algunos de los argumentos expuestos por la Sala Superior del TEPJF en la resolución de los expedientes SUP-REC-77/2012 y su acumulado, SUP-REC-78/2012. En la última, esbozo una crítica en relación con dicha resolución.

II. Una perspectiva de la perspectiva de género

Los procesos electorales de 2012 fueron el marco para el desarrollo de nuevas y prometedoras tendencias para la interpretación, sistematización y aplicación de las diversas reglas que establecen sistemas de cuotas de género en nuestro país. No cabe duda que la resolución dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en el expediente SUP- JDC-12624/2011 constituyó un importante precedente interpretativo en relación con los artículos 218, numeral 3 y 219, numeral 2, del COFIPE. *Grosso modo*, podemos decir que la relevancia de dicha resolución se centra en establecer las bases para una interpretación, con perspectiva de género, como dice la propia resolución, de la excepción a los sistemas de cuotas establecidos en relación con candidaturas de mayoría relativa “que sean resultado de un proceso de elección democrático”.¹ A la par, estableció un criterio en el que la obligación de los partidos políticos de “procurar la paridad de género en la vida política del país implica que esa paridad también debe reflejarse en la ocupación de los cargos de elección popular obtenidos por cada partido”.²

En el marco de los procesos electorales, federal y locales, a esta resolución le siguieron muchas otras. Pretender sistematizarlas es una tarea que escapa a los objetivos de este texto. No obstante, deseo destacar dos ideas contenidas en esa sentencia de noviembre de 2011 que me permitirán fundar la crítica a la resolución emitida el 30 de junio de 2012 en el marco de la elección de jefes delegacionales en el Distrito Federal.

Las dos ideas son simples: la perspectiva de género es un instrumento

¹ SUP-JDC-12624/2011.

² *Idem*.

que tiene relevancia en el proceso interpretativo y tiene por objetivo “potencializar los derechos”, en específico, de las mujeres, como un grupo históricamente vulnerable.

La resolución SUP- JDC- 12624/2011 resolvió sobre la legalidad del Acuerdo CG327/2011 del Consejo General del IFE que había establecido los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que habrían de presentar los partidos políticos y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto para el proceso electoral federal 2011-2012. En específico, las promoventes combatieron, por un lado, el contenido de los párrafos del tercero al quinto del punto Decimotercero de dicho Acuerdo [cabe recordar que el IFE había establecido como potestativo para los partidos políticos que las fórmulas de candidatos con los que se pretendiese cubrir la cuota de género se integraran con candidatos del mismo sexo. Los partidos políticos, señalaba el Acuerdo, “procurarán que la fórmula completa se integre por candidatos del mismo género”] y, por el otro, la definición ofrecida por el IFE del término “procesos de elección democrática” (como posible excepción al cumplimiento de la cuota de género en candidaturas a cargos de elección popular por el principio de mayoría relativa que fueran producto de esos procesos de elección democrática).³

Respecto de la primera cuestión, la resolución de la Sala Superior determinó que el objetivo de las cuotas era garantizar la equidad de género no sólo en la postulación a los cargos, sino también en el acceso a éstos. Por ende, señaló “todos los suplentes que integren el cuarenta por ciento de las fórmulas de candidatos [...] deberán pertenecer al mismo género que sus propietarios [...] [un criterio que resulta] aplicable para el caso de todos los diputados y senadores, independientemente del principio por el cual sean elegidos”. La cuota, señaló la Sala Superior, “protege la igualdad de oportunidades y la equidad de género en la vida política del país, sin favorecer a un

3 El acuerdo del IFE impugnado había determinado que “debe entenderse por procedimiento democrático aquel en el que la elección de las candidaturas se realice de forma directa por la militancia del partido o por la ciudadanía, o de forma indirecta a través de una convención o asamblea en que participe un número importante de delegados electos ex profeso por dicha militancia.”

género u otro en particular; es decir, lo que procura es un equilibrio razonable entre ellos”

En relación con la segunda cuestión señalada, la Sala Superior consideró que al determinar el contenido del concepto “procesos de elección democrática” el IFE había excedido sus facultades reglamentarias y el principio de reserva de ley. En la resolución se sostuvo, que en el Acuerdo impugnado la autoridad electoral federal había extendido el concepto *proceso democrático* “al interior de los partidos políticos integrando inclusive los procesos de elección indirecta, con lo cual se limita la posibilidad de que la propia autoridad administrativa electoral, tome en cuenta los propios estatutos de los partidos y valore en cada caso en particular el alcance del término *Proceso democrático*, aplicando al efecto una interpretación con perspectiva de género que pueda en un momento determinado potencializar los derechos de las actoras en cuanto a la aplicación de las cuotas de género que el párrafo 1 del artículo 219 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales estableció a su favor”.

En mi concepto, de esta breve reseña puede desprenderse que la perspectiva de género es un conjunto de consideraciones que implican tomar en cuenta el papel central que juegan las cuotas como instrumento de equidad, como un conjunto de disposiciones que pretenden subsanar tratos discriminatorios del pasado que han colocado a las mujeres en situaciones de grave sub-representación en los cargos de representación política. La perspectiva de género ofrece un marco para la interpretación de las normas asumiendo la existencia de una desigualdad real o de *facto* entre sexos y la importancia de que ésta se vea subsanada o corregida a través de acciones de discriminación positiva o inversa. Esta interpretación, implica una potenciación de los derechos del sexo históricamente más desaventajado. Si bien es cierto que la presentación formal de las cuotas en la ley no pretende “favorecer a un género u otro en particular” sí implica un deber a cargo del juez para considerar las circunstancias sociales y históricas que determinan el papel y goce de los derechos de cada uno de ellos en el marco de su situación

histórica y su posición materialmente desigualitaria frente al otro. De ello se deriva que en la interpretación de las reglas y en la ponderación de los principios de Derecho Electoral en la resolución de casos de duda sobre el texto legal o de conflicto entre diversas normas, se favorezca aquella propuesta o resolución que **implique acercar al goce efectivo de sus derechos al grupo políticamente sub-representado**.

III. Análisis de un caso

El día previo a la jornada electoral del 1 de julio de 2012, la Sala Superior resolvió el Recurso de Reconsideración, identificado como SUP-REC-77/2012 y su acumulado interpuesto por los partidos del Trabajo y la Revolución Democrática en contra de una resolución de la Sala Regional del TEPJF con sede en el Distrito Federal. En esta última resolución, la Sala Regional había determinado que en el registro común de candidatos a jefes delegaciones realizado por los partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Movimiento Ciudadano se había incumplido con la cuota de género establecida por el artículo 296, párrafo primero, del Código de Procedimientos e Instituciones Electorales del Distrito Federal (CPIEDF). Por ende – revocó la resolución emitida por el Tribunal Electoral del Distrito Federal (TEDF) y ordenó a los partidos que, “en ejercicio de su facultad de autoorganización, decidieran la sustitución que deberían realizar de un candidato hombre por una candidata mujer” a fin de cumplir con la cuota de género establecida en el código comicial local.

Los argumentos de la Sala Regional pueden ser resumidos como sigue:

a) La cuota de género establecida por el artículo 296, párrafo primero, es aplicable a las candidaturas a jefes delegacionales y no sólo a las de diputados de mayoría relativa como había afirmado el TEDF. La disposición legal citada establece que “[d]el total de candidaturas a Diputados por el principio de mayoría relativa y Jefes Delegacionales que postulen los Partidos Políticos ante el Instituto Electoral, en ningún caso

podrán registrar más de 60% de candidatos propietarios de un mismo género.” Si bien es cierto, determinó la Sala Regional, que la redacción de la parte final del artículo hacía referencia únicamente a candidatos propietarios⁴, la interpretación histórica, sistemática y funcional de dicho precepto determinaba que la exigibilidad de la cuota (no más del 60% de los candidatos de un mismo género) era aplicable tanto a los candidatos a diputados como a los de las Delegaciones del Distrito Federal.

b) Para la Sala Regional era irrelevante que la Asamblea Legislativa fuera un órgano colegiado y las jefaturas delegacionales uno unipersonal (en el que no pudieran establecerse porcentajes o cuotas representativas). La deficiente redacción del artículo 296 no podía, señaló la Sala Regional, desconocer “la esencia de esa acción discriminatoria de carácter temporal que, de manera vanguardista y en forma progresista se ha establecido en el Distrito Federal”. La equidad en la representación política, determinó, atañe tanto al órgano legislativo como a los administrativos. De este modo, no resulta posible considerar, como lo hacía la resolución dictada por el TEDF, que el artículo 296 estableciera las cuotas de candidaturas a jefe delegacional a cargo de los partidos políticos con un carácter postestativo, ni tampoco que se tratara de un error del legislador introducirlas para las candidaturas a jefes delegacionales (como órganos no colegiados).

c) Si la cuota establecida por el artículo 296 era aplicable a las candidaturas a jefes delegaciones presentadas por los partidos políticos, entonces la distribución porcentual de dichas candidaturas debería de ser no más de 9 candidatos de un género y 7 de otro. Lo anterior, de forma contraria al criterio adoptado tanto por el órgano electoral administrativo local como por el TEDF, quienes habían establecido el alcance de la cuota en 10 candidaturas de un género y 6 de otro.

⁴ La referencia a diputados “propietarios” hacia el final de la disposición citada podría parecer aplicable únicamente a las candidaturas que se estructuran a través de fórmulas de, precisamente, propietarios y suplentes. A saber, las correspondientes a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

d) La “teoría de los números” propuesta por el tribunal local había establecido que la expresión legal “no más de 60%” de candidaturas de un mismo sexo, debía entenderse como “al menos 60%” de las candidaturas de un mismo sexo. De este modo, si ese 60% del total de 16 candidaturas se traducían en una fracción decimal correspondiente a 9.6 del total de candidaturas comunes a postular por los partidos políticos referidos, entonces dicha cantidad debería redondearse hacia el entero más próximo, es decir, un total de 10 candidaturas para un sexo y 6 al restante.

e) En respuesta, la Sala Regional señaló que el porcentaje establecido por la cuota era un límite que no debía ser excedido, pues se trataba de un porcentaje que debía ser “mínimamente” cumplido. Por ende, si 10 candidaturas excedían aunque fuera de mínima manera ese porcentaje, entonces la distribución de la cuota exigida en la ley debería ser 9-7 y no, como habían registrado los partidos políticos, 10-6.

f) La Sala Regional determinó pues que el artículo 296 establecía un rango cuyo margen (60%) estaba prohibido sobrepasar en el registro de candidaturas a jefes delegacionales para hombres o mujeres. De este modo, concluyó la Sala Regional, si 10 candidaturas comunes de 16 para el cargo de jefe delegacional en el Distrito Federal representaban en términos porcentuales el 62.5% del total, entonces debía concluirse que la cuota electoral establecida por el CIPEDF era una distribución de no más de 9 candidatos hombres o mujeres del total.

g) Todo lo anterior, señaló la Sala Regional, tenía como fundamento, una interpretación “pro persona”⁵, favorable a la mujer “por ser el grupo histórica y estructuralmente desfavorecido”.

h) La Sala destacó, además, que la sentencia del TEDF era incongruente internamente, pues por un lado señaló que no existía cuota electoral en relación con las candidaturas

5 Según el cual, “ante la existencia de varias posibilidades de solución al mismo problema, se debe optar por la norma que protege derechos en términos más amplios.”

a jefes delegacionales (debido a una deficiente redacción legislativa) y, no obstante, procedió a interpretar los porcentajes de la cuota establecidos por el artículo 296 como si de contenidos regulativos de carácter obligatorio se tratara.

De este modo, concluyó la Sala Regional “es obligatorio el acatamiento irrestricto del porcentaje referido [...] como un tope o barrera legal máxima de un rango, que como tal puede o no cubrirse en su totalidad”. Y, agrega: “los principios de equidad de género y de igualdad de condiciones para el acceso a las candidaturas, constituyen principios esenciales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, porque éste requiere de la participación política efectiva, en condiciones de equidad, tanto de mujeres como de los hombres”

Los argumentos de la Sala Regional, me parece, son suficientes y bastantes para sostener y justificar el contenido de su resolución. La Sala Superior, no obstante, la revocó en el expediente identificado como SUP-REC-77/2012 y su acumulado, SUP-REC-78/2012. Los argumentos que fundaron la resolución de la Sala Superior fueron los siguientes:

a) En el asunto a resolver existía una colisión de dos (sic) principios en pugna: certeza y seguridad jurídica, por un lado; por el otro, el de legalidad respecto de una norma sobre equidad de género, prevista en el CIPEDF.

b) El principio de certeza y seguridad jurídica, entre otros, rigen la función electoral. En el punto que interesa, dichos principios se traducen, entre otros aspectos, en garantizar que los ciudadanos conozcan el nombre de los candidatos que participan en la contienda electoral, así como la plataforma electoral de los partidos políticos que los postulan;

c) Este principio no se cumple si, como determinó la Sala Regional, tres días antes de la jornada electoral, se ordenara la sustitución de un candidato por una mujer que, sin haber realizado campaña, sin haber realizado propuestas a los

electores y sin aparecer en la boleta, deviniera candidata;

d) Aunado a lo anterior, señala la sentencia de la Sala Superior, la vulneración a dichos principios implica también la vulneración de la libertad del sufragio y la equidad en la contienda. Lo anterior, porque el sufragio implica que el “elector debe tener la oportunidad de elegir y gozar de la libertad de elección, para lo cual debe tener plena certeza de los candidatos que están postulados por los partidos políticos”. Las campañas, sigue el razonamiento de la Sala, “cumplen el objetivo de que el derecho al sufragio se materialice en un voto libre, razonado e informado, lo cual no sería dable si el elector carece de la certeza de la identidad de la persona por la cual va a sufragar y menos aún sobre sus propuestas y compromisos concretos en la búsqueda de su representación”

La sustitución de un candidato hombre por una mujer en las circunstancias ordenadas por la Sala Regional, según determina la sentencia que analizamos, “genera incertidumbre entre el electorado, porque [los electores] elegirían a una nueva candidata, que sería una persona distinta al candidato que se presentó ante la ciudadanía durante el tiempo de campaña”;

e) Dicha sustitución afecta, por lo tanto, los derechos del voto pasivo y activo. Pasivo, porque la nueva candidata no podrá llevar a cabo actos de proselitismo electoral, pues en el momento de la sustitución, dichos actos se encuentran legalmente prohibidos. Así, refiere la sentencia de la Sala Superior, cabe recordar que las campañas electorales para las elecciones de jefes delegacionales iniciaron el catorce de mayo de 2012 y duraron 45 días. Que la resolución del TEDF fue emitida, a su vez, el 8 de junio; y fue el 28 de ese mismo mes que la Sala Regional emitió su resolución. De este modo, es el propio 30, un día previo a la jornada electoral, que la Sala Superior dictó la resolución definitiva de este asunto. El tiempo de campaña y cualquier oportunidad para dar a conocer a la nueva candidata sustituta era prácticamente inexistente.

La sentencia de la Sala Regional, según señaló la Sala Superior, conculcaba también los derechos de voto activo de la ciudadanía en el Distrito Federal, porque “a escasos días de que tenga verificativo la jornada electoral, los ciudadanos al votar desconocerían la identidad de la persona por la cual van a sufragar, y menos aún sobre sus propuestas y compromisos concretos, por lo que un cambio de candidato en la búsqueda de su representación implica violación al principio de certeza”.

En síntesis, la Sala Superior resolvió que el asunto que he resumido implicaba una colisión entre los principios de certeza y seguridad jurídica y el de legalidad; que esa colisión debía ser resuelta vía ponderación y que, una vez realizada ésta, la Sala había determinado que debían prevalecer los primeros sobre los segundos.

IV. Una propuesta de crítica

La crítica que deseo desarrollar sobre la sentencia de la Sala Superior recaída en el expediente SUP-REC-77/2012 y su acumulado, considera dos aspectos. Una crítica que me parece, es independiente de la adopción de la perspectiva de género y, en segundo término, una faceta crítica estrechamente relacionada con la falta de adopción de esa perspectiva. Enumero a continuación los argumentos relacionados con ambas críticas.

1. Sobre el ejercicio de ponderación que pretende resolver el fondo del asunto

La sentencia dedica unas hojas a describir la estructura de la fórmula de la ponderación de Alexy. No deseo detenerme en las peculiaridades de esta herramienta argumentativa (porque no es el objeto de este asunto, pero también porque no lo creo necesario para los efectos que busco en este escrito). Lo único que deseo destacar es que la idea de ponderación implica la existencia, como señala la Sala Superior, de al menos dos principios en colisión. Dicha colisión, a su vez, implica, en términos generales, que dos principios resultan relevantes y

pretenden disciplinar la resolución de un determinado caso. Que, además y no obstante lo anterior, cada uno de ellos conduce a una resolución diversa y el juzgador debe determinar cuál de ellos ha de prevalecer sobre el otro. La idea de que sean dos principios los que pretenden disciplinar el caso, implica que cada uno de ellos se considera valioso; que prevalezca uno sobre otro, resultaría una pérdida. Por ende, la ponderación centra su atención en determinar cuál de los principios –como señala la resolución “abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”. Ello porque se considera que los principios prevalecientes (en este caso, según la Sala Superior, los principios de certeza y seguridad jurídica) justifican la afectación del otro (legalidad).

De este modo, para determinar qué principio ha de tener más peso, según refiere la propia sentencia, se debe definir el grado de afectación de uno de los principios, la importancia de la satisfacción del principio contrario y en la determinación de si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del primero.

Ahora bien, la Sala sostuvo que, lo que ella definió como principio de certeza y de seguridad jurídica “colisionaba” con el principio de legalidad y determinó la preeminencia de los primeros. No obstante, en ningún momento de la resolución tomó en consideración el grado de afectación del otro principio en colisión. De hecho, a lo largo de la resolución ni siquiera se acepta que la resolución dictada por la Sala Regional –cuya legalidad era combatida– estuviera o no legalmente justificada (es decir, no se pronunció expresamente sobre que aceptar el incumplimiento de la cuota de género implicaba, o no, la realización de un acto ilegal, al menos *prima facie*, por parte de los partidos políticos recurrentes).

En este tenor, la resolución de la Sala Superior sostuvo que para resolver el caso puesto a su consideración, era necesario realizar una ponderación de los principios en colisión. No obstante, uno de los principios en colisión, el que habría de verse afectado según la Sala Superior, nunca fue analizado ni sopesado en la resolución. De hecho una de las pocas referencias en el cuerpo de la sentencia señala

“independientemente de lo correcto o incorrecto de la determinación de la Sala Regional responsable, ante lo avanzado del procedimiento electoral en curso, se genera mayor incertidumbre con la confirmación de la sentencia”.

Al respecto, cabe preguntarse ¿Era la sentencia dictada por la Sala Regional correcta o no? ¿Violaron o no la ley los partidos políticos recurrentes? ¿Se infringió o no la cuota de género establecida por el CIPEDF? De las intervenciones de los magistrados en la sesión, y del principio que habrá de verse afectado por la ponderación realizada por la Sala Superior, podríamos colegir que la respuesta a cada una de esas preguntas era afirmativa. Y entonces, ¿por qué no valorar, estimar o ponderar la afectación de un quebranto franco a una disposición legal? ¿Por qué no establecer claramente que la actuación de los partidos que postularon candidatos comunes en perjuicio de la cuota de género era, insisto, al menos *prima facie*, ilegal pero que, no obstante, dicha conducta se encontraba justificada en relación con los principios de certeza y seguridad jurídica que debían prevalecer? ¿Y el principio de igualdad y equidad de género? ¿Y la apelación a la perspectiva de género? ¿Por qué el principio de igualdad y equidad de género entre hombres y mujeres no entró en juego a la ponderación? ¿Y por qué la idea de la perspectiva de género, ya no su aplicación, sino simplemente una referencia a ella, están ausentes en esta resolución?

El intento por aventurar una respuesta a esas preguntas, dan contenido a las críticas propuestas en este texto.

2. Respecto la colisión entre los principios de certeza y seguridad jurídica y el de legalidad

Este tema reclama un análisis mucho más profundo del que puedo presentar aquí. No obstante, para efectos de lo que me interesa destacar, creo que basta con señalar que la idea de certeza y seguridad jurídica son dependientes, en cuanto a valores jurídicos, del de legalidad. Si afirmamos “estoy cierto que 2 más 2 es cuatro”; o bien “estoy seguro que mañana va a llover”; o, incluso, “debido a la

violencia, el nivel de seguridad de los habitantes del norte del país ha decrecido en los últimos años” creo que podemos afirmar que los términos relacionados con “seguridad” o “certeza” en los enunciados que he expresado, tienen una connotación que poco tiene que ver con el Derecho. ¿Por qué? Porque la seguridad y certeza jurídicas, aunque sea en un sentido bastante general, están relacionadas con que la idea de que las consecuencias establecidas *en la ley*, se cumplan (principio de legalidad) y con la idea de continuidad en el precedente judicial.

De este modo, llama la atención que la sentencia en análisis oponga radicalmente los principios señalados. La certeza y seguridad jurídica están imbricados en el concepto de legalidad, y éste determina, desde una concepción muy básica, que los actos ilícitos sean sancionados y que las consecuencias escritas en las disposiciones legales se apliquen. Este aspecto quizá explique la falta de razones en la sentencia en relación con la legalidad de la sentencia emitida por la Sala Regional. No obstante, ello no es obstáculo para que resulte contra intuitiva una afirmación que subyace al fallo: que se autoriza la violación a un precepto establecido en el CIPEDF en pro de la certeza y seguridad jurídicas.

3. Con relación a la afectación al derecho al voto pasivo

Desde mi punto de vista este es, probablemente, el argumento más débil en la resolución. Lo anterior, pues implica afirmar, tal como fue expuesto por la Sala Superior, que como la candidata mujer que contendiera en la jornada electoral no podría realizar actos de proselitismo, entonces se garantizaría mejor su derecho al voto pasivo si no lo hiciera. Es decir, que el derecho a ser votado dependería en su existencia de una de las prerrogativas que él mismo implica. Al respecto, se podría alegar que el análisis realizado por la Sala Superior en la sentencia viola las leyes de la lógica. Lo anterior, porque es del reconocimiento del derecho al voto pasivo del que se desprenden algunas prerrogativas (como realizar proselitismo político y llamados al voto) y no a la inversa. Porque, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, no es la dificultad, o incluso imposibilidad del ejercicio

de las prerrogativas derivadas del derecho de voto pasivo, del que depende la existencia del derecho político-electoral básico.

4. Sobre las afectaciones al derecho al voto activo

En mi concepto éste es el argumento más sólido de la resolución. No obstante, creo que también es susceptible de crítica. El derecho al voto activo de la ciudadanía, como cualquier otro derecho, no puede ser absoluto. Por el contrario, está restringido y modulado por la ley.

Es decir, por supuesto que el que los electores conozcan el nombre y la persona del candidato por el que habrán de votar constituye parte del derecho al voto activo. Sin embargo, la pregunta fundamental es si ese derecho al voto se ve mejor garantizado por la postulación de un candidato realizado por un partido político en incumplimiento de un precepto legal (tal como apunta el voto particular realizado por los magistrados disidentes en la resolución que analizamos). Conocer al candidato por el que se ha de votar resulta una derivación del derecho al voto activo que debe estar vinculado con una cláusula específica: que la candidatura se haya realizado de conformidad con la Ley. De este modo, habría que recordar, el voto de los electores no resulta un valor absoluto si, por ejemplo, el candidato electo no cumple con algunos de los requisitos de elegibilidad. Lo anterior, por la razón de que esa postulación se hizo contraviniendo disposiciones legales. Si esto es así, resulta claro que el principio de certeza y seguridad jurídicas, reducidos por la Sala Superior a la condición de conocer el nombre del candidato por el que la ciudadanía habría de votar, o que el nombre aparecido en las boletas resultara diferente de aquél para quien van a computarse los votos, no resulta, de ningún modo, concluyente.

Por otro lado, y tal como expresaron también los magistrados disidentes en su voto particular, la sentencia parece obviar que la plataforma electoral sobre la que los candidatos realizan sus propuestas específicas es presentada por los partidos políticos, y dada a conocer a la ciudadanía, mucho antes de que la jornada electoral tenga efecto. De este modo, como se señala en el voto

particular, “los partidos políticos, a diferencia de los candidatos, actúan permanentemente junto con sus simpatizantes realizando actos de campaña, y, por ende, son una pieza fundamental para la obtención del voto.” Así pues, la idea de que ratificar la sentencia de la Sala Regional hubiera, prácticamente, anulado la posibilidad de que los ciudadanos conocieran de las propuestas políticas de los partidos políticos postulantes relacionadas con la emisión de su voto no es, al menos, definitiva ni tiene necesariamente los tintes de imposibilidad a los que apunta el contenido de la resolución que se revisa.

5. Sobre la falta de seguimiento del precedente

Llegamos a la crítica de la resolución analizada que se refiere, en específico, a la ausencia de cualquier referencia a la perspectiva de género en la resolución.

Vamos a aceptar, por los argumentos expresados en la sentencia de la Sala Superior, que estamos efectivamente ante una colisión entre los principios de seguridad y de certeza jurídica frente al principio de legalidad. ¿Por qué la perspectiva de género, establecida en diversos precedentes de la Sala Superior (como el del SUP-JDC-12624/2011 al que nos hemos referido al inicio de este texto, o bien el SUP-JDC-475/2012) como una faceta interpretativa exigible en la resolución de casos –especialmente los relacionados con temas de cuota de género– no jugó papel alguno en la determinación del principio que habría de prevalecer en la resolución del asunto?

Según creo, porque de haberlo hecho –y me referiré a cuestiones contrafactuales, pero que están según considero, justificadas– la Sala Superior tendría que haber tomado en cuenta no sólo la finalidad que persiguen las cuotas, sino el devenir histórico por el cual se ha pretendido omitir, a través de diversas estrategias, su cumplimiento por parte de los partidos políticos. Desde un esquema preventivo general, la Sala Superior habría tenido que tener en cuenta la necesidad de reforzar el cumplimiento de los sistemas de cuotas. Si eso hubiera hecho, considero que la Sala Superior muy probablemente habría destacado una idea que está también expresada en el voto

particular de los magistrados disidentes: “no se puede oponer al ejercicio a ser votada la situación derivada de la actitud omisa de los partidos enjuiciante, de postular en su momento, candidaturas de ambos géneros para cumplir en la proporción exigida por la ley, la cuota de género...nadie puede invocar en su beneficio hechos o circunstancias que él mismo hubiera provocado.”

De este modo, creo que la resolución omitió no sólo la referencia a la idea de la perspectiva de género; si no que también obvió considerarla como un instrumento capaz de influir en su determinación. Dicha perspectiva había constituido –en asuntos previos resueltos por la Sala Superior– un aspecto relevante a ser considerado en la determinación de asuntos que implicaran determinar el alcance y cumplimiento de los sistemas de cuotas de género y, con ellos, el del principio de igualdad y equidad de género.

Considero que en el fallo analizado se ensombreció una tendencia que había llevado a la Sala Superior a considerar con cierta preeminencia (de ninguna manera afirmo que tenga que ser absoluta) las consecuencias que sus resoluciones pueden tener, no solo a corto, sino también a mediano y largo plazo, en la consecución de una igualdad política efectiva entre hombres y mujeres, así como el objetivo de las cuotas en relación con la eliminación de la sub-representación de las mujeres en las candidaturas y acceso al cargo en puestos de elección popular. La Sala Superior, en este sentido, se desvió de ciertos precedentes en los que había determinado como prioritario el cumplimiento de las reglas que establecían sistemas de cuotas en nuestro país.

El resultado de la elección de jefes delegacionales en 2012 todos la sabemos. Los candidatos comunes postulados por los partidos Revolucionario Institucional, del Trabajo y Movimiento Ciudadano obtuvieron 14 de las 16 jefaturas delegacionales en el Distrito Federal. 10 de los jefes delegaciones postulados por ellos son hombres, las 4 restantes, mujeres. Del total de las 16 Delegaciones, 12 están encabezadas por hombres. Ello nos ofrece, nuevamente, un amplio margen de sub-representación política de las mujeres. Éstas

representan el 51.74% del padrón electoral en el Distrito Federal (con datos a mayo del 2013, de acuerdo con información del IFE) ocupan el 25% de las jefaturas delegacionales en la Ciudad. Muy probablemente la adopción de la perspectiva de género en la resolución de la Sala Superior del TEPJF habría implicado una posibilidad de un, pequeño, avance en este panorama. A largo plazo, estoy segura, los cambios habrían sido aún más prometedores. El tema, como anuncié al inicio de este escrito, aún presenta mucho espacio para el análisis.

Control de convencionalidad

VIII. Una propuesta de método para ejercer el control difuso de convencionalidad*

Graciela Rodríguez Manzo
(Directora Litiga OLE)*

I. Ideas preliminares

Es de conocimiento general que meses más tarde a la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reconoció expresamente la doctrina jurisprudencial interamericana del control difuso de la convencionalidad, a través de la resolución que recayó al expediente Varios 912/2010, con motivo de la discusión que tuvo lugar en el Pleno sobre el cumplimiento de la sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) emitió en el *Caso Radilla Pacheco vs. México*.

El alcance de dicha resolución no se encuentra en sí, en el reconocimiento expreso que realiza la SCJN de la obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad, si se tiene en cuenta que dicha obligación era clara a partir del desarrollo jurisprudencial de la COIDH en torno a las obligaciones previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tratado internacional del que México es parte desde 1981 y órgano jurisdiccional al que nuestro país le reconoció la competencia contenciosa en 1998. La trascendencia radica, pues, en que a través de dicha resolución, la SCJN modifica los alcances del control constitucional en México.

A dos años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, las discusiones y controversias en torno a los alcances y a la forma de ejercer un control difuso de constitucionalidad y

* El presente trabajo se basa en las ideas desarrolladas en conjunto con Luis Miguel Cano López.

* Profesora de la Cátedra de Derechos Fundamentales de la Escuela Libre de Derecho y cofundadora de Litiga, Organización de litigio estratégico de derechos humanos A. C. (Litiga OLE).

convencionalidad siguen vigentes. De estos temas me ocuparé en las siguientes páginas.

II. Orígenes del control de convencionalidad

Si bien la doctrina del control de convencionalidad encuentra su más avanzado desarrollo jurisprudencial en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, lo cierto es que antes del mismo ya algo se había adelantado sobre el tema en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos de Naciones Unidas.

Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al analizar la aplicación interna del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) que le da origen, señalaba ya en 1998 que las y los juzgadores de los Estados deben compatibilizar el derecho interno que les toca aplicar con las disposiciones del PIDESC, toda vez que de no hacerlo violan el principio internacional de imperio del Derecho que incluye el respeto de obligaciones en materia de derechos humanos. En consecuencia, cuando haya dos interpretaciones posibles del derecho interno, una contraria y otra conforme a dicho Pacto, deberán preferir siempre la que sea acorde al mismo.¹

En el ámbito interamericano, el desarrollo jurisprudencial en torno al control de convencionalidad se comenzó a gestar en 2003, a raíz de algunos votos elaborados por el entonces juez Sergio García Ramírez respecto de determinadas sentencias de la Corte Interamericana, a partir de los cuales señalaba ya la existencia de un control concentrado de convencionalidad que ejercía la COIDH al analizar la compatibilidad de los actos de los Estados con los instrumentos interamericanos.²

1 Comité DESC. La aplicación interna del Pacto. Observación General No.9, 1998, párrafos 14 y 15.

2 Véanse voto concurrente en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrafo 27; voto concurrente en el *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 3 y voto razonado en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párrafo 6.

Es hasta 2006, que la figura del control difuso de convencionalidad es adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente, a partir del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Desde entonces, se destaca una línea argumentativa en relación al contenido de la obligación de ejercer dicho control.

Así, puede decirse que a raíz de la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno que sean acordes a los estándares de la Convención Americana, prevista en su artículo 2, el poder legislativo de los Estados se encuentra obligado a no expedir y, en su caso, a derogar leyes o normas que sean contrarias a la misma. Pero cuando el legislativo falla en dicha tarea, el poder judicial de los Estados tiene el deber de no aplicar las disposiciones contrarias a la CADH y a la interpretación que sobre éstas haya hecho la propia COIDH, de conformidad con la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1. de la Convención, pues la aplicación de una norma violatoria de la CADH produce responsabilidad internacional.

En sentencias posteriores, la Corte Interamericana añade que la obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad a cargo del poder judicial, es *ex officio*, esto es, independiente a que las partes la hagan valer en juicio. Más adelante, el tribunal interamericano extiende dicha obligación a quienes imparten justicia y a las autoridades vinculadas con la administración de justicia, es decir, a toda persona que ejerza funciones jurisdiccionales, sea que forme o no forme parte del poder judicial del Estado de que se trate y a autoridades que se encuentren relacionadas con las mismas, vgr. los ministerios públicos. Posteriormente, el desarrollo jurisprudencial en torno al control difuso de convencionalidad concluye que la obligación de ejercerlo se encuentra a cargo de toda autoridad pública y en relación no sólo con las normas de carácter interno cuya compatibilidad se analiza, sino incluso respecto de las interpretaciones que sobre dichas normas se realicen, sea en sede judicial o administrativa.³

3 Este desarrollo argumentativo se deduce de los señalado por la COIDH en las siguientes sentencias: *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafos 123 y 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

En fechas recientes, la Corte Interamericana ha entendido que la obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad tiene dos manifestaciones, según los Estados sean o no parte en sus sentencias. No siendo parte, el control difuso de convencionalidad les obliga a velar por que todo acto de autoridad pública sea conforme a los estándares interamericanos. Pero al ser parte de dichas sentencias, ejercer un control difuso de convencionalidad significa además, garantizar que dichas autoridades cumplan o bien, no obstaculicen el cumplimiento de las sentencias de la COIDH.⁴

Es así como podría válidamente sostenerse que ejercer un control de convencionalidad desde el punto de vista interamericano, significa realizar un análisis de compatibilidad de las normas y actos de un Estado, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales adoptados en la región, así como de conformidad con la interpretación que sobre su contenido hayan realizado tanto la Corte como la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. En ese sentido, el control concentrado de convencionalidad se encuentra a cargo de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos⁵ y el de carácter difuso, a cargo de las autoridades públicas de los Estados.

Serie C No. 209, párrafo 339; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrafo 225; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 239; *Caso Atala Rizzo y Niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafos 280 y 284.

4 *Caso Apitz Barbera y Otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, párrafo 26; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafos 67-69.

5 Si bien, la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la misma es considerada la intérprete última de los instrumentos interamericanos, lo cierto es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a partir de lo casos que llegan a su conocimiento, realiza también un análisis de compatibilidad de los actos de los Estados con los estándares interamericanos de derechos humanos e inclusive, tiene la posibilidad de recomendar a los Estados la adopción de medidas de carácter legislativo, administrativo y jurisdiccional para hacerlos compatibles con dichos estándares y, con ello, garantizar una reparación integral de las violaciones de derechos humanos encontradas, ello con independencia de que los casos sean sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. En ese sentido, considero que la Comisión Interamericana ejerce también un control concentrado de convencionalidad.

III. Control difuso de convencionalidad en México

Pues bien, como se adelantaba en el preámbulo de este ensayo, la SCJN, a partir de la resolución que recayó al expediente Varios 912/2010⁶, se apropió de esta doctrina jurisprudencial a tal grado que restableció en México el control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Y es a través de una interpretación sistemática de dicho artículo y del 1º constitucional y con motivo de determinar si el Poder Judicial se encontraba obligado a ejercer *ex officio* un control difuso de convencionalidad como lo señalaba la COIDH en el párrafo 339 de la sentencia recaída al *Caso Radilla Pacheco vs. México*, que la SCJN concluye que, conforme al artículo 1º de la CPEUM, todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México forma parte, teniendo siempre en cuenta el principio *pro persona* y que, tratándose de la función jurisdiccional, como lo señala el artículo 133 constitucional *in fine*, las y 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 establecidas en cualquier norma inferior. Así, se encuentran obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia, a la par que, a través de la vías de control directas previstas en los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, puedan invalidarse o expulsarse del orden jurídico aquellas normas que se consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados.⁷

Lo cierto es que, cuando el más alto tribunal señala, en términos generales, la interpretación que deberán seguir las y los juzgadores extiende esta obligación a todas autoridades del país, lo que permitiría

6 Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 4 de octubre de 2011.

7 Resolución expediente varios 912/2010, *op. cit.*, párrafos 27-30.

válidamente interpretar que la SCJN extiende la obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad *ex officio* a toda autoridad pública, tal y como lo señala la jurisprudencia interamericana. En este sentido, considera que todas las autoridades del país, incluidas las de carácter jurisdiccional, deberán realizar una interpretación conforme en sentido amplio, esto es, interpretar el orden jurídico a la luz de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia y cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, deberán llevar a cabo una interpretación en sentido estricto, es decir, que partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, deberán preferir aquélla que haga a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte y sólo cuando las alternativas anteriores no sean posibles, deberán inaplicar dicha ley.⁸

Ahora bien, a partir la resolución en comento, la SCJN, refiriéndose de nueva cuenta de forma exclusiva a las y los impartidores de justicia del país, establece el parámetro que éstos tendrán que tomar en cuenta para ejercer el control difuso de convencionalidad. Y en ese sentido, consideró que el mismo está conformado por las normas de derechos humanos previstas constitucionalmente, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales de los que México forme parte y los criterios vinculantes -cuando el Estado sea parte de la sentencia- y orientadores -cuando México no sea parte de la sentencia- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Distinción de criterios que no se sostiene más, pues a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, la SCJN les reconoce a todos un carácter vinculante.⁹

8 *Idem.*, párrafo 31.

9 Cfr. párrafo 31 de la resolución del expediente Varios 912/2010, *op. cit.* y la versión taquigráfica de la sesión del Pleno de la SCJN del 3 de septiembre de 2013.

Como puede notarse, la resolución al expediente varios 912/2010, resultó fundamental para señalar lo que en México se entiende por la obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad y sentó las bases para su ejercicio. Considero, sin embargo, que lo hizo sin dejar claro si dicha obligación puede extenderse a toda autoridad pública y definió su ejercicio en términos muy generales. De ahí, la razón de ser de la propuesta del método que a continuación se detalla.

IV. Una propuesta de método

Pues bien, antes de pasar a la propuesta de un método para ejercer un control difuso de convencionalidad, resulta importante hacer una aclaración previa.

Si bien el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad son originalmente distintos en cuanto a las normas respecto de cuáles contrastar la norma o acto de autoridad bajo análisis, pues en el caso del primer tipo de control dicha norma o acto de autoridad se contrasta respecto de normas de derechos humanos de carácter internacional y, en el caso del segundo, respecto de normas de derechos humanos previstas en la Constitución, lo cierto es que al haber reconocido la SCJN la existencia en el párrafo primero del artículo 1º constitucional, de un parámetro de control de regularidad constitucional¹⁰, lo que implica necesariamente reconocer que las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México forma parte gozan de una jerarquía constitucional, realizar hoy un control difuso de convencionalidad significa, al mismo tiempo, llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad en materia de derechos humanos, toda vez que tanto las normas de derechos humanos de origen constitucional como internacional, se convierten, conjunta y sistemáticamente, en parámetro de validez del resto del ordenamiento jurídico y de cualquier acto de autoridad.

¹⁰ Denominado por la SCJN como parámetro de control de constitucionalidad. Véase versión taquigráfica de la discusión del Pleno en relación a la contradicción de tesis CT 293/2011 de fecha 3 de septiembre de 2013.

Haciendo la aclaración anterior, parece quedar claro a estas alturas que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad es una obligación. Pero más importantes que su carácter obligatorio resultan los beneficios que trae aparejados su ejercicio, ya que por una parte, garantiza el respeto de los derechos humanos conforme a los estándares que resulten más protectores de la persona al mismo tiempo que un acceso expedito a la justicia en materia de derechos humanos y, por la otra, evita que el Estado Mexicano se coloque en un eventual supuesto de responsabilidad internacional.

Si todas las autoridades públicas se tomaran en serio la obligación de ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, garantizarían desde su primer contacto con las personas, la mayor protección de sus derechos humanos evitando, de esta manera, que un buen porcentaje de casos llegara a juicio.

Y llegando a juicio, las y los impartidores de justicia garantizarían desde la primera instancia, que frente a un controversia, sea entre particulares o bien, entre particulares con las propias autoridades, los derechos humanos fuesen respetados, evitando con ello la necesidad de acudir a instancias jurisdiccionales superiores, con lo cual estarían también garantizando a las personas, el acceso a una justicia expedita y con ello, blindarían, al mismo tiempo, al Estado Mexicano contra una eventual declaratoria de responsabilidad internacional por parte de los órganos internacionales de derechos humanos a los que les haya reconocido competencia, si las violaciones de derechos humanos no resueltas en sede interna, llegasen al conocimiento de dichos órganos.

Las ventajas, pues, son múltiples. Y para hacerlas realidad es importante recordar que el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad debe ejercerse siempre, *ex officio*, esto es, independientemente de que las personas lo soliciten, y respecto de todo acto de autoridad. Y en sede jurisdiccional, debe realizarse en todo tipo de controversias, sean entre particulares o bien, entre particulares y autoridades. Asimismo, debe ejercerse en toda etapa

procesal, es decir, desde el análisis de los hechos, de la procedencia de los recursos, en la fase probatoria y en la decisión de fondo.

Ello quiere decir que ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad significa analizar los hechos del caso con perspectiva de derechos humanos. Analizar la procedencia de los recursos judiciales y administrativos a la luz de la garantía del debido proceso y siempre tomando en cuenta la obligación de los Estados de desarrollar las posibilidades de los recursos, de garantizar una protección judicial efectiva, es decir, poniendo a disposición de las personas recursos que sean adecuados para proteger la situación jurídica infligida y efectivos, esto es, que no sean ilusorios o incapaces de producir el efecto o conseguir el objetivo para el cual fueron diseñados. Lo anterior, tomando siempre en cuenta que al decidir sobre su procedencia, nunca se coloque a las personas en estado de indefensión.¹¹

Por lo que hace a la fase probatoria, ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad significa tomar en cuenta los estándares de derechos humanos que resulten más protectores en relación a las pruebas que deben admitirse, a las reglas en materia de carga de la prueba que deben observarse, y al valor probatorio que debe atribuirse a las mismas. Finalmente, ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad respecto del fondo de los asuntos significa tomar en cuenta el más alto estándar de protección los derechos humanos involucrados en la controversia.

Dicho lo anterior, resulta indispensable señalar qué es lo que no implica ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad y que en ocasiones se confunde con su ejercicio. En primer término, se destaca que ejercer dicho control no significa simplemente citar, en el cuerpo de las resoluciones de las autoridades, las normas de derechos humanos de fuente internacional que resulten aplicables y la interpretación jurisprudencial que se haya desarrollado sobre

11 Obligaciones todas estas derivadas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de las interpretaciones que sobre estos artículos han realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, respectivamente.

las mismas. Ello, sin duda, forma parte del ejercicio del control de convencionalidad pero no se reduce exclusivamente a ello.

Tampoco significa suplir la deficiencia de la queja. El fin de la suplencia de la queja es subsanar una exposición deficiente sobre hechos o el derecho que las partes alegan en una controversia determinada, mientras que ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad implica definir el marco jurídico aplicable al caso, armonizando el derecho de origen interno con el del origen internacional en la medida que esto sea posible. Una vez definido dicho marco jurídico, se estudian las pretensiones de hecho y de derecho de las partes. Así, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad constituye un paso previo a definir las pretensiones de las partes.

Es así como puede decirse que lo que sí implica ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad es, en términos generales, delimitar el marco normativo aplicable al caso concreto, armonizando el marco jurídico interno con el de origen internacional o bien, el marco jurídico internacional general con el marco jurídico de derechos humanos, cuando las normas a armonizar sean de origen internacional frente a normas de derechos humanos y, en caso que dicha armonización no sea posible, entonces aplicar, el marco normativo que sea más favorable y menos restrictivo para la persona, salvo que nos encontremos frente a restricciones al ejercicio de los derechos humanos previstas constitucionalmente.¹²

La pregunta que surge a continuación es cómo se delimita y armoniza el marco jurídico aplicable al caso concreto. Para ello se sugiere seguir los pasos que se mencionan a continuación y que encuentran su base en lo establecido por la SCJN a través de la resolución al expediente Varios 912/2010.

12 Esta salvedad aunque contraria al principio pro persona previsto en el artículo 1 constitucional, se resalta con motivo del criterio aparentemente sentado por la SCJN con la resolución de la contracción de tesis CT 293/2013. Sobre el particular, véase la versión taquigráfica de la sesión del Pleno de fecha 3 de septiembre de 2013.

1. Analizar los hechos detrás del caso o del acto de autoridad distinto a los jurisdiccionales, con una perspectiva de derechos humanos.

Analizar los hechos del caso o del acto de autoridad que no sea jurisdiccional con una perspectiva de derechos humanos, significa identificar qué derechos se encuentran detrás de los mismos. Ello implica, necesariamente, dejar de entender a los hechos detrás del caso o del acto de autoridad no jurisdiccional, en términos exclusivamente de su posible adecuación a la hipótesis normativa señalada en la legislación que les sea aplicable. Así, por ejemplo, conocer de una controversia en materia de daño moral con una perspectiva de derechos humanos significaría dejar de entenderla exclusivamente en términos de si de los hechos del caso se desprenden los elementos que configuran un daño moral, sino que implicaría, asimismo, encontrar si detrás de este último se encuentran involucrados determinados derechos como podrían ser vgr., la libertad de expresión y el derecho al honor o a la vida privada.

2. Identificación del marco jurídico aplicable al caso o al acto de autoridad distinto a los jurisdiccionales.

Identificados los derechos en juego, entonces procede determinar el marco jurídico aplicable al caso o a acto de autoridad distinto a los jurisdiccionales. Marco jurídico que además de consistir en la legislación y/o en normativa internacional aplicable al caso o al acto de autoridad distinto a los jurisdiccionales cuando, en éste último caso, lo que esté en juego sea la aplicación de un tratado internacional frente al marco jurídico de derechos humanos de origen interno e internacional, debe incluir la normativa correspondiente a los derechos humanos involucrados, la cual, a partir de lo señalado por el parámetro de control de regularidad constitucional previsto en el párrafo primero del artículo 1º constitucional, necesariamente debe tomar en consideración de forma conjunta, al menos, la normativa en materia de derechos humanos de origen constitucional e internacional.

Así, habrá que identificar el marco jurídico de origen interno aplicable a los derechos humanos involucrados, esto es, el previsto

constitucionalmente y en la legislación secundaria, así como las interpretaciones realizadas en sede judicial sobre dichos derechos. Y al mismo tiempo, deberá identificarse el marco jurídico de origen internacional aplicable a los derechos humanos involucrados, esto es, el previsto en la normativa internacional y en la interpretación que de dicha normativa haya sido llevada a cabo por los órganos internacionales autorizados para ello.

3. Identificación preliminar del marco jurídico que sea más favorable al caso o al acto de autoridad distinto a los jurisdiccionales.

Conociendo ambos marcos jurídicos en materia de derechos humanos aplicables al caso o al acto de autoridad distinto a los jurisdiccionales, se estará entonces en condiciones de identificar preliminarmente cuál de ellos resulta más favorable a las personas y menos restrictivo de sus derechos. En ese sentido, si resultare que el marco jurídico en materia de derechos humanos más favorable y menos restrictivo resulta el de origen interno, entonces será el que se aplique y, con ello se dará por concluido el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Pero si se concluyera que el marco jurídico en materia de derechos humanos que resulta más favorable es el de origen internacional, se dará paso entonces al terreno de la interpretación conforme.

4. Identificación de la interpretación que armonice el marco jurídico aplicable al caso.

De esta forma deberá buscarse en primer lugar, una interpretación conforme en sentido amplio, es decir, deberá encontrarse una interpretación del marco jurídico interno en materia de derechos humanos que pueda ajustarse al correspondiente marco internacional, previamente identificado como el más favorable y el menos restrictivo de dichos derechos o bien, realizar una interpretación conforme en sentido estricto, esto es, cuando varias interpretaciones del marco jurídico interno sean posibles preferir aquella que lo adecúe al de origen internacional preliminarmente identificado como el más favorable y menos restrictivo de los derechos humanos involucrados. De encontrarse una interpretación que armonice ambos marcos

jurídicos aplicables, con ello terminará el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

5. Aplicación del marco jurídico más favorable al caso.

Sin embargo, si no hubiere interpretación conforme posible, pues aplicar el marco jurídico de origen interno significa abiertamente desconocer o contrariar el de origen internacional preliminarmente identificado como el más favorable y menos restrictivo de los derechos humanos involucrados, entonces y sólo entonces, en atención al principio *pro persona*, se procederá a inaplicar o bien, a invalidar el marco jurídico interno de derechos humanos aplicable, según sea la competencia de la autoridad que esté llevando a cabo el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Ahora bien, es importante destacar que esta propuesta de método funciona, en principio, para armonizar cualquier norma o acto de autoridad con los estándares más protectores y menos restrictivos de los derechos humanos. Sin embargo, lo anterior se ve matizado si se toma de nuevo en cuenta lo que la SCJN resolvió con motivo de la contradicción de tesis CT293/2011 y que deja varias discusiones abiertas.

V. Discusiones pendientes

Me refiero específicamente a que, si bien el más alto tribunal reconoció la existencia en el párrafo primero del artículo 1º constitucional de un parámetro de control de regularidad constitucional formado por normas de derechos humanos previstas constitucionalmente y contenidas en tratados internacionales de los que México forma parte, también señaló que en caso de la existencia de restricciones a los derechos previstas en nuestra Constitución, éstas siempre prevalecerán, en aras del respeto del principio de supremacía constitucional.

Dicho de otra manera, lo que la SCJN determinó es que en caso de contradicción de una norma constitucional y una norma internacional

en materia de restricciones de los derechos humanos, siempre prevalecerá la norma de origen constitucional, lo cual, además de ser abiertamente contrario al principio *pro persona*, limita la aplicación del método que se propone en este ensayo a casos, normas y demás actos de autoridad en los que no se analice una posible contradicción entre normas constitucionales que establezcan restricciones de los derechos humanos y las correspondientes de origen internacional, pues en dicho caso no se tendrá que buscar una armonización del marco constitucional e internacional que resulten aplicables, ya que siempre tendrá que aplicarse el de origen constitucional, independientemente de que éste no sea el más favorable o restrinja en mayor medida los derechos de las personas.

Decisión que, a mi juicio, debe interpretarse con cautela teniendo en cuenta el contexto en el que la misma fue tomada. Si bien, se trata de una decisión que obtuvo la mayoría de 10 votos a favor y uno en contra, lo cierto es que aparentemente cinco de los votos que la apoyaron consideraron aprobarla en el entendido que dichas restricciones constitucionales debían analizarse y ponderarse en el caso concreto; los restantes cinco votos a favor del proyecto la entendieron aprobada en el sentido de que las restricciones constitucionales deberán prevalecer en todo caso; y, finalmente, la razón principal del voto en contra de dicha decisión consideró que no podía apoyarla, pues ello implicaría dejar sin efectos al principio *pro persona* previsto también constitucionalmente.

Tampoco puede perderse de vista que a partir de dicha decisión se admitió también que todos los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para el Estado Mexicano, por lo que en caso de que se esté frente a una restricción constitucionalmente prevista y un criterio de la COIDH que considere dicha restricción inconvencional, al menos se tendrá que entender a este criterio interamericano como un criterio de obligatorio cumplimiento.

En todo caso, el contexto en que se tomó esta decisión por parte SCJN quedará más claro ahora que se publique el engrose de la

decisión con los votos concurrentes y particular que se anunciaron la acompañarían. En tanto eso sucede, no habrá que perder de vista que toda restricción al ejercicio de los derechos humanos debe pasar por un test de proporcionalidad, a partir del cual se acredite que la medida restrictiva de los derechos se encuentre prevista expresamente en la Constitución; que la medida restrictiva de los derechos resulte idónea para proteger el bien constitucional involucrado; que se trate de una restricción necesaria, esto es, que no exista otra medida restrictiva que afecte en menor medida al derecho involucrado y, finalmente, que sea proporcional, es decir, que el beneficio que obtendrá el bien constitucional que se pretende proteger sea equivalente al perjuicio que sufrirá el derecho, cuyo ejercicio se pretenda restringir. Todo lo cual, desde mi perspectiva, sólo podrá decidirse a la luz de las circunstancias específicas del caso concreto.

Pero sobre todo, no debe perderse de vista que la intención primordial de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011 fue colocar a las personas y a sus derechos como parámetro de validación e interpretación de todo acto de autoridad y siempre conforme a los estándares más protectores y menos restrictivos de sus derechos, sin que para ello importe la fuente en donde se encuentren contemplados.

IX. El control difuso de convencionalidad y su naturaleza subsidiaria o complementaria para optimizar el sistema jurídico mexicano

Magdo. Jaime Uriel Torres Hernández

1. Planteamiento del problema

Tratándose del control difuso de convencionalidad existe un campo enorme de incertidumbre en cuanto a las reglas específicas que el operador jurídico deberá seguir para su aplicación, cuando enfrente problemas jurídicos relacionados con la afectación a derechos humanos, relativos a cómo se puede armonizar su aplicación en relación con los controles establecidos en el sistema jurídico interno mexicano.

A partir de la reforma constitucional sobre derechos humanos realizada en junio del año dos mil once, el orden jurídico mexicano sufrió un cambio fundamental en la protección de los derechos fundamentales de las personas; reforma constitucional, que bien entendida, necesariamente obliga a que se piense en que el operador jurídico para estar acorde con tal evolución, debe cambiar algunos paradigmas para interpretar y aplicar el Derecho.

Toda reforma jurídica, por muy ambiciosa que sea, para trascender en la realidad está condicionada al fracaso inmediato, si no cuenta con los juzgadores o aplicadores capaces de darle su correcto alcance al momento de resolver los casos; esto es, es una condición necesaria que la reforma se entienda y, como consecuencia, se interprete y aplique con certeza para solucionar los problemas jurídicos.

En el sistema jurídico mexicano el control difuso de convencionalidad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha constituido actualmente en un tema que preocupa y ocupa a los diferentes sectores de la comunidad jurídica, en cuanto a definir sus alcances y sus limitaciones en su aplicación cotidiana.

2. Hipótesis

Demostrar que el control difuso de convencionalidad que permite el artículo 1° de la Constitución General de la República, tiene la naturaleza jurídica de subsidiario o complementario al sistema jurídico mexicano, por lo que, para que el aplicador o juzgador nacional pueda estar en condiciones de realizar el control de referencia, sólo será cuando el derecho interno no proteja el derecho humano controvertido o lo haga en forma insuficiente.

3. Soporte racional

3.1 Fuente normativa

3.1.1 Constitución

La constituye el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta 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.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

3.1.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos

“PREÁMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, **razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos;**

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,”

3.1.3 Trabajos preparatorios

Además, dicha fuente la constituyen los trabajos preparatorios de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, de veintiséis de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, documento once, en el que, en lo conducente, se estableció que:

"Doc. 11

26 septiembre 1969

ANTEPROYECTO DE OBSERVACIONES DEL GOBIERNO DE MÉXICO AL PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

De conformidad con lo dispuesto en la resolución aprobada por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos durante la sesión celebrada el 2 de octubre próximo pasado, el Gobierno de México ha venido estudiando detenidamente el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, que más adelante habrá de ser elevado a la consideración de la Conferencia Especializada Interamericana contemplada por la Resolución XXIV de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria. Siempre de acuerdo con lo dispuesto por el Consejo de la Organización, el Gobierno de México ha resuelto formular una serie de consideraciones que el estudio del referido documento le ha sugerido, en la inteligencia de que los comentarios que a continuación se incluyen no constituyen una enunciación exhaustiva de sus puntos de vista. En tal virtud, aun cuando puede decirse que las principales observaciones mexicanas están incluidas en el presente documento, la Delegación mexicana se reserva el derecho de someter a la consideración de las otras Representaciones, en el seno mismo de la Conferencia, aquellos otros puntos que, por razones de economía de espacio y tiempo, no ha sido posible incluir en la siguiente relación:

I. Cabe, en primer término, formular al Proyecto de Convención una observación de carácter general que resulta totalmente congruente con la posición que sobre

la materia asumió la Representación mexicana durante la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria: la de que la protección de los derechos humanos debe quedar primordialmente a cargo de la legislación interna de cada Estado, y sólo en una forma gradual y progresiva es como debe avanzarse, hacia el tutelaje internacional de los citados derechos.

Considera el Gobierno de México que la incuestionable trascendencia de los valores que se pretende tutelar a través del proyecto de que se trata, por una parte, así como la indudable incidencia que semejante protección no puede menos que tener sobre principios tan caros a las naciones americanas como son los de no intervención y autodeterminación de los pueblos, por la otra, hacen por demás aconsejable la prudente firmeza a que antes se ha hecho referencia. Es en todo momento preferible contar con un instrumento que, al no despertar duda alguna acerca de su plena congruencia con la soberanía nacional y con los principios internacionales antes referidos, sea susceptible de cobrar en poco tiempo un amplio ámbito de vigencia, que proceder a elaborar un Convenio que aun cuando posiblemente resultara más completo en cuanto a los derechos sujetos a protección y en cuanto a las instituciones destinadas a impartirla, naciera en cambio con escasas expectativas de viabilidad por merecer serias objeciones de fondo a algunos de los Estados Americanos.

Por demás está decir, a la luz de lo antes expuesto, que el Gobierno de México no podrá otorgar su apoyo a disposición alguna que resultare incompatible con el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que aunque no se mencione expresamente en el presente documento, deben en ese sentido considerarse observados aquellos de los proyectados artículos que llegaren a revestir dicha particularidad.

Si se ha hecho tanto énfasis en esta primera observación, ello es porque en ella están contenidos los criterios esenciales con los que el Gobierno de México se avocó al estudio del

Proyecto de Convención de que se trata: decidido partidario de la protección de los derechos humanos esenciales, el Gobierno de México desea que al elevar dicha tutela al plano internacional, no se vulneren ni su soberanía nacional, ni los principios de la no intervención y autodeterminación.

[...]

Doc. 33

10 noviembre 1969

DECLARACIÓN GENERAL DEL DELEGADO DE MÉXICO LICENCIADO ANTONIO MARTÍNEZ BAEZ (Formulada en la primera sesión de la Comisión I, celebrada el 10 de noviembre de 1969)

La Delegación de México desea expresar que, atendiendo a la invariable política de su gobierno, en cuanto se refiere a la protección de los derechos humanos, reitera su disposición de coadyuvar para que el Proyecto, en lo relativo al aspecto sustantivo del mismo, vaya tan adelante en la protección buscada como ello sea posible y ratifica la Delegación de México las observaciones que fueran formuladas por la Cancillería Mexicana contenidas en el pliego que dirigió a la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos y que aparecen en el documento de trabajo No. 11 de esta Conferencia; se reserva esta Delegación la formulación de nuevas observaciones, conforme adelanten los trabajos de esta Comisión; desde luego, debe destacarse que en las observaciones contenidas en el documento 11, se dice textualmente que “el Gobierno de México, no podrá otorgar su apoyo a disposición alguna que resultase incompatible con el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, posición esta que será la norma invariable de nuestra Delegación.

La razón de ello se encuentra en que el texto del Artículo 133 de nuestra Constitución da el carácter de norma constitucional, con toda su validez y obligatoriedad a los Tratados celebrados de acuerdo con la propia Constitución, por lo cual, no podremos, en ningún momento apoyar las partes del Proyecto que resulten contradictorias o

incompatibles con las normas constitucionales mexicanas.

Doc.66

20 noviembre 1969

DECLARACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE MÉXICO PARA SER INCLUIDA EN EL ACTA FINAL DE LA CONFERENCIA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

1. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos autoriza de manera general la suspensión de los Derechos que fueren obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a situaciones de grande emergencia. En consecuencia, la Delegación mexicana expresa su reserva al numeral 2 del artículo 28, que limita esta autorización de suspensión por lo que respecta a ciertos y determinados Derechos.

2. La Delegación de México entiende que el inciso d) del artículo 43 no elimina el requisito de la previa anuencia de los Estados Partes para que la territorios.

3. El Gobierno de México apoya el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en el carácter optativo de su jurisdicción.”

3.1.4 Doctrina. Opinión del Dr. Sergio García Ramírez

De igual forma, se considera conveniente atender a la doctrina como argumento de autoridad, la cual aunque por sí misma no constituye norma jurídica y como tal, por sí sola no puede fundar una resolución; también lo es que sí es factible usarla como consulta que apoye el criterio del juzgador.

En ese sentido, se acude a la opinión del tratadista Sergio García Ramírez, contenida en la obra “El Control Difuso de Convencionalidad” Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Sociedad Civil, colección FUNDap Constitucionalismo y Derecho Público, estudios, dos mil doce, primera edición, páginas doscientos treinta y tres y doscientos treinta y cuatro, que es del tenor siguiente:

"9. Control Interno de Convencionalidad derivado del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional de la "vocación" institucional de la Corte IDH.

La jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en el oficio protector de los Derechos Humanos. Esto consta en los trabajos preparatorios de la Convención, entre ellos las deliberaciones en la Conferencia de 1969 celebrada en San José, y en la posición expresamente adoptada al término de ella por la delegación mexicana, que figura en el Acta Final del encuentro. Esa jurisdicción a cargo de la Corte IDH tiene carácter subsidiario o complementario. Tal es su naturaleza, de la que no se ha apartado ni podría hacerlo, jurídica y prácticamente.

Por ende, la justicia supranacional interviene en supuestos bien acotados; cuando la jurisdicción interna no opera o no resuelve debidamente la violación cometida; se solicita, a partir de aquella condición y una vez agotados los recursos internos para combatir el desvío o la inactividad del Estado, la apertura de la vía internacional ante la Comisión Interamericana y ésta resuelve de manera favorable –por acuerdo de admisibilidad- la solicitud del interesado; y finalmente la propia Comisión lleva el litigio al conocimiento de la Corte.

El Tribunal de San José ha deslindado dos momentos o situaciones con respecto a la responsabilidad del Estado reclamable ante los tribunales. El primer momento corresponde a la aparición de la responsabilidad internacional del Estado, que se plantea cuando éste incurre en un hecho internacionalmente ilícito (violación de la CADH y otros tratados del ámbito americano, a los que me he referido). El segundo momento corresponde a la actualización de la competencia de la Corte IDH para conocer de esa violación y resolver mediante sentencia, que proviene de un dato diferente y posterior al momento que enuncié en primer término: la inexistencia o inoperancia del recurso interno para la debida solución del agravio.

En fin de cuentas, todo el sistema jurisdiccional internacional está montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver internamente el litigio, a través de los medios domésticos conducentes a ese fin. Uno de ellos es la actividad jurisdiccional. Ésta no puede perder de vista el carácter ilícito del hecho aducido, desde la perspectiva internacional, además de la calificación que le corresponda desde la nacional. De ahí se sigue que la jurisdicción doméstica debe salir al paso de la ilicitud internacional y aplicar las normas que establecen la existencia de ésta, sus características y consecuencias. De nueva cuenta nos encontramos con un fundamento para la operación -ordenada y armoniosa- del control interno de convencionalidad.

En este campo de consideraciones, conviene tener en cuenta que la aplicación del DIDH omitida por la jurisdicción interna, que desdeña la oportunidad para asumirla, será la practicada por la jurisdicción internacional, que actuará subsidiariamente, en su propia oportunidad, para aplicar las disposiciones jurídicas internacionales quebrantadas o desatendidas. Existe, pues, ocasión para resolver en la vía interna lo que finalmente se traslada a la justicia internacional.

Bajo esta óptica conviene juzgar y entender el flujo de "casos mexicanos" a la Corte Interamericana, que ha sido inusualmente intenso: 6 litigios en poco más de tres años. No sobra mencionar que en ese conjunto figuran hechos y conceptos de violación reiterados. La situación es comparable –en términos de frecuencia de litigios- a la que se presentó hace algunos años en relación con Perú, donde prevalecían condiciones de manifiesto autoritarismo, situación diferente de la que se plantea en el caso de México."

3.1.5 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

De igual manera, se tiene presente el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de veinte de marzo de dos mil trece, en la

resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay, en el cual, en lo conducente, se estableció que:

“VOTO RAZONADO DEL JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT A LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 20 DE MARZO DE 2013.

SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA EN EL CASO GELMAN VS. URUGUAY.

[...]

69. En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados Parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la “jurisprudencia interamericana”, es decir, a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es “relativa”, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación, como lo ha realizado en algunas ocasiones.

[...]

98. Así, se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—; de modo que los criterios de decisión

pueden ser conformados y adecuados entre sí, mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.”

4. Razonamientos

Hoy el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone categóricamente que: (...) *“las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*; prescripción constitucional que para que se cumpla en la aplicación del derecho para justificar las decisiones, es necesario establecer con claridad que debe existir un orden o armonía en la forma como debe interpretarse el derecho interno y el internacional, para lo cual es importante destacar, en primer lugar, que en el preámbulo sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece categóricamente un principio fundamental sobre la esencia del derecho supranacional, consistente en que reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como sustento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos; y, en segundo término, que la norma fundamental mencionada al inicio dispone que la interpretación debe ser conforme con nuestra Constitución, lo que permite sostener que la interpretación sistemática y teleológica del artículo constitucional citado en relación con el principio hermenéutico convencional referido, debe ser en el sentido de que el control difuso de convencionalidad tiene la naturaleza de subsidiario del derecho interno mexicano.

La interpretación anterior se estima correcta porque observa, por una parte, el principio de interpretación contenido en la convención referida y, por otra, respeta que, de inicio, cada nación aplique su jurisdicción interna para resolver el problema sobre derechos humanos y sólo en casos acotados y por necesidad, se acuda a la normativa internacional para realizar el control difuso de convencionalidad.

En ese sentido, se comparte la opinión del tratadista Sergio García Ramírez, experto en la materia, establecida en la obra citada, quien sostiene que la justicia supranacional interviene en supuestos bien acotados, cuando la jurisdicción interna no opera o no resuelve debidamente la violación cometida, se pide, a partir de aquella condición y una vez agotados los recursos internos para combatir el desvío o la inactividad del estado, la apertura a la vía internacional ante la Comisión Interamericana, para los efectos correspondientes.

La interpretación anterior es sólida, porque admite que se observe el principio de coherencia en el sistema jurídico mexicano, en el cual, primero se buscará la solución al problema sobre derechos humanos en la jurisdicción doméstica para que, si se pondera que el marco jurídico interno es insuficiente, entonces se acuda excepcionalmente al control difuso de convencionalidad, lo que permite el orden de la aplicación normativa interna e internacional, que evitará provocar incertidumbre en la solución de los casos sobre los derechos mencionados en el sistema nacional.

Así pues, el control difuso de convencionalidad constituye una herramienta de interpretación subsidiaria, cuyo uso está condicionado a la necesidad de optimización de la normativa que integra el sistema jurídico mexicano, tratándose de los derechos humanos.

Creo que la prudencia manda que el aplicador u operador jurídico, al acudir al control difuso de convencionalidad para optimizar la aplicación de su derecho interno o doméstico, debe estar consciente de que se trata de un control coadyuvante que, para que se ejerza, se reitera, está condicionado a que se pondere, en primer lugar, que

el sistema jurídico mexicano, tratándose de algún derecho humano, necesita ser mejorado u optimizado en la forma que lo que exija cada caso, lo que demuestra que tal control tiene una naturaleza acotada y excepcional.

La interpretación anterior es razonable, si se acepta que lo correcto es que cada Estado aplique su normativa o derecho interno, como una manifestación natural o lógica del ejercicio de su soberanía, por lo que cuando se trata de incluir en el marco jurídico interno a la normativa internacional debe entenderse que es algo extraordinario y que al acudir a ella para resolver casos nacionales es porque, por sentido común, se necesita y mejora sustancialmente el derecho interno referente a los derechos humanos.

Esto significa que la interpretación aceptable del control difuso de convencionalidad es que su uso se condicione en “suplencia” de la deficiencia de la normativa interna del sistema jurídico mexicano; es decir, en la realidad, el juzgador al momento de justificar la solución del caso, tratándose de derechos humanos, no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en razón de que, antes, por razón lógica y prelación del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios constitucionales, así como en la legislación ordinaria, para que, una vez que se determine con los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido y, si lo está, no suficientemente en favor de la persona, se justifica que, en suplencia de la deficiencia de nuestro sistema jurídico, se acuda a las reglas y a los principios de la normativa internacional.

La anterior interpretación tiene un sentido correcto y se justifica razonablemente, si se tiene como premisa esencial incuestionable que el sistema de los derechos fundamentales de nuestro país, se controla y deriva de una norma superior que es nuestra Constitución, respecto de la cual, debe ser conforme la legislación ordinaria; y aun aceptando, como ya lo reconoció nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los tratados internacionales están a la

misma altura que la Constitución, la conveniencia de acudir a la normativa internacional depende de que el control constitucional y ordinario sean insuficientes y, por ende, excepcionalmente, nuestra Carta Magna permite que se lleve a cabo el control difuso de convencionalidad previsto en el artículo 1° constitucional y que se observe el principio de la protección más amplia a la persona; es decir, se estima que la supremacía constitucional se advierte nítidamente en la medida de que tal control se permite, únicamente por necesidad y porque optimiza el derecho humano controvertido.

Se considera que nos llevaría al absurdo pensar que el control convencional se pudiera aplicar sin restricción alguna, acudiendo de manera directa a la normativa internacional para resolver el caso, sin antes ponderar y justificar la insuficiencia del derecho interno, porque por mucho que se aduzca por alguna parte de los doctrinarios de la materia que la intención es formar un “derecho comunitario” que sea efectivo para proteger plenamente los derechos humanos, no se debe olvidar “la individualidad” del sistema jurídico de cada Estado, que de acuerdo a su situación, deberá establecer cómo aplicar el control difuso de convencionalidad que haga coherente su derecho interno y lo optimice.

Además, es importante establecer que el sistema nacional prevé una serie de formalidades y de instancias que constituyen cargas procesales para que el gobernado haga valer sus derechos, con las cuales puede encontrar en la normativa interna remedio a su pretensión de reparación a las violaciones de sus derechos humanos, lo que significa que si se aceptara que el aplicador puede acudir directamente al control de convencionalidad, necesariamente provocaría desorden e incertidumbre en la aplicación del derecho para la solución de los casos, pues podría darse el supuesto fáctico de que existiendo solución en la normativa interna y sin agotarse sus recursos o instancias, se aplicara la normativa internacional, dispensando a la persona del cumplimiento de cargas de acuerdo al orden jurídico nacional, lo que no parece razonable y agrede al sistema interno.

6. Ejemplo de un caso en amparo directo

Ejemplo: en el Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, al cual me encuentro adscrito, un quejoso reclamó en amparo directo una sentencia definitiva, que emitió una sala fiscal en un juicio de nulidad que promovió una persona contra una resolución administrativa del ISSSTE que determinó una pensión jubilatoria; según la parte impugnante, la autoridad administrativa debió tomar en cuenta todas las prestaciones que recibió en el último año en servicio activo para calcular bien su pensión jubilatoria. Posteriormente, la sala, en esencia, declaró la validez de la resolución impugnada.

En el juicio de amparo directo, el quejoso reclamó esa sentencia definitiva y estableció que la decisión de la sala responsable era inconveniente porque violó el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que disponía que toda persona tenía derecho a un recurso sencillo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparara contra actos que violaran sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la convención, sobre la base de que para cuantificar su pensión, no se tomaron en cuenta todas las prestaciones que recibió como remuneración el último año en activo.

La interrogante en el asunto en ese momento fue: ¿Está obligado el tribunal colegiado a realizar el control difuso de convencionalidad pedido por el quejoso?

La respuesta a la petición del solicitante del amparo fue en sentido negativo, habida cuenta que el tribunal sostuvo en su ejecutoria que el control difuso de convencionalidad es subsidiario del derecho interno, cuando éste no proteja o lo haga insuficientemente respecto de determinado derecho humano, dado que, como lo sostiene el tratadista Sergio García Ramírez, cuando se estableció la existencia del control de convencionalidad la intención de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos no fue sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino que se trataba de una jurisdicción

subsidiaria o complementaria de aquéllas.

Y, precisamente, la decisión que tomó el órgano jurisdiccional colegiado se estima correcta porque observó plenamente el principio toral o fundamental establecido expresamente en el preámbulo de la Convención Americana Sobre Derecho Humanos, que dispone que la naturaleza jurídica de la protección internacional es subsidiaria o complementaria a la establecida en el derecho interno. El tribunal colegiado determinó que no se estaba en el supuesto necesario de revisar convencionalmente si la cuota jubilatoria era legal o no a la luz de la normativa internacional, porque la figura del debido proceso estaba prevista esencialmente en el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y por las interpretaciones jurisprudenciales que de él hicieron los tribunales del Poder Judicial de la Federación y, como consecuencia, no existía la necesidad de que para resolver si se violó o no la garantía del debido proceso en agravio del quejoso, se acudiera en forma complementaria o subsidiaria a la normativa internacional, en la cual también estaba prevista la garantía de referencia.

En cuanto al fondo del caso, el tribunal colegiado determinó que la pretensión del quejoso, de que procediera todo lo pedido en su demanda inicial, de acuerdo con la garantía del debido proceso previsto en el artículo 14 constitucional era improcedente, habida cuenta tal exigencia no constituía una formalidad esencial prevista a nivel constitucional, es decir, dentro de la garantía del debido proceso no estaba que en la sentencia siempre se diera al actor todo lo pedido, pues de aceptarlo así se llegaría al absurdo de que no podrían prosperar las defensas y las excepciones de la parte demandada y, por esa razón, la sentencia reclamada no violaba esa garantía en perjuicio del quejoso.

En suma, el tribunal federal no tenía por qué realizar control difuso de convencionalidad respecto de la sentencia definitiva reclamada, porque el argumento invocado por el quejoso se dirigía en esencia a la supuesta infracción a una garantía del debido proceso, prevista en nuestro derecho interno a nivel constitucional, por lo que el control se hizo a luz de nuestra Carta Magna.

7. Conclusiones

Primera. La jurisdicción interamericana no pretende sustituir a las jurisdicciones nacionales en el oficio protector de los derechos humanos, respecto de las cuales tiene una naturaleza jurídica subsidiaria.

Segunda. De la interpretación sistemática y teleológica del artículo 1° de la Constitución General de la República con el principio contenido en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que el control difuso de convencionalidad sólo deberá usarse de forma coadyuvante o complementaria por el operador o aplicador para proteger los derechos humanos, cuando en el derecho interno no estén protegidos o estándolo sea de manera deficiente.

Tercera. Luego, el juzgador al momento de justificar la solución del caso, tratándose de los derechos humanos, no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en razón de que, antes, por razón lógica y prelación del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios constitucionales, así como en la legislación ordinaria, para que, una vez que se determine con los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido y si lo está no suficientemente en favor de la persona, lo que justifica que, en suplencia de la deficiencia de nuestro sistema jurídico, se acuda a las reglas y a los principios de la normativa internacional.

X. El control convencional desde la perspectiva de un juzgador

*Magdo. Antonio Ceja Ochoa*¹

Sumario: I. Una breve introducción al caso; II. Control sobre la Constitución; III. Riesgo de los juzgadores de incurrir en responsabilidad administrativa; IV. Protección de los derechos económicos y sociales; V. Pasos a seguir para aplicar el control de convencionalidad.

I. Una breve introducción al caso¹

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de diez de junio de dos mil once, es una de las más importantes en los últimos tiempos, su trascendencia se materializa en los tres primeros párrafos del artículo primero, derivados a raíz de las cuatro sentencias de las que el Estado Mexicano fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).²

Esta reforma reconoció los derechos humanos contemplados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales ratificados por México, elevándose a rango constitucional, así, el primer párrafo del artículo primero de la Carta Magna, propone que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados constituyen un catálogo de derechos, los cuales constituyen el *parámetro de control de regularidad constitucional*³, mientras que en el segundo párrafo, a través de los principios de armonización y

pro persona, brindó una pauta o criterio hermenéutico de las normas (con independencia de su rango o jerarquía), que será el instrumento fundamental para lograr la máxima efectividad de los derechos humanos.⁴

De esta manera los tratados internacionales dejan de ser meras declaraciones políticas de buenos deseos y adquieren una aplicación efectiva, pues los derechos humanos contenidos en estos instrumentos se integran armónicamente con la Constitución y con el resto del sistema jurídico, por ende refuerzan los compromisos internacionales adquiridos por México en sujeción a la jurisdicción del CIDH.

Una de las obligaciones principales dentro del nuevo paradigma consiste en velar el cumplimiento de los tratados internacionales, acción que recae sobre los operadores jurídicos mediante el examen de compatibilidad de las normas internas con el *corpus iuris* internacional, para adaptar las prácticas y las normas nacionales a los parámetros de aquéllos en relación a los derechos humanos, lo cual implica hasta la desaplicación de una norma nacional en pro de los derechos humanos.

Sin embargo, aunque en la doctrina parezca fácil el ejercicio del control de convencionalidad, la práctica es muy distinta, nos encontramos con obstáculos no tan sencillos de superar y hasta con criterios contradictorios; estas situaciones crean una serie de dilemas a los operadores jurídicos al momento interpretar y palpar en papel el derecho humano que corresponda al caso concreto, pues precisamente esas contradicciones desembocan un mar de interrogantes que a dos años de la reforma no se han podido disipar completamente.

Es por ello que a lo largo del desarrollo del presente trabajo no pretendo definir posturas, en cambio, mi intención es demostrar la

1 Magistrado integrante del Quinto Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Tercera Región.

2 Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México había sido condenado por la CIDH en los casos Cabrera Montiel Flores, Rosendo Cantú, Fernández Ortega y Radilla Pacheco.

3 Anteriormente el mote *bloque de constitucionalidad* era ampliamente aceptado por la doctrina como la estructura básica desarrollada por el constituyente reformador del diez de junio de dos mil once, sin embargo, algunos ponentes en la Suprema Corte no compartieron el término, al abordar la contradicción de tesis 293/2011, en las sesiones de los días doce, trece y quince de marzo de dos mil doce, se mostró esta divergencia, tan así, que se rechazó el proyecto de resolución, entre otras cosas por contener la expresión de *bloque de constitucionalidad*, por lo que el ministro Zaldívar Lelo de Larrea tuvo que presentar uno nuevo discutido en las sesiones del veintiséis de agosto al tres de septiembre, donde suprimió la denominación y propuso que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados constituyen un catálogo de derechos, los cuales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, es decir, el parámetro de validez de todo el orden jurídico mexicano.

4 Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

guerra que se combate desde la trinchera de un juzgador, donde la perspectiva del control convencional tiene un matiz distinto, pues lo que parece una obra armónica de colores comunes y corrientes, se dispersa hasta transmutarse en una obra deforme de pinceladas surrealistas con alcances e imbricaciones inciertas.

Y, es que, no es para menos, existen diferentes dudas que angustian a los aplicadores de justicia al momento de ejercer el control de convencionalidad, pues es claro que ahora los juzgadores somos jueces interamericanos, no obstante, de qué sirve tal categoría, si no tenemos clara la función que deben desempeñar cada una de las herramientas jurisdiccionales con las que contamos.

Se ha dado un avance trascendente dentro del nuevo paradigma, la Corte Mexicana dispuso una interrogante -quizá la principal- que ofuscaba a toda la comunidad jurídica, en sesión del tres de septiembre de dos mil trece, el Pleno determinó que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen rango constitucional, pero al momento de su aplicación tienen que sujetarse a las restricciones establecidas en la Carta Magna, así como que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante aún en aquellos casos en los que México no es parte, con las mismas restricciones establecidas en la Ley Fundamental; es un logro no menor, sin embargo, ¿será posible ejercer control sobre restricciones contempladas en las normas constitucionales?

Aún quedan eslabones perdidos, y no sólo en el tema de jerarquía o del reconocimiento de los derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales -ya resuelto-, sino al momento de hacer efectivas esas prerrogativas, pues ¿cómo se deben proteger los derechos del tipo económico social y cultural?, ¿la desaplicación jurisdiccional de normas inconvencionales puede ejercerse de manera directa, sin previamente efectuar una interpretación conforme en sus dos variantes?, y en caso de que algún operador proceda de esa manera ¿cómo debe resolver el órgano revisor?, éstas y otras dudas constituyen esos eslabones perdidos que mantienen libre al drama judicial de la décima época, y que permiten que aquella tormenta

judicial perfecta a la que el ministro José Ramón Cossío⁵ aludía aumente su catástrofe día a día, ¿cómo hacer frente a los efectos hostiles derivados de la incertidumbre de un nuevo paradigma, si no tenemos claros los problemas?, eso es precisamente lo que pretendo, poner temas claros en la mesa durante los próximos apartados, para así fomentar un debate que pueda dar una estructura firme a nuestro sistema judicial.

II. Control sobre la Constitución

El asunto de relevancia es determinar la manera en la cual se debe de armonizar la Constitución a los parámetros de los tratados internacionales, es decir, cuando las disposiciones de la carta magna restringen derechos humanos consagrados internacionalmente.

Ya desde el año dos mil cinco, en el caso Olmedo Bustos vs Chile ("La última tentación de Cristo"), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que, con la intención de que las medidas de la Convención Americana sean efectivamente cumplidas dentro del derecho interno, aquella contempla la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho doméstico acorde a tales disposiciones con la intención de garantizar los derechos humanos contemplados en dicha Convención, e incluso obligó al estado chileno a modificar su texto constitucional, para actualizarlo conforme las obligaciones convencionales que había adquirido.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso GELMAN VS. URUGUAY, estableció que los estados parte de la Convención Americana, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad aplicando incluso los criterios de los casos en los cuales no hayan sido parte del proceso relativo, es decir, son

5 El Ministro Cossío, en un nota del periódico *El Universal* comparó un fenómeno meteorológico denominado la "Tormenta Perfecta", -por sus implicaciones catastróficas-, con el gran número de reformas que se han hecho en los últimos años y llegó a la conclusión de que "en la medida en la que se siga sin comprender la doble dimensión de lo que implican los cambios judiciales que tenemos en frente se cometerán errores de diseño y puesta en marcha, y ello producirá una tormenta judicial perfecta. El desquiciamiento del sistema. Los daños son fácilmente identificables: personas lastimadas en sus derechos y autoridades deslegitimadas. No hablo sólo de jueces. La crisis de la justicia afecta al estado mismo". Véase en el link <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/53725.html>

vinculantes para todos los estados, por lo que debe entenderse que el criterio del caso “La última tentación de Cristo” es aplicable para todos Estados parte y con ellos México.

No obstante a ello, en nuestro País a través de su desarrollo jurisprudencial y legal, no ha procedido algún mecanismo para impugnar las reformas a la Constitución.

Tan es así, que en la controversia constitucional 82/2001, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declaró como improcedente disentir el texto máximo del país a través del procedimiento de controversia constitucional, puesto que su tutela jurídica es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del estado que derivan del sistema federal y del principio de división de poderes, y por lo tanto, el órgano reformador de la constitución al no tratarse de un órgano de igual naturaleza que aquellos no puede reclamársele alguno de sus actos (reformas constitucionales).⁶

Posteriormente, en el dos mil nueve, nuestro Más Alto Tribunal de Justicia, resolvió en el mismo sentido que la acción de inconstitucionalidad solo podía controvertir la no conformidad de las normas generales las cuales son de distinta naturaleza a las contenidas en el texto constitucional, ya que ésta última por su propia definición constituye un documento político, contiene las bases de un estado constitucional, tales como la forma de gobierno y su organización, los derechos fundamentales y los medios de control constitucional, así como los principios y valores del Estado.⁷

Finalmente, con el fin de ampliar el ámbito de justiciabilidad de los ciudadanos, el Pleno de la Corte, en el amparo en revisión 186/2008, distinguió el poder reformador de la Constitución con el Poder

6 Tesis de rubro “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”

7 Este criterio fue planteado principalmente en los criterios de rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE CONSIDERARSE COMO LEY NI CONFERIRSELE UN ÁMBITO FEDERAL O LOCAL Y, MENOS AÚN, CLASIFICARSE EN UNA MATERIA EN CONCRETO, PARA LA PROCEDENCIA DE DICHA VÍA.” y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO ES LA VÍA IDÓNEA PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS O RESPECTO DEL CONTENIDO DE LAS REFORMAS RELATIVAS.”

Constituyente, pues este último es soberano y limitado, y se ejerce como fuerza externa al sistema que puede desembocar en una reforma constitucional o en crear una nueva norma de esa misma categoría, sin poder explicar su actuación en términos jurídicos, sino por vías de hecho como mediante un proceso revolucionario; en cambio, el poder reformador de la Constitución es un órgano constituido que no puede extraerse de la órbita de la Constitución, por lo que el amparo era la herramienta por excelencia para cuestionar el ejercicio de las funciones de dicho poder al contenido de las normas de nuestro documento fundante.⁸

Sin embargo, la nueva Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, vigente a partir del tres de abril de este año, dejó al ciudadano sin posibilidad alguna para impugnar el contenido del texto supremo, ya que una de las causas de improcedencia del amparo en ella contempladas, lo es aquella intención de impugnar las adiciones o reformas a la Constitución.⁹

Actualmente, se ha hecho más rígido la inimpugnabilidad de la Constitución, pues los integrantes del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del tres de septiembre de dos mil trece, por mayoría de diez a uno, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, aceptaron que las normas de derechos humanos de fuerza internacional y constitucional conforman un catálogo de derechos los cuales conforman el parámetro de validez de todo el orden jurídico mexicano, con la precisión de que en caso de que entren en conflicto con una restricción constitucional, prevalecerá lo establecido en esta última.¹⁰

8 Tesis de rubro “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA.”

9 “Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; (...)”.

10 En el proyecto de resolución presentado el veintiséis de agosto de dos mil trece, por el ministro Zaldívar Lelo de la Rea, proponía la tesis con el rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL”, pero en las subsecuentes sesiones a propuesta de la mayoría se modificó para incluir que en caso de restricciones constitucionales debían prevalecer éstas sobre los tratados.

Asimismo en el mismo asunto, con la mayoría de seis votos a favor, el Pleno llegó a la conclusión de que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es vinculante para los jueces mexicanos aun en los casos en los cuales no sea parte siempre que sea mas favorable a la persona, reiterando de que en aquellos casos en que haya una restricción expresa de la Constitución deberá sujetarse a ésta.

En este contexto, aún quedan dudas por resolver, sobre todo si tenemos en cuenta que como mencionó el Ministro Zaldívar *“esto nos podría generar algunos problemas, porque ciertamente las propias constituciones son materia de análisis, de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana (...) me parece que lo que debemos intentar es que todos los asuntos de violación de derechos humanos se resuelvan en nuestro país sin necesidad de que se tenga que acudir a una instancia internacional en la cual eventualmente se condene al Estado mexicano”*¹¹, cuya opinión comparto, porque al margen de que este nuevo criterio se interprete en el sentido de que de manera abstracta todas las limitaciones contempladas en la Constitución, forman parte de la esfera de lo indecible, da pauta a que los estándares mínimos en derechos humanos contemplados por el sistema interamericano no se apliquen a cabalidad en el sistema interno.

Ello porque, en el análisis de caso por caso hecho por el juzgador no le permitiría, en ciertos asuntos, brindar la mayor protección a los justiciables, además de que no se fijó el parámetro interpretativo que debe atender el juzgador ante las limitantes o restricciones constitucionales¹², aun y cuando en el Pleno se discutió este tema, sosteniendo, por un lado que las limitantes sí son abstractas, por ende deben respetarse conforme al texto constitucional, y por otra,

que podían ser interpretadas de manera sistemática-funcional, como lo dijo el señor Ministro Franco González Salas, que el juez constitucional puede argumentar y definir cuál es el alcance de las restricciones o límites de manera que resulte más favorable a la persona sin que se pueda vaciar el contenido del límite establecido¹³, pues los límites no son absolutos, siempre hay posibilidad de ampliar el derecho por medio del principio *pro personae*¹⁴, pero no se determinó expresamente cual será la manera de actuar de un juzgador ante estas situaciones.

Frete a estos problemas, en algunos casos, la propia Corte mexicana, ha interpretado e incluso desaplicado normas constitucionales que restringen derechos, en base a una protección mas amplia contemplada en los instrumentos internacionales, como lo fue en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, en el cual se prefirió la aplicación del Convenio 29 de la OIT, sobre el artículo 21 constitucional, que permitía expresamente la imposición de sanción de trabajos (trabajos forzosos) a favor de la comunidad cuando haya violación a reglamentos de policía y de gobierno, específicamente la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán, toda vez de que aquélla brindaba mayor protección al contemplar que todo trabajo debe ser remunerado.

De igual manera lo hicieron en la contradicción de tesis 479/2011, donde atendiendo al principio *pro persona*, el Pleno decidió, extender la gama de procedencia del juicio de amparo, en contra las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal, toda vez que conforme al artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las resoluciones de este órgano administrativo son definitivas e inatacables con el fin de ampliar el derecho fundamental de acceso a la justicia, sin embargo en este ejercicio garantista de interpretación acotó dicha restricción a las emitidas en materia de designación, adscripción, ratificación y remoción de Magistrados de

11 Al exponer su propuesta en la sesión de tres de septiembre de dos mil trece.

12 Pedro Salazar Ugarte, en el artículo “Tenemos bloque de constitucionalidad, pero con restricciones”, publicada en el blog del “Juego de la Suprema Corte” de Nexos, puntualizó que desde su perspectiva el debate de las restricciones constitucionales quedará ahora en dos posturas “si, como sostiene Cossío, al aprobarse el proyecto modificado se crea una regla general que coloca invariablemente a los límites constitucionales por encima de los derechos limitados, entonces, la fuerza del bloque constitucional ha quedado definitivamente neutralizada porque el principio *pro persona* dejaría de operar. Si, por el contrario, las restricciones a los derechos son excepciones potencialmente derrotables a través de la interpretación, entonces, el bloque de derechos consolida al nuevo paradigma en el que las nociones de jerarquía y supremacía constitucional no han dejado de tener sentido pero han mutado de manera relevante”, cfr. <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3090>.

13 Véase en la versión taquigráfica de la sesión del veintinueve de agosto de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el link http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/29082013PO.pdf.

14 Esta idea interpretativa es compartida por la ministra Sánchez Cordero, y los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Zaldívar, Valls y el Ministro presidente Silva Meza.

Circuito y Jueces de Distrito.

Aún así, si la decisión de tres de septiembre de dos mil trece, puede limitar el alcance de los derechos en la medida en que las restricciones constitucionales sean incuestionables, ¿cómo entenderla sin que constituya una clara violación al principio de progresividad de los derechos humanos contemplados en el artículo 1º Constitucional y el diverso 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como al cumplimiento de las disposiciones e interpretaciones internacionales?

III. Riesgo de los juzgadores de incurrir en responsabilidad administrativa

Ante este panorama convencional los jueces constitucionales protectores de los derechos humanos, se encuentran sujetos al texto y a la interpretación de la ley, es claro que en un modelo actual, el juez podría ejercer un control de convencionalidad sobre la jurisprudencia, ya que con la reforma de derechos humanos muchos criterios emitidos por la Corte quedaron desfasados, además de que el artículo noveno transitorio del Decreto del diez de junio de dos mil once, estableció la derogación de todas las disposiciones que contravengan dicha reforma.

Sin embargo, la Segunda Sala de la Suprema Corte, concluyó que la jurisprudencia emitida por los órganos autorizados, no se tornó obsoleta con la reforma¹⁵, así que la desaplicación de jurisprudencia que vaya en contra del derecho internacional no garantiza una excusa de responsabilidad administrativa al juzgador, puesto que la misma ley establece que la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es obligatoria.¹⁶

15 "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA QUE LA EMITIDA CON ANTERIORIDAD A AQUELLA SE TORNE OBSOLETA".

16 **Artículo 217.** La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. (...)

Además, de que la misma Sala se pronunció en el sentido de que la inobservancia de las interpretaciones obligatorias del Poder Judicial de la Federación, constituye una causa de responsabilidad administrativa en términos de los artículos 131, fracciones III y XI¹⁷ de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 8º, fracción XIV¹⁸ de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, tal como lo hizo en el Amparo Directo en Revisión 2126/2012, dentro del cual dio vista al Consejo de la Judicatura Federal, precisamente porque el Tribunal Colegiado, al resolver la controversia correspondiente, consideró contrario a una jurisprudencia sostenida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tratándose de la separación injustificada de los elementos de las instituciones del Ministerio Público, la indemnización no debía calcularse en base al artículo 123, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando el apartado A, ofrecía mayor protección.

En la misma resolución señaló que la práctica de desaplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no está autorizada en ninguna disposición legal y consideró inaceptable que los órganos jurisdiccionales desconozcan la interpretación de las normas so pretexto de su posible contradicción con alguna norma convencional, en lugar de preservarla mediante la observancia de la jurisprudencia, con el argumento de que tampoco existe precepto jurídico alguno que permita a los Tribunales Colegiados objetar tales criterios.

En estas condiciones, no se sabe aún cómo los jueces constitucionales pueden potencializar el derecho interno con los lineamientos de naturaleza supranacional sin incurrir en responsabilidad administrativa al momento de desconocer una jurisprudencia.

17 "Artículo 131. Serán causas de responsabilidad para los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación:[...] III. Tener una notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar;[...] XI. Las previstas en el artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, siempre que no fueren contrarias a la naturaleza de la función jurisdiccional"

18 "Artículo 8.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:[...] XXIV.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público."

IV. Protección de los derechos económicos y sociales

Con la oleada garantista han emergido nuevas formas de protección y reparación de violaciones a los derechos humanos contemplados en la constitución, no por nada la ley de amparo establece la omisión como acto de imputación a la autoridad responsable; y es que, los derechos fundamentales de acuerdo con Ferrajoli, pueden ser clasificados en dos tipos: a) **los derechos de libertad** a los que corresponden prohibiciones, y que es posible predeterminar legalmente sus límites pero no sus contenidos; y, b) **los derechos sociales** a los que les corresponden obligaciones prestacionales, y por tanto es posible por el contrario determinar sus contenidos legalmente, más no así sus límites, ni su medida, que dependen del grado de desarrollo económico y social de cada país.¹⁹

En el contexto internacional igualmente se ha reconocido doctrinariamente la referida clasificación a los derechos humanos, pero ahora dividiéndolos en diferentes generaciones, lo que ocasionó que por mucho tiempo los derechos sociales, económicos y culturales se consideraban como no exigibles al estado, pues quedaban circunscritos al ámbito político, y eran del tipo programático.

Aun así, en la evolución actual de *corpus iuris* internacional se les reconoce la importancia, el propio órgano autorizado para ejercer control concentrado de convencionalidad se ha pronunciado en el sentido de que *“la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”*.²⁰

También en el derecho interno presenciamos este cambio de concepción, al respecto el ex ministro David Góngora Pimentel, en un voto particular manifestó que *“los derechos sociales no son normas*

programáticas entendidas como conceptos de contenido esencialmente político, pues al encontrarse en la constitución generan obligaciones efectivas al estado”.²¹

Es innegable que la distinción entre derechos sociales y de libertad se ha diluido en cierta medida, ya que por ejemplo para ejercer el derecho de libertad se necesitan medios adecuados para hacerlo efectivo²², pero como manifiestan Courtis y Abramovich la diferencia entre ambos tipos de derechos es más de grado que sustancial, dicho en otras palabras, si bien ambos tipos de derechos contienen obligaciones de hacer y no hacer por parte del estado, una de ellas reviste mayor importancia dependiendo del tipo de derecho.²³

Hemos visto algunas resoluciones en las cuales una autoridad de carácter jurisdiccional protege derechos de carácter social y económico, por mencionar alguna, es el caso de la petición al ayuntamiento de Xochitepec, Morelos, donde se le solicitó el servicio de Agua Potable y Alcantarillado como un derecho mínimo vital para el desarrollo del ser humano.

Esta petición fue negada por ser un derecho programático, pero en la revisión del amparo, el juzgador apoyándose en el artículo 4º Constitucional, y en el artículo 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, asimismo en Observación General 15 del Comité encargado sobre la materia, que en su conjunto regulan el derecho al agua, resolvió en el sentido de que mientras se realizaban los trámites para otorgar dicho derecho *“...la responsable deberá abastecer a la quejosa del vital líquido en mención, por medio de pipas”*.²⁴

19 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 915-916.

20 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párrafo 101.*

21 El ministro en retiro Genaro David Góngora Pimentel emitió este razonamiento en sus votos particulares, al resolver la impugnación de la Ley Federal de Radio y Televisión y la Ley Federal de Telecomunicaciones.

22 Por ejemplo, Derecho de libertad de expresión, no basta de que el estado se abstenga de censurar alguna manifestación, sino que se requiere que el propio estado brinde la infraestructura necesaria para materializar dicha prerrogativa, como medios de comunicación adecuados y eficientes a las particularidades de la población.

23 Abramovich V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 24

24 AMPARO EN REVISIÓN: 381/2011 del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito.

El juzgador otorgó un derecho de los llamados sociales, ante los ojos de las personas puede ser lo justo, sin embargo, se debe tomar en cuenta que la autoridad posee con un determinado presupuesto con el objetivo de cubrir este tipo de necesidades, el cual debe utilizarse cuidadosamente para no descubrir otros sectores de igual importancia.

Ante estas circunstancias, no se ha marcado el límite hasta el cual un juez constitucional puede inmiscuirse en asuntos que requieren un control especial por parte de la economía, es decir, hasta qué grado puede definir cuestiones presupuestales sin los conocimientos necesarios en políticas públicas al momento de otorgar un derecho humano de esta especie.

V. Pasos a seguir para aplicar el control de convencionalidad

Ante la amplia gama de posibilidades de proteger los derechos humanos, los administradores de justicia han desaplicado directamente normas ordinarias por inconvencionales sin previamente hacer un estudio para armonizar las disposiciones internas y salvaguardar la vigencia del derecho interno, cuando la Corte Interamericana ha dicho que el derecho internacional es de carácter subsidiario.²⁵

Es importante destacar que al momento de ejercer un control de convencionalidad se debe hacer con responsabilidad y atender las particularidades del caso así como de la prudencia del juzgador, pues no en todos los asuntos es necesario acudir a la inaplicación de las normas internas, sino que tratar por todos los medios subsanar las lagunas o deficiencias de las disposiciones, utilizando una interpretación sistemática de los preceptos legales aplicables al caso.

25 Caso Gelman vs Uruguay.

"...principio de complementariedad (también llamado "de subsidiariedad") informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales".

Ya se sabe que el control difuso de convencionalidad, consiste en hacer una interpretación conforme a la CADH y armonizar la norma interna con los parámetros mínimos de aquella, lo cual pueden ejercerla cualquier juzgador; la inaplicación de la norma inconvencional queda reservado a los jueces que tengan competencia especial para ello.

En este sentido, la Corte Mexicana ha establecido en tesis aisladas que se deben tener como parámetro de protección de los derechos humanos los 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, los contenidos en los Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte y los criterios vinculantes de la Corte Interamericana.

Contempló que previo a la desaplicación de una norma, el juzgador debe acudir a la interpretación conforme en sentido amplio y a la interpretación conforme en sentido estricto para la resolución de controversias, pues atento al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución General de la República.²⁶

Empero, como ya se dijo, son tesis aisladas cuya aplicación no es obligatoria, en este panorama queda la duda ¿puede un juez desaplicar una norma por inconvencional de manera directa, es decir, sin acudir a los pasos previstos?, ahora bien, ¿puede el juez otorgar un amparo para el efecto de que se subsane el correcto cumplimiento del procedimiento para inaplicar una norma contraria a la convención? O ¿el propio órgano jurisdiccional revisor puede directamente substituirse y subsanar las deficiencias del ejercicio del control de convencionalidad?, las respuestas quedan al aire.

26 "DERECHOS HUMANOS, SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTIENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El principio de proporcionalidad

XI. La necesidad de certeza en los procedimientos de argumentación constitucional empleados en la práctica judicial en México

Mtro. Joel Reyes Martínez
(Consultor en derecho constitucional y electoral)

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

Aulis Arnio

I. Introducción

La realidad de nuestro país da muestra de un importante proceso de transición en la cultura jurídica, el cual, desde una perspectiva personal, busca establecer un distanciamiento de las tesis tradicionales de la visión formalista tan arraigada en México, y parece ubicarse en una concepción contemporánea del derecho, que algunos especialistas han identificado como neoconstitucionalismo.¹

Si bien esa concepción no era ajena a la tradición jurídica nacional, lo cierto es que, hasta hace muy poco, era prácticamente inexistente, y ahora se ha visto impulsada, en gran medida, por algunos sucesos relevantes, como la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada el 10 de junio de 2011, la cual tuvo, como efecto inmediato, la adopción del concepto de derechos humanos y de diversos criterios interpretativos, así como la ampliación de las fuentes normativas, para incluir con ese carácter a los previstos en tratados internacionales.

¹ Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, entre otros.

A esa modificación legislativa se sumó la resolución adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el expediente Varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla)² donde estableció, entre otros aspectos, la posibilidad de que todos los tribunales realicen control difuso de convencionalidad, y que los criterios contenidos en resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorios para todos los órganos jurisdiccionales del Estado cuando México figure como parte, mientras que el resto de la jurisprudencia emitida por ese órgano tiene el carácter de orientadora, siempre que sea más favorable a la persona.³

El suceso más actual, sin duda, es la resolución adoptada por la SCJN, al resolver la contradicción de criterios 293/2011, el 3 de septiembre de 2013, donde definió que existe una masa de derechos conformada por los reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, pero, a su vez, reconoció la fuerza vinculante de los límites establecidos en la primera de esas fuentes normativas.

Esa transformación del orden jurídico ha tenido repercusiones en la práctica judicial, donde se observa, cada vez con mayor frecuencia, el empleo de técnicas argumentativas ajenas a la tradición jurídica nacional, que se han tomado prestadas de la experiencia de países como Alemania y Estados Unidos de América. Me refiero al principio de proporcionalidad y al test de igualdad con distintos niveles de escrutinio, los cuales se han utilizado como herramientas para aplicar normas de derechos fundamentales.

De forma paralela a esa práctica judicial en ascenso, la SCJN ha realizado un gran esfuerzo de capacitación que busca, en principio,

2 Expediente Varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos. Resuelto por el Pleno de la SCJN el 14 de julio de 2011.

3 Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/ 2010, publicada el 4 de octubre de 2011 en el Diario Oficial de la Federación. *"las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio... el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional..."*

concientizar a los operadores sobre los importantes cambios jurídicos y, en segundo lugar, proporcionar los instrumentos necesarios que les permitan responder a los retos de ese nuevo paradigma, de tal forma que la labor judicial se convierta en el vehículo que permita transitar en el camino del fortalecimiento de los derechos humanos.

No obstante ese gran esfuerzo, por supuesto loable, en la práctica se observa una gran confusión quizá propiciada por el repentino y amplio flujo de información y, por lo mismo, es frecuente escuchar y leer el uso asistemático e irreflexivo de vocablos como proporcionalidad, ponderación, test de razonabilidad o racionalidad.

Sin duda todas esas expresiones hacen referencia a una determinada concepción del derecho, que se enmarca en la idea del modelo fundado en el paradigma de los derechos humanos y que algunos denominan neoconstitucionalismo, sin embargo, considero que existen muchas dudas y poca claridad sobre las fronteras de actuación de los jueces cuando utilizan herramientas como las descritas.

Esto en razón de que el esquema jurídico nacional no permite establecer qué tipo de instrumento o procedimiento argumentativo se adecua más a la realidad del país, si el principio de proporcionalidad o el test de igualdad u otro. No existe base para afirmar si uno tiene preeminencia sobre otro, o bien, si discrecionalmente se puede utilizar el que más le convenza al operador jurídico.

Ciertamente, en la doctrina judicial tanto de la SCJN como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), como órganos límite en la interpretación constitucional, no es dable identificar una línea jurisprudencial con criterios objetivos que permitan generar certeza, en principio, para elegir el procedimiento argumentativo correspondiente y, en segundo lugar, para estructurar las sentencias cuando entran en colisión normas constitucionales, y esa indeterminación, desde una perspectiva personal, puede redundar en un ejercicio arbitrario de las facultades constitucionales de los jueces.

No se niega que el diseño actual del orden jurídico exige el empleo de nuevas herramientas como las descritas. Lo que se afirma es que, si no existe un mínimo de certeza en cómo emplearlas, se puede caer en un ejercicio sin límites del poder de los jueces.

Es por esto que la forma en que la SCJN y TEPJF interpretan y aplican los principios constitucionales, e incorporan a sus funciones modelos como el test de igualdad o la proporcionalidad, constituye una de las aristas de mayor trascendencia que no debe ser ajena al proceso de transición democrática, ya que, por su carácter de órganos terminales, sus decisiones tienen un efecto expansivo y marcan la pauta a seguir en el resto de los órganos jurisdiccionales del país.

La situación descrita conduce, desde una perspectiva personal, a la obligada necesidad de crear un contexto de exigencia para que, a la brevedad, se defina con claridad los procedimientos argumentativos propios de la justicia constitucional. Es una tarea que corresponde tanto a la SCJN como al TEPJF.

Se trata de propiciar un cambio de dirección en el debate actual sobre la consolidación de los derechos humanos, que permita dejar de lado los lugares comunes, que hasta ahora han ocupado el debate, para enfocarse en aspectos más concretos, como la discusión sobre qué herramientas argumentativas serán empleadas en la justicia constitucional y cuál es su contenido y alcance, de tal forma que se pueda evaluar la actividad de los jueces.

II. El principio de proporcionalidad y el test con distintos niveles de escrutinio

Es ya un lugar común afirmar que la aplicación de las normas de derechos humanos representa una empresa de grandes exigencias, porque la abstracción y vaguedad, que suele caracterizar a esa clase de normas, demanda un ejercicio responsable de hermenéutica capaz de aplicarlas a los casos concretos de forma justificada y racional. Se parte de la idea de que esas normas son incompletas sin el caso que regulan y, por ende, el juez, con el material jurídico a su alcance, debe

construir una norma que le permita resolver cada situación.⁴

El amplio margen a la actividad interpretativa supone, como es natural, mayor precisión en la forma de aplicar el derecho, con el objeto de evitar toda arbitrariedad o exceso en el ejercicio del poder público y con ello caer en el grave decisionismo judicial.⁵

Es por esto que la doctrina neoconstitucional se ocupa, en gran medida, de la metodología en el razonamiento jurídico, especialmente del judicial. Por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky ha llegado a afirmar que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores.⁶

Ese es justamente el centro del problema. La justificación de la decisión judicial cuando se involucra la aplicación de normas de derechos fundamentales, y esa necesidad de justificación es lo que ha llevado, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, a la búsqueda de criterios que permitan cumplir con ese mandato. Hasta ahora, la argumentación jurídica ha sido la respuesta más elocuente. En algunos sistemas constitucionales se ha llegado a la construcción de técnicas, a partir de los problemas derivados de la aplicación del principio de igualdad, como criterio para valorar las decisiones donde se interpretan principios constitucionales.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal acuñó el principio de proporcionalidad, mientras que en Estados Unidos, la Corte Suprema diseñó el test con distintos niveles de intensidad en los escrutinios (estrictos, intermedios o débiles).

En términos generales, los discursos sobre el principio de proporcionalidad y el test de igualdad tienen por objeto determinar

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

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

6 Zagrebelsky, Gustavo, "Dos tradiciones de derechos...", p. 371.

de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos fundamentales, sobre todo en casos concretos, a fin de que el ejercicio del poder se funde en criterios de racionalidad. De este modo, se constituyen en referentes que pueden y deben emplear todos los operadores jurídicos de normas de derechos fundamentales.⁷

Es importante explicar, de forma muy breve, en qué consisten dichas técnicas argumentativas.

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

A grandes rasgos, el escrutinio fundado en este criterio estriba en que todo acto de autoridad, que restrinja el alcance de un derecho o principio fundamental, lo haga en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito. Se trata de un criterio para determinar si la intervención de un poder público es racionalmente aceptable.⁸

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

Según Alexy, el escrutinio que deriva de la aplicación del principio de proporcionalidad implica la realización de un conjunto articulado y escalonado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A partir de este proceso

7 Bernal Pulido, Carlos, "El derecho de los derechos...", p. 49.

8 Sánchez Gil, Rubén, p. 20.

sucesivo y escalonado, el Tribunal Constitucional debe, en primer lugar, verificar que la medida enjuiciada sea idónea. Si cumple con esa exigencia, debe someterla al análisis de necesidad y, si también supera ese examen, debe analizarla a partir de un escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la medida no supere alguna de las exigencias apuntadas debe considerarse inconstitucional. Es importante explicar cada uno de estos pasos.

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

La legitimidad de los fines se concibe desde un punto de vista negativo, en el sentido de que cualquiera es legítimo, a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución.⁹ Es decir, el marco referencial, donde se mueve la actividad del operador jurídico, es la propia normativa Constitucional.

2. Necesidad. Este criterio exige que la medida sea la única o la más benigna con el derecho fundamental intervenido. Para evaluar esa circunstancia, el juez debe realizar una comparación con otros medios alternativos que también resulten idóneos para alcanzar el fin constitucional. Hay que valorar si alguno de ellos cumple con dos exigencias: 1) si tiene, por lo menos, el mismo grado de idoneidad que la medida examinada para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última y 2) si afecta al derecho fundamental en un grado menor.¹⁰

En términos generales, el análisis de la idoneidad y de la necesidad tiene por objeto determinar si la intervención en los derechos fundamentales podría evitarse sin costo para otros principios. No se

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

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

trata propiamente de medir el peso de los principios, por lo que en ellos la ponderación no juega papel alguno.

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

Este es el campo de la ponderación, la cual constituye la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas se caracterizan porque no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan *“que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”*.¹¹

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

La estructura del supprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, a su vez, se divide en tres pasos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. El desarrollo de esos pasos, por su complejidad, escapa a los alcances de este trabajo. Lo importante es tener presente que se trata de todo un procedimiento que se compone de varios elementos.

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

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

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

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

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

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

que sea necesario juzgar su relevancia social, como se hace en los restantes tipos de escrutinio.

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

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

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

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

Así, las acciones afirmativas se pueden definir como el uso de instrumentos jurídicos para eliminar una discriminación existente y continuada, para eliminar efectos de discriminaciones pasadas, y para crear sistemas y procedimientos para prevenir futuras discriminaciones.¹² En la práctica constituyen la instrumentación de programas basados en clasificaciones que tienen en consideración, por ejemplo, la raza o el sexo, pero con la finalidad de beneficiar minorías históricamente discriminadas.

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

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

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

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

En el examen de constitucionalidad con un escrutinio estricto, la carga de la prueba y de la argumentación recae justamente en quien

12 Black's Law Dictionary, p. 38.

invoca la medida, pues mientras no se justifique razonablemente, prevalece la presunción de trato desigual injustificado.¹³

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

III. La argumentación constitucional en la justicia mexicana

El actual modelo constitucional otorga, tanto a la SCJN como al TEPJF, facultades propias de verdaderos Tribunales Constitucionales, las cuales, si bien no sirven de base para atribuirles ese calificativo,¹⁴ lo cierto es que sí les exige la adopción de argumentos propios de la justicia constitucional.

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

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

14 Para abundar sobre la naturaleza y competencias de los Tribunales Constitucionales, Vid., Favoreu, Louis, "Los Tribunales Constitucionales".

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

"IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.

La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. Por tanto, el primer criterio necesario para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente. En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual en cuestión. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, **debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida.** Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la

finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino imperativo. **La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado;** es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que quepa exigir que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya de modo alguno a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. **Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas,** a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.”¹⁵

Como se advierte, la Segunda Sala, para analizar la constitucionalidad de una norma, realiza un escrutinio a través de tres subprincipios, que derivan del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad

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

y proporcionalidad en sentido estricto, lo cual, como se dijo, se identifica con la teoría del principio de proporcionalidad, utilizado por Tribunales Constitucionales europeos, y que ha sido ampliamente estudiado por Robert Alexy.

En cambio, la doctrina judicial de la Primera Sala de SCJN se identifica con el test con distintos niveles de escrutinio, que practica la Corte Suprema de Estados Unidos, tal como se advierte de la tesis de jurisprudencia siguiente:

“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).”, **siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella.** Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la

norma. De esta manera, resulta evidente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, **en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta**, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.”¹⁶

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

Los anteriores ejemplos dan muestra de la apertura de la SCJN, para

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

adoptar los métodos argumentativos más modernos desarrollados en la jurisdicción constitucional, sin embargo, deja abierta la posibilidad de que se emplee uno u otro.

B. La argumentación constitucional del TEPJF. En la doctrina del TEPJF se puede advertir la presencia del principio de proporcionalidad, no así del test de razonabilidad con distintas intensidades de escrutinio, a diferencia de la Primera Sala de la SCJN.

En efecto, en los precedentes del TEPJF se observan diversos criterios aislados y dispersos en torno al principio de proporcionalidad, los cuales si bien no presentan un modo articulado, sí proporcionan referentes para afirmar que, para argumentar sus decisiones, dicho tribunal recurre a ese principio.

La primera referencia relevante se puede identificar en la tesis de jurisprudencia: **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.**¹⁷ En este criterio, el TEPJF fue expreso en reconocer al principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las diligencias de un procedimiento administrativo sancionador.¹⁸

El caso paradigmático fue el del entonces candidato a gobernador de Baja California, postulado por la Alianza para que Vivas Mejor, Jorge Hank Rhon.¹⁹ En la sentencia respectiva enjuició la validez del artículo 42, párrafo tercero de la Constitución de Baja California, a la luz del principio de proporcionalidad. En el examen correspondiente,

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

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

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

se concluyó que la medida analizada no cumplía con el subprincipio de idoneidad.

No obstante, en el TEPJF existe una dispersión de criterios en torno al principio de proporcionalidad que impide construir o identificar una ideología o metodología propia en la forma como el TEPJF justifica sus decisiones, ya que no se ha proporcionado, de manera clara y concreta, si el principio de proporcionalidad es la herramienta que debe emplearse para argumentar las decisiones que involucren normas de derechos fundamentales.

IV. Reflexiones conclusivas

Del análisis de la doctrina judicial tanto de la SCJN como del TEPJF se puede arribar a una reflexión concluyente: en la jurisdicción constitucional en México no existe uniformidad en el empleo de un procedimiento de argumentación constitucional, como sucede en los países donde fueron acuñados tanto el principio de proporcionalidad como el test de igualdad.

Desde un punto de vista personal, esa falta de uniformidad genera falta de certeza en el contenido de las incontables referencias que se pueden encontrar en las sentencias, sobre conceptos como proporcionalidad, ponderación, racionalidad, razonabilidad, garantismo, etcétera, pues, en no pocos casos, se usan como meros estribillos que carecen de contenido real.

La falta de definición en ese aspecto debería generar una preocupación mayúscula, porque, al no tener certeza sobre el procedimiento argumentativo que se debe emplear, se abre una gran puerta a la arbitrariedad y a la incertidumbre. Por lo menos hasta ahora, no existen elementos que permitan prever hacia dónde puede encauzarse una decisión cuando se involucran normas de derechos fundamentales. No existe forma de saber si el escrutinio se hará conforme al principio de proporcionalidad o al test de igualdad, o a algún otro desarrollado en una jurisdicción constitucional diversa, como podría ser la italiana o la colombiana, por citar sólo unos ejemplos.

La afirmación no resulta menor, porque entre ambos procedimientos existen diferencias que, en casos concretos, podrían llevar a soluciones diversas. Me explico. En mi opinión, el test de igualdad, en comparación con el juicio de proporcionalidad de índole europea, podría verse con algunas ventajas y desventajas. En principio, genera mayor certeza la necesidad de diferenciar en tres escenarios el ámbito de actuación o libertad que se reconoce a los poderes públicos, con lo cual las autoridades, antes de emitir cualquier acto, tienen un marco referencial mínimo que les genera cierta previsibilidad sobre qué parámetro será utilizado, en su caso, para analizar la constitucionalidad de una medida que intervenga algún derecho fundamental.

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

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

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

Carlos Bernal Pulido, por ejemplo, propone un procedimiento integrado de juicio de igualdad, a partir de las ventajas del principio

de proporcionalidad y del sistema de escrutinios, para lo cual proporciona 23 reglas, pero él mismo destaca que la creación de un sistema coherente para la aplicación del principio de igualdad, es uno de los retos más importantes para la jurisprudencia y la dogmática constitucional.²⁰

Como quiera que sea, ambos procedimientos, tanto el principio de proporcionalidad como el test de igualdad tienen ventajas y desventajas, y por ello son objeto de diversas críticas porque, como señala Carla Huerta, su forma de verificación parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante.²¹

Ese riesgo se incrementa severamente si no existe siquiera certeza sobre el procedimiento a emplearse. Estoy convencido que, con todo y sus limitaciones, no se puede negar su virtud como mecanismos que pretenden proporcionar ciertos parámetros objetivos de racionalidad en las decisiones judiciales, pero es impostergable que se defina cuál es el procedimiento más afín a la realidad mexicana.

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

Hay que recordar que las partes en litigio, los profesionales del derecho y la opinión pública son los tres auditorios que evaluarán, con argumentos y puntos de vista distintos, si las decisiones judiciales son o no convincentes, tanto en el plano jurídico como en el pragmático.²² La adhesión de estos tres auditorios es clave para

20 Bernal Pulido, Carlos, "El juicio de igualdad en la jurisprudencia...", pp. 69 y ss.

21 Huerta Ochoa, Carla, p. 175.

22 *Ibid.*, p. 228

la legitimidad de los tribunales, ya que la fortaleza institucional se centra en la persuasión argumentativa y no en la imposición coactiva o en la autodenominación de jurisdicción constitucional.

Por supuesto que la definición está en manos de la SCJN, como órgano límite en la interpretación constitucional. Me parece difícil de creer que, en dicho órgano jurisdiccional, cada una de sus Salas emplee un procedimiento distinto. La definición de un único modelo me parece un aspecto que no debe soslayarse ni postergarse, cualquiera que éste sea. Ni siquiera se debe optar por alguno de los señalados, quizá hasta se podría generar uno con los beneficios de ambos procedimientos, como ha hecho la Corte Constitucional de Colombia.

Si no se empieza por generar certeza en aspectos sustanciales, seré pesimista, pero se estaría abriendo un abanico muy amplio a la discreción del juzgador, la cual, por cierto, ya es lo suficientemente amplia con el sistema jurídico actual. Hay que recordar lo que señalaba el juez Jackson de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, cuando advirtió *"nuestra decisión no es definitiva por ser infalibles, sino que somos infalibles sólo porque nuestra decisión es definitiva"*.²³ Es la hora de convencer.

V. Bibliografía

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

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

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

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

_____, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", España, Centro de Estudios, 2004, 111 pp.

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

_____, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica", España, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 346 pp.

_____, Robert, "Teoría de los Derechos Fundamentales", España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 607 pp.

Atienza, Manuel, "Derecho y Argumentación", Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997, 138 pp.

_____, Manuel y Ferrajoli, Luigi, "Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 133 pp.

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

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

_____, Carlos, "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coordinadores), Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2002, pp. 51-74.

_____, Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para

determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador", 2ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 873 pp.

Dworkin, Ronald, "Los derechos en serio", España, Ariel, 2002, 508 pp.

Favoreu, Louis, "Los Tribunales Constitucionales", España, Ariel, 1994, 158 pp.

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

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

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

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

Prieto Sanchís, Luis, "Justicia constitucional y derechos fundamentales", Madrid, Trotta, 2003, 305 pp.

Sánchez Gil, Rubén, "El principio de proporcionalidad", México, UNAM, 2007, pp. 124.

Wolfe, Christopher, "La Transformación de la Interpretación Constitucional", España, Civitas, 1991, 515 pp.

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

Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, España, 5ª ed., Trotta, 2003, 156 pp.

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

XII. El principio de proporcionalidad y los requisitos de elegibilidad en México¹

Marco Antonio Zavala Arredondo²
(Magdo. de Sala Regional del TEPJF)

Wenn [...] ein Gericht berufen würde [...] die Frage zu entscheiden: ist die Verfassung verletzt oder ist sie nicht, so wäre damit dem Richter zugleich die Befugniß des Gesetzgebers zugewiesen; er wäre berufen, die Verfassung autenthisch zu interpretieren oder materiell zu vervollständigen.

—Otto v. Bismarck
Fragmento del discurso pronunciado
ante el parlamento prusiano
el 22 de abril de 1863.³

I. Introducción

Hace poco más de una década, Garzón Valdés sostuvo que, desde una concepción normativa, la función principal de los jueces consiste en “garantizar la estabilidad del respectivo sistema político”.⁴ También argumentó que en contextos propios de las democracias incipientes,

- 1 Una primera versión de este texto se presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a fin de acreditar el ensayo referido en el numeral 3 del punto primero del acuerdo número 11/2012, de 29 de noviembre de 2012, por el que se determina el procedimiento para integrar quince ternas de candidatos a magistrados de Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Luego, esa versión se enriqueció para su publicación original en la revista *Quid iuris* del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, y ahora se adaptó para su inclusión en esta obra colectiva.
- 2 Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las opiniones aquí vertidas son responsabilidad exclusiva de quien las formula. El autor agradece a Javier Martín Reyes el auxilio brindado en la confección final del documento.
- 3 Kohl, Horst (ed.), *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck*, Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1892, tomo 2 (1862-1865), p. 172. La traducción de la cita sería la siguiente: “Si [...] a un tribunal se le concede [...] la facultad de decidir cuando existe una violación a la Constitución, entonces se le estarían otorgando las facultades propias del legislador, pues estaría llamado a realizar una interpretación auténtica o incluso a complementarla materialmente”. La traducción propuesta se ha visto mejorada con las sugerencias de Andrés Vázquez Murillo, quien también ha tenido que lidiar con la tipografía gótica de la publicación.
- 4 Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, *Jueces para la Democracia*, núm. 454, noviembre de 2002, p. 45. Con posterioridad, el estudio se publicó en *Isonomía*, núm. 18, abril de 2003, pp. 27-46 y en Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, TEPJF – Gedisa – ITAM, 2003, pp. 129-145.

en las que usualmente las sociedades son económicamente heterogéneas, los jueces de los tribunales supremos deben concentrar su función de garantes de la calidad democrática en “la adopción de un paradigma material en la interpretación de los principios constitucionales especialmente aquellos vinculados con la igualdad”.⁵ Sin embargo, advirtió, el control de la calidad democrática debe limitarse a las cuestiones vinculadas con los principios básicos del sistema (lo que él denomina el “coto vedado”), sin intervenir en aquellos aspectos que el ordenamiento –mejor dicho, la Constitución– reserva a la negociación política entre los partidos políticos que integran el parlamento, pues de lo contrario la “juridización de la política frustrará la actividad parlamentaria y erosionará el principio básico de la decisión según el principio de la mayoría”.⁶

Algunos años después, Bayón expuso sus reservas a que los jueces deban tener, como propuso Garzón Valdés, un papel preponderante en la consecución de la igualdad material o al establecimiento de una sociedad económicamente homogénea (en tanto requisito indispensable para la consolidación de la democracia), pero sin desconocer su importancia para combatir el abuso o la corrupción de los poderes:

[...] a mi modo de ver la independencia del poder judicial debe plasmarse en el respeto al principio de legalidad, la promoción de la seguridad jurídica y la imparcialidad en la aplicación de la ley. A eso (nadas más, pero tampoco nada menos) creo que debería ceñirse en realidad «el papel del poder judicial en la transición a la democracia». Me parece, por el contrario, que actuar como «promotores de la igualdad material» —o hacer prevalecer su criterio sobre las delicadas decisiones que puede requerir la «justicia transicional»— tiene que ver más con el activismo que con la independencia judicial. Y el activismo judicial sólo a veces favorece la causa de los derechos y siempre, en cambio, daña a la democracia.⁷

5 Garzón Valdés, Ernesto, op. cit., 2002, p. 51.

6 *Idem*.

7 Bayón, Juan Carlos. “Algunos comentarios sobre «El papel del poder judicial en la transición a la democracia»”,

Las opiniones de Garzón Valdés y de Bayón reflejan con claridad la inevitable tensión resultante del “triunfo póstumo de Kelsen sobre Schmitt”,⁸ con la consagración, a nivel global, de la garantía jurisdiccional de la Constitución,⁹ derivada de la insuficiencia de los controles parlamentarios o políticos y el desplazamiento de la ley, en tanto expresión de la “voluntad general”, como el articulador de los derechos y libertades desde una posición privilegiada, sintetizada en la expresión “principio de legalidad”.¹⁰ En la actualidad, pues, cada interpretación judicial de la ley debe tener en consideración los principios constitucionales,¹¹ tarea que ha supuesto una dificultad notable, pues la intelección de los textos constitucionales, pese a compartir algunos de los problemas que se presentan en la interpretación de las leyes,¹² constituye una actividad con perfiles propios, tanto por la especial estructura abierta que identifica a

DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 30, 2007, pp. 69 y 70.

8 Aragón Reyes, Manuel, “La justicia constitucional en el siglo XX: balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, en AA. VV., *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, IIJ-UNAM, 1998, p. 203. Para un análisis comparado de las ideas de estos autores, véase: Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, FCE – IIJ-UNAM, 2009. Por su parte, en relación a las tensiones producidas por la concurrencia de los modelos democrático y constitucional, véase: Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE – IIJ-UNAM, 2006.

9 Jackson y Tate destacan que los casos que ejemplifican el control de la constitucionalidad de las leyes (y su impacto en las políticas públicas) pueden incrementarse hasta incluir prácticamente cualquier país que cuente con una judicatura independiente. Jackson, Donald W. y Tate, C. Neal, *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Westport, Greenwood Press, 1992, p. 11. Sobre los alcances de la justicia constitucional en el orbe y sus distintos modelos, pueden consultarse como referencia: Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea en el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, trad. esp. de Isabel Ortiz Pica, Madrid, CEPC, 2002; González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, CEPC, 2001; y Lösing, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, trad. esp. de Marcela Piazola Gil, Madrid, Konrad Adenauer Stiftung – Dykinson, 2002.

10 “El llamado «principio de legalidad» es hoy, en efecto, completamente insustituible para el funcionamiento del Estado [...] Pero, por debajo de esa apariencia externa, han surgido dos fenómenos que han afectado gravemente a la situación privilegiada de la ley. Uno es el resuelto destacamiento sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, de una norma suprallegal [la Constitución]”. García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 39 a 40. Especialmente en la concepción francesa, que acabaría por influir a la Europa continental tras la Revolución Francesa, el legislador se erigiría como “el auténtico intérprete de los derechos del hombre”. Starck, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 250. Tocante al proceso de debilitamiento del papel de la ley, véase a: Prieto Sanchís, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional”, en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, 1998, pp. 5-45.

11 Alexy, Robert y Dreier, Ralf, “Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany”, en McCormick, D. Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth – Ashgate, 1991, p. 112.

12 En términos generales, las complicaciones pueden derivarse del “lenguaje de la ley” (ambigüedad de las palabras empleadas, vaguedad de los términos lingüísticos o la utilización de conceptos jurídicos indeterminados con poco contenido descriptivo y abiertos en su determinación valorativa –*valuative openness*– o a factores provenientes de la estructura del sistema legal (las antinomias normativas y las lagunas jurídicas, así como, en los sistemas jurídicos codificados, la consistencia y coherencia, la falta de completitud del derecho escrito y la eventual obsolescencia de la codificación). *Ibidem*, pp. 74 y ss.

las normas constitucionales, como por la variedad de métodos interpretativos (diversos a los tradicionales que son insuficientes a estos propósitos) y la inexistencia de criterios homogéneos en su aplicación.¹³ A profundizar la diferenciación ha venido la transformación en la concepción de los derechos fundamentales, que sin perder el carácter liberal de derechos públicos subjetivos,¹⁴ ahora también se les entiende como principios objetivos que recogen un sistema de valores, el cual orienta la actuación de todos los entes públicos y que condiciona, inclusive, todo el orden social. Esta doctrina tiene su origen en los trabajos de Smend publicados en el primer tercio del siglo XX, la cual sería asumida posteriormente por el Tribunal Constitucional Federal alemán y, desde esta plataforma, difundida al resto de Europa y a los países latinoamericanos.¹⁵

- 13 Véase, para un panorama de estos temas, a Hesse, Konrad, "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid, CEC, 1992, pp. 31-54, también consultable en una recopilación que, con el mismo título, han publicado en el 2011 el CEPC y la Fundación Coloquio Europeo, con la selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez (pp. 57-75); Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. esp. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1987, pp. 280 a 304; Bökenförde, Ernst-Wolfgang, "Los métodos de la interpretación constitucional", en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. esp. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43; Díaz Revorio, Francisco Javier, *La "Constitución Abierta" y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004, pp. 231 a 276; y Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 143-163.
- 14 En relación a la noción de derecho subjetivo, véase Jellinek, Giorgio, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. italiana a la 2ª ed. alemana de Gaetano Vitagliano, Milano, Società Editrice Libreria, 1912; y Dabin, J., *El derecho subjetivo*, trad. esp. de Francisco Javier Osset, Granada, Comares, 2006.
- 15 Sobre las ideas de Smend véase: Smend, Rudolf, *Derecho constitucional y Constitución*, trad. esp. de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, pp. 225 a 235; Brage Camazano, Joaquín, "Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn", en Smend, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, México, IJ-UNAM, 2005, pp. XI-LX; y Brage Camazano, Joaquín, "La doctrina de Smend como parte de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 95-123. De la jurisprudencia alemana destacan las sentencias en los casos Elfs (BVerfGE 6, 32) y Lüth (BVerfGE 7, 198): Menzel, Jörg (comp.), *Verfassungsrechtsprechung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 76 a 83 y 97 a 107, y las traducciones parciales consultables en Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. esp. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 56-59 y 202-207. Véase también: Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985, pp. 170 y ss.; Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 7 y ss.; Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. esp. de Jürgen Saligmann y César Landa, Granada, Comares, 2003, pp. 31 y ss.; Hesse, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", en Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IAP – Marcial Pons, 1996, pp. 89-94; Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 195 y ss.; Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 42-44; Viera de Andrade, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 109-166; Queiroz, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 68-75; Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1253-1261; Pace, Alessandro,

Efectivamente, la dotación de contenido axiológico a las normas constitucionales, especialmente las relativas a derechos fundamentales, ha traído consigo el alejamiento "a la lógica de la subsunción y la propensión de la jurisprudencia de los tribunales a la justicia del caso concreto."¹⁶ En la medida en que se entiende que esas normas constitucionales tienen la naturaleza de principios¹⁷ y que en la generalidad de las situaciones jurídicamente relevantes pueden concurrir –incluso con finalidades aparentemente opuestas– dos o más normas-principio, la tendencia para la solución de esta clase de conflictos ha venido encontrándose en la consideración imparcial de "los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas", como si se tratara de antinomias contingentes o en concreto.¹⁹

Por ello no sorprende que, en los últimos cincuenta años, en el enjuiciamiento de la regularidad constitucional de las leyes y de la actuación de las autoridades se haya afianzado destacadamente, como parámetro de control, el principio de proporcionalidad.²⁰ Esta

Problemática delle libertà costituzionali. Parte generale, 2ª ed., Pavoda, CEDAM, 1990 (reimpresión 2001), pp. 20 y ss.; Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho constitucional*, trad. esp. de Javier Jiménez Campo, Madrid, CEC, 1984, tomo I, pp. 101 y ss. (por cuanto analiza los derechos de libertad conjuntamente con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional por su interacción recíproca y su dependencia de los desarrollos normativos ulteriores); Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 277 y ss.; Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, FCE, 2002, pp. 63-71; y Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, pp. 23 y ss. Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen prescripciones que son deudoras de esta concepción específica de los derechos fundamentales, por cuanto los deberes estatales de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por este instrumento, así como de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos, son consecuencia directa del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico en su conjunto. Véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Veldsquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

- 16 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. esp. de la 4ª ed. alemana por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 141. Prieto Sanchís advierte que "ponderación y subsunción son cosas distintas", pero no que "sean incompatibles o que haya que optar por una y otra", pues en un esquema ordinario de aplicación de las normas se presentan en fases sucesivas (subsunción "en sentido débil"—ponderación—subsunción). Véase: Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 149 y s.
- 17 Principios tanto en su entendimiento como normas fundamentales y como normas estructuralmente indeterminadas. Véase al respecto: Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología en la interpretación constitucional*, trad. esp. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2007, pp. 73 y ss.
- 18 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 191.
- 19 *Ibidem*, p. 178. También en Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes...*, op. cit., pp. 143 y ss.
- 20 De hecho, el test de proporcionalidad es más antiguo que la Constitución alemana de Bonn, pues fue desarrollado a finales del siglo XIX por los tribunales administrativos en casos en los que la ley concedía discreción a la policía o regulaba sus actividades de forma muy vaga. Grimm, Dieter, "Proportionality

herramienta permite analizar si una intervención pública es, primero, susceptible de alcanzar la finalidad perseguida; segundo, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los gobernados; y, tercero, proporcional (en sentido restricto) o equilibrada por derivarse de dicha medida más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre los otros bienes o valores constitucionalmente involucrados.²¹

Al paso de los años, la consolidación de la ponderación como técnica en Alemania no ha evitado algunas de las críticas que desde un principio se le han achacado: el aumento de la inseguridad jurídica, la imprevisibilidad e incluso arbitrariedad en los casos límite y la sustitución del legislador por el Tribunal Constitucional.²² Esta corriente cuenta con exponentes de la talla de Habermas²³ y Böckerförde,²⁴ aunque sus críticas han encontrado réplica en la autorizada pluma de Alexy, defensor de las normas constitucionales de derechos fundamentales como mandatos de optimización y del test de proporcionalidad como vehículo adecuado para enjuiciar sus limitaciones y concreciones.²⁵

in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, primavera de 2007, pp. 384 y ss.

- 21 Sobre el tema, véase: Barnes, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 495-535; Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, 2008, pp. 73-165; y Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007. La doctrina judicial estadounidense no ha desarrollado un método equivalente al test de proporcionalidad, pues la ponderación o *balancing* podría identificarse solamente con el tercero de los elementos del llamado también principio de proporcionalidad. Sobre el origen y evolución de la ponderación en los EE. UU., véase a: Aleinikoff, Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, abril 1987, pp. 943-1005. Existe versión castellana: Aleinikoff, T. Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. esp. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, Palestra, 2010. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en México, pueden consultarse: Villaseñor Goyzuela, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa – Universidad Complutense de Madrid, 2011; y Sánchez Gil Rubén, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana", en Carbonell, Miguel y Grandé Castro, Pedro P. (eds.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, pp. 217-256.
- 22 Ossenbühl, T., "Abwägung im Verfassungsrecht", *Abwägung im Recht*, Erbguth, W. (Hrsg.), Carl Heymanns, Köln, 1996, p. 33 (citado por González Pascual, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2010, p. 61).
- 23 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 326 y ss.
- 24 Böckerförde, Ernst-Wolfgang, "Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali", en *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, trad. it. de Omar Brino y otros, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 209-262.
- 25 Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. ing. de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 388-425; la traducción española al "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", a cargo de

Todo lo anterior se trae a colación con el único propósito de ofrecer el marco teórico-práctico sobre el que se desarrolla este trabajo. En términos generales, se analizarán tres criterios sostenidos por distintas instancias encargadas del control jurisdiccional de la regularidad constitucional de las leyes electorales, en torno al derecho a ser votado. Estos pronunciamientos muestran nítidamente las complejidades inherentes al despliegue de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales como derechos subjetivos y principios objetivos, así como de su tutela a través de los controles abstracto y concreto.

El derecho de sufragio, en su vertiente pasiva, se encuentra reconocido en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), cuando se afirma que es derecho del ciudadano "[p]oder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley".²⁶ En los criterios que aquí se analizan y comentan, la litis versó sobre la constitucionalidad de algunos de los requisitos de elegibilidad previstos para ser electos a ciertos cargos representativos.

El primer criterio está contenido en la acción de inconstitucionalidad 32/2011, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) 8 de diciembre de 2011²⁷, y en la que se estudiaron los requisitos de elegibilidad contemplados en la legislación de Morelos. El segundo corresponde a la Sala Regional Monterrey del Tribunal

Carlos Bernal Pulido, se publicó por primera ocasión en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, pp. 13-64; después apareció monográficamente por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004; para finalmente ser incorporada en la 2ª ed. española de la *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 511-562. Fragmentos de la defensa realizada por Alexy también se encuentran en: Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, IJ-UNAM, 2006, pp. 1-18.

- 26 El decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 9 de agosto de 2012, incorporó a esta fracción, como segundo enunciado, el derecho específico de partidos políticos y ciudadanos para solicitar el registro de candidaturas ante la autoridad electoral. El derecho a ser "nombrado para cualquier empleo o comisión [...] teniendo las calidades que establezca la ley", que anteriormente acompañaba a la prerrogativa ciudadana de ser votado en la primera fracción de este precepto constitucional, ahora se encuentra en la fracción VI. Como las sentencias aquí comentadas se refieren a situaciones acontecidas al amparo de la redacción anterior del artículo 35 constitucional, toda referencia a este dispositivo deberá entenderse realizada al texto vigente en aquel entonces.
- 27 La sentencia fue publicada en el *DOF* el 16 de febrero de 2012.

Electoral del Poder Judicial de la Federación (SMTEPJF), al resolver el 28 de junio de 2012 el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SM-JDC-591/2012 y los juicios de revisión constitucional electoral SM-JRC-24/2012 y SM-JRC-25/2012, en los que se estudió la regularidad constitucional de los requisitos establecidos en la legislación de San Luis Potosí.²⁸ Finalmente, el tercer criterio es el que sostuvo la Sala Superior (SSTPEPJF) el 21 de noviembre del mismo año, al resolver el recurso de reconsideración SUP-REC-238/2012, relativo a los requisitos de elegibilidad en Tabasco.

En los casos mencionados se advierte el empleo, en mayor o menor medida, del test de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad de diversas disposiciones que establecen requisitos de elegibilidad impuestos a ciudadanos que, concomitantemente, tienen la calidad de servidores o funcionarios públicos. Las sentencias ilustran cómo la amplia diversidad de enfoques a partir de los cuales se acomete la aplicación del juicio de proporcionalidad condiciona el resultado dicho ejercicio, incluso cuando las normas analizadas guardan gran similitud. A partir de los elementos advertidos se ofrecerá una reflexión final, un simple esbozo, sobre el derrotero que podría construirse para delinear con mejor precisión el tema, en aras de ir construyendo métodos que –sin mengua del deber de los jueces y tribunales como garantes últimos de los derechos humanos– permitan el ejercicio de las atribuciones constitucionales que están reconocidas por la propia Constitución a otras instancias estatales, especialmente las que cuentan con una legitimidad democrática en su origen.²⁹ Pero antes de realizar el análisis de los referidos criterios, conviene hacer alguna precisión relacionada con el concepto de “requisitos de elegibilidad”.

28 Todas las sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación son consultables en su página web: www.te.gob.mx.

29 La preocupación, como esperamos haber expuesto con claridad, no es gratuita ni se trata de alguna ocurrencia personal que encierre prejuicios propios de estadios ya superados, sino un tema que reiteradamente es abordado por autores de reconocida prosapia. Véase, por ejemplo, a: Schneider, Hans Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Democracia y Constitución*, trad. esp. de Angela Collado y otros, Madrid, CEC, 1991, pp. 195-222; Schneider, Hans Peter, “El tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, pp. 103-106; Häberle, Peter, “El tribunal Constitucional como poder político”, en Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, trad.

Como los ordenamientos jurídicos son el producto de contextos y circunstancias históricas, sociales, políticas e institucionales,³⁰ las distintas realidades normativas poco se compadecen de los tipos puros acuñados por la doctrina. Tal es el caso del Derecho positivo mexicano, en donde la expresión “requisitos de elegibilidad”, recogida tanto en los textos legislativos como en la doctrina y en la jurisprudencia, comprende no sólo las prohibiciones en las cuales se tutela la equidad en la contienda electoral y la libertad del sufragio, sino en general, toda aquella calidad exigida constitucional y legalmente al amparo de la fracción II del artículo 35 de la CPEUM, e incluso, aquellas circunstancias previstas en la normatividad como constitutivas del derecho de sufragio pasivo. Consecuentemente, con esta frase se aluden aspectos de capacidad, inelegibilidad, incompatibilidad e inhabilidad, lo que ha producido una delimitación confusa.³¹ Más aún, en los últimos años la noción de “requisitos de elegibilidad” se ha extendido en nuestro país para abarcar las exigencias previstas en los estatutos de los partidos políticos que modulan y condicionan la participación de los ciudadanos en los procesos internos de selección de candidatos; cuestión que parecen aceptar, sin mayor problema, tanto un sector de la doctrina,³² como las máximas instancias judiciales del país en la materia.³³

Tomando en cuenta lo anterior, no es ocioso enfatizar que aquí empleamos la expresión “requisitos de elegibilidad” en su connotación estricta, es decir, como aquellos límites o condiciones impuestos

esp. de Joaquín Brage Camazano, México, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 91-123; y Hesse, Konrad, “Los límites funcionales de la justicia constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid, CEC, 1992, pp. 177-188.

30 Como en forma certera alerta Aragón Reyes, Manuel, “Derecho electoral: Sufragio activo y pasivo”, en Nohlen, Dieter et. al. (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2ª ed., México, IIDH – Universidad de Heidelberg – International IDEA – TEPJF – IFE – FCE, 2007, pp. 186 y 187.

31 Sobre esta cuestión ya nos hemos ocupado anteriormente y propuesto una sistematización conforme al Derecho mexicano. Zavala Arredondo, Marco Antonio, “Comentario al Artículo 55”, en AA. VV., *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados – SCJN – Senado de la República – IFE – TEPJF – Miguel Ángel Porrúa, 2012, tomo III, pp. 687-745.

32 Piccato Rodríguez, Antonio Octavio, “El sufragio pasivo”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Derecho Electoral*, México, Facultad de Derecho de la UNAM – Porrúa, 2006, pp. 89 y ss.

33 Por parte de la SCJN, la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas, resuelta de 8 de julio, publicada en el *DOF* el 3 de octubre siguiente. Sólo el Ministro Sergio A. Valls Hernández rechazó un entendimiento extensivo de la expresión “requisitos de elegibilidad” en el ámbito interno de los partidos políticos. Véase su voto particular publicado en el *DOF* el 3 de marzo de 2009. Por cuanto a la SSTPEPJF, consúltese la sentencia dictada en el SUP-JDC-370/2005, de 6 de julio de 2005.

al derecho de sufragio pasivo en aras de garantizar la igualdad de oportunidades de los distintos contendientes en una elección.

II. El criterio de la SCJN

Normalmente, en las acciones de inconstitucionalidad el análisis de normas que inciden de alguna forma u otra en el ejercicio del derecho a ser votado se ha centrado en verificar si la norma objeto de impugnación encuadra dentro del concepto de “calidad” del artículo 35, fracción II, de la CPEUM; o bien, si la “calidad” requerida se ajusta a los parámetros de razonabilidad por virtud de los cuales se justifique la restricción a un derecho fundamental.

Sin embargo, en la acción de inconstitucionalidad 32/2011,³⁴ la SCJN declaró la invalidez del artículo 117, fracción V, párrafo primero, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos,³⁵ por considerar que se violentó el principio de igualdad y no discriminación, al excluir, sin causa justificada, a los empleados del Poder Legislativo local de la obligación de separarse de sus cargos, con al menos 90 días antes del día de la elección, para poder ser electo –válidamente– miembro de un ayuntamiento o ayudante municipal. Lo novedoso de este precedente de la SCJN es la manera en la cual es estudiado el requisito (negativo) de elegibilidad materia de la controversia, pues

34 El proyecto fue aprobado por unanimidad de 11 votos en relación con los resolutivos, aunque con salvedades de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza. Formularon votos concurrentes los señores Ministros Ortiz Mayagoitia, Aguilar Morales y Aguirre Anguiano, los cuales se publicaron en el *DOF* en la misma fecha. A luz de las intervenciones de los Ministros que formularon salvedades durante la discusión del asunto (véase la versión taquigráfica del jueves 8 de diciembre de 2011, consultable en www.scjn.gob.mx), las consideraciones torales, las que definen el sentido de lo resuelto, no tendrían carácter vinculante, de acuerdo con lo sostenido en la jurisprudencia 94/2011, de rubro “JURISPRUDENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. TIENE ESE CARÁCTER Y VINCULAN AL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CUANDO SE APRUEBAN POR OCHO VOTOS O MÁS” (9ª Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 12). Lo anterior se corrobora en la publicación de la ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (10ª época, libro X, tomo 1, julio de 2012, Pleno y Primera Sala, p. 34), en donde se indica que el considerando quinto se aprobó por mayoría de 6 votos, con las salvedades de los Ministros Aguirre Anguiano y Aguilar Morales.

35 También se declaró la invalidez, como consecuencia, del artículo segundo transitorio del decreto número 1371, publicado en el *Periódico Oficial 'Tierra y Libertad'*, órgano del gobierno del Estado Libre y Soberano de Morelos, el 19 de octubre de 2011.

se centra en analizar la norma a la luz del principio (genérico) de igualdad, y no –al menos no de manera directa– a partir del principio (específico) de equidad en la contienda electoral, en el que se suele encuadrar la justificación de los requisitos de elegibilidad “en sentido estricto”.

Conviene tener presente que la Constitución de Morelos preveía, antes de la reforma, como requisito de elegibilidad, “[n]o ser funcionario o empleado de la Federación, del Estado o de los Municipios si no se separan de sus respectivos cargos noventa días antes del día de la elección”. Merced de la modificación al artículo 77, fracción V, se mantuvo el deber de separación con la antelación indicada para los funcionarios o empleados de la Federación o de los municipios, mientras que en el ámbito estatal se circunscribió la exigencia a los funcionarios o empleados “del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial”.

El Partido Acción Nacional (PAN), actor en la acción de inconstitucionalidad, planteó que la nueva disposición contravenía a la Carta Magna, pues implicaba un “trato desigual de dos situaciones jurídicas iguales”. En última instancia, lo que el partido actor planteaba con el tratamiento diferenciado de los funcionarios y empleados del poder legislativo local, respecto del resto, es que también

los recursos humanos y materiales de los que los legisladores [...] disponen –y que igualmente provienen del erario– pueden destinarse al propósito aludido; habida cuenta que los legisladores también ejercen recursos públicos en el ejercicio de sus actividades, como sucede con los fondos que reciben para ciertas actividades de atención a la sociedad.

Como se ve, en el fondo, el alegato descansaba en la eventual conculcación del principio de equidad en la contienda electoral.

La SCJN acogió en lo sustancial los argumentos del partido demandante, como resultado de aplicar un “test de igualdad [...] únicamente en relación con los ciudadanos que, además, tienen la calidad de servidores públicos y no con respecto a los ciudadanos

que no tienen esa calidad”.³⁶ En el juicio de proporcionalidad, que no pasó de su primera fase, se concluyó que la medida legislativa diferenciadora no era idónea para la consecución de la finalidad pública pretendida –la preservación de la integralidad o funcionamiento de los poderes públicos– en virtud de que las razones con las cuales se sustentó la reforma “son aplicables a todos ellos [los servidores públicos], sean del orden federal, estatal o municipal, por lo que no resulta constitucionalmente razonable y, por lo tanto, válida, la desigualdad normativa que se establece”.³⁷

III. El criterio de la SMTEPJF

Como viene siendo ya una constante en la justicia electoral mexicana –así como en otras materias– los criterios asumidos por los tribunales son invocados (con mejor o peor fortuna) en casos análogos,

36 Es importante destacar que la SCJN empleó el test de razonabilidad o proporcionalidad bajo un escrutinio estricto, por tratarse de una norma que tiene una importante proyección en los derechos humanos de índole político-electoral reconocidos por la CPEUM y los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. Debe destacarse también el método empleado por la SCJN para analizar la violación al principio de igualdad, que de entre los distintitos enfoques que ofrece una visión comparada, se aproxima más a una de las vertientes jurisprudenciales actuales del Tribunal Constitucional Federal alemán –aplicación del principio de proporcionalidad, en lugar del criterio original, tomado de las ideas de Leibholz, y cercano a la doctrina judicial norteamericana en el tema, que reducía el examen a constatar si había o no arbitrariedad en la medida, es decir, la inexistencia de un fundamento razonable, objetivo y claro–. Véase al respecto: Villacorta Mancebo, Luis, “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, octubre-diciembre 2005, pp. 35-75; Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 255-283; Fromont, Michel, “Los cambios de jurisprudencia en la Corte Constitucional Federal de Alemania”, en AA. VV., *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho*, Madrid, European Research Center for Comparative Law – Dykinson, 2012, pp. 192-194; Gavara de Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005; y Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law*, 3ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2009, pp. 717-748.

37 Debe advertirse que, en la parte final del considerando quinto en la acción de inconstitucionalidad 32/2011, por momentos se hacen afirmaciones que involucran la corrección de la medida legislativa tildada de inconstitucional, pero en relación con el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, como si lo que se estuviera analizando es la restricción en sí misma del derecho político-electoral. Así, por ejemplo, se encuentran afirmaciones como la siguiente: “dado que lo que se pretende es mantener la integralidad o funcionamiento de los poderes públicos, la medida legislativa que interfiere con el derecho fundamental a ser votado no es idónea para alcanzar el fin propuesto”. Y es que, en propiedad, no se analizaba la “interferencia” en el ejercicio del derecho a ser votado, porque desde el punto de vista de esta prerrogativa ciudadana, habría poco lugar para discutir que la reducción del universo de servidores públicos involucrados en el requisito de elegibilidad se traducía en menor interferencia del derecho. La SCJN se propuso analizar los planteamientos de invalidez a partir del principio de igualdad, lo que requería el análisis relacional de dos situaciones, y constatar a partir de la comparación si la diferenciación era objetiva y constitucionalmente válida, así como idónea y proporcional. Consúltense: Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Madrid, CEC, 1997, p. 608.

especialmente cuando se presentan circunstancias que pueden redundar en un beneficio directo para quien presenta la demanda.³⁸ Es el caso de lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 32/2011, cuyas consideraciones han sido sacadas del contexto en el que fueron expuestas, para pretender que se declaren inelegibles a candidatos ganadores, aun cuando la razón por la cual se pretenda la inelegibilidad no se encuentre prevista en forma explícita en la legislación aplicable.³⁹ En términos generales, se ha argumentado que la interpretación constitucional de la SCJN permite concluir que –como exigencia para garantizar la igualdad de oportunidades en la campaña electoral para los contendientes– los legisladores se encuentran imposibilitados de ser electos válidamente, al igual que otros servidores públicos (éstos sí contemplados en la norma).

Así parece haberlo entendido la SMTEPJF, al resolver los juicios identificados con las claves SM-JDC-591/2012, SM-JRC-24/2012 y SM-JRC-25/2012, que requerían definir el alcance normativo del artículo 118, fracción II, de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, según el cual, están impedidos para ser miembros propietarios o suplentes de los ayuntamientos, “[l]os funcionarios de nombramiento estatal o municipal con atribuciones de mando y en ejercicio de autoridad”.⁴⁰ En los tres asuntos, distintos actores (un ciudadano en un caso, partidos políticos en los otros) habían intentado –infructuosamente– en las dos instancias de la jurisdicción electoral estatal, obtener la revocación de los registros de los candidatos a presidentes municipales de Rioverde, Ciudad Valles y Huehuetlán, por considerarlos inelegibles ya que, aseguraban, tenían la calidad de diputados locales y no se habían separado definitivamente del encargo con la anticipación prevista por la Constitución de la entidad.

38 Especialmente cuando se presenta lo que Hasen llama “margen de litigio”. Hasen, Richard L., *The Voting Wars. From Florida 2000 to the Next Election Meltdown*, New Haven & London, Yale University Press, 2012, pp. 131 y ss.

39 Véanse, por ejemplo, las sentencias correspondientes a los expedientes SX-JIN-6/2012 (de 24 de julio de 2012), SUP-REC-95/2012 (de 15 de agosto de 2012), SUP-REC-96/2012 (de 15 de agosto de 2012), SX-JRC-39/2012 (de 22 de agosto de 2012), SG-JRC-558/2012 y acumulados (de 28 de septiembre de 2012) y SUP-REC-221/2012 (de 30 de septiembre de 2012).

40 Salvo que, precisa el segundo párrafo del propio precepto, se separen de sus cargos 120 días antes del día de la elección.

Una vez que la SMTEPJF constató que, en forma indebida, la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí no estudió los planteamientos de los actores, al calificarlos de inoperantes, revocó la resolución impugnada y procedió a estudiar, en plenitud de jurisdicción, los agravios del recurso de reconsideración local. El análisis de los motivos de disenso de los actores condujo a la SMTEPJF a acoger los planteamientos y, en consecuencia, a declarar inelegibles a los candidatos impugnados, revocar sus registros y a ordenar su sustitución.

Importa aquí destacar el desarrollo argumentativo que le permitió a la SMTEPJF arribar al sentido anunciado; específicamente, tres pronunciamientos concretos que resultan relevantes para nuestros efectos. Debe dejarse apuntado, no obstante, que si bien la conclusión de la Sala Regional se presenta como si fuese consecuencia de una interpretación extensiva, en ocasiones ciertos pronunciamientos hacen que la construcción considerativa se acerque a la de una integración normativa mediante el argumento por analogía.⁴¹ Lo anterior, porque su propuesta metodológica, así como las afirmaciones que sustentan la decisión, conllevan formulaciones normativas derivadas directamente de la CPEUM y, en tal virtud, con carácter general y vinculante para el legislador ordinario al momento de configurar las restricciones a las que debe estar sujeto el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos que cuentan con el carácter de servidores públicos de cierto rango y jerarquía, a fin de garantizar, según sostiene la SMTEPJF, la equidad en la contienda, en tanto presupuesto para contar con elecciones libres y auténticas.

El postulado sobre el que descansa la determinación de inelegibilidad consiste en que, para la SMTEPJF,

atendiendo a una interpretación sistemática y funcional de los artículos 1, 41, base I, párrafo tercero, 116, fracción IV, inciso f), y 134, de la Constitución Política de los

41 Sobre las posiciones en la doctrina respecto a la distinción o identidad de la analogía con la interpretación extensiva, véase a Falcón y Tella, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Civitas, 1991, pp. 123 y ss.; y a Salguero, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 219 y ss.

Estados Unidos Mexicanos; 1º, 2, 23 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y 1, 2, 6, 7, 8, 118 y 124 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, se establece que para garantizar la efectiva vigencia de los principios de igualdad y equidad en la contienda, el artículo 118, fracción II, de la Constitución de San Luis Potosí, debe interpretarse de manera que dentro de la expresión “funcionarios de nombramiento estatal o municipal con atribuciones de mando y en ejercicio de autoridad” queden comprendidos los diputados locales.⁴²

Esta posición parte de reconocer que el enunciado contenido en el artículo 118, fracción II, de la Constitución estatal no explicita su alcance normativo, esto es, no establece con claridad quiénes son los destinatarios de la norma, ante lo cual es necesario efectuar una operación interpretativa. Semejante interpretación –se dice en las sentencias de la SMTEPJF– ha de realizarse dentro del contexto normativo mexicano, del cual se obtiene, a partir de los artículos 1; 41, base I, párrafo tercero, y 116, fracción IV, inciso f), de la CPEUM, el deber estatal de atenuar aquellas ventajas que pudieren producir asimetrías en los contendientes de una elección, lo cual se traduce en la necesidad de la intervención estatal al derecho fundamental de sufragio pasivo, mediante la imposición de límites o modalidades.

Establecido este contexto, la SMTEPJF rechaza emplear, por insuficiente, la interpretación gramatical, no obstante que con la misma es factible determinar que los “funcionarios” a los cuales se refiere el precepto son aquellos que desempeñan una función pública, con cierta jerarquía y cuentan con poder de mando y decisión. Lo anterior, porque el concepto “nombramiento” admite dos acepciones válidas, a saber: la designación derivada de la voluntad de una persona *motu proprio*, y aquella que proviene de las votaciones populares. Se recurre, entonces, a la interpretación sistemática del dispositivo en estudio con los artículos 26 y 47 de la propia Constitución estatal, relativos a las prerrogativas de

42 Énfasis en el original.

los ciudadanos potosinos y a los requisitos de elegibilidad de los diputados locales, que le permite reconocer a la Sala Regional que la Constitución distingue entre “cargos de elección popular” y “aquellos que se obtienen por nombramiento”.

Sin embargo, enseguida puntualiza que con una “interpretación armónica” de las mismas disposiciones, “queda claro que el poder constituyente local determinó que con independencia [d]el origen o método para acceder al cargo [...] la restricción de libertades se produce cuando se actualicen ciertas atribuciones del puesto”. Dichas atribuciones son, en palabras de la propia Sala Regional, “que el ejercicio de la función lleve implícita la delegación de la fuerza del Estado, a través de un poder de mando sobre la sociedad, mismo que se traduce en una relación de supra a subordinación, acompañada de la posibilidad de establecer derechos, e imponer obligaciones a la comunidad”.

La conclusión sería resultado, merced de una interpretación funcional, de advertir que “estas incompatibilidades” tienen un efecto inmediato en el desarrollo de una elección, al suponer un desequilibrio en el principio de igualdad y el derecho de todo ciudadano de la entidad que aspire al ejercicio del poder público, por lo que la Constitución local privilegia el establecimiento de condiciones óptimas para la contienda electoral, “haciendo a un lado todo vestigio de desequilibrio democrático”. Y aquí la SMTEPJF apoya esta afirmación con una especie de argumento *a fortiori*,⁴³ cuando agrega que el constituyente local “estimó que no resultaba viable que un presidente municipal, por ejemplo, accediera al cargo de diputado”, de lo cual se deduce que “no se encuentra razón suficiente para permitir que un legislador local pretenda ocupar un puesto de elección municipal, sin que se elimine o reduzca al mínimo [...] estos elementos desequilibrantes, mediante la suspensión temporal de los atributos del cargo que ocupaba”.

43 Sobre el argumento *a fortiori*, véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 133 y ss.

Una vez que la SMTEPJF arriba a este punto, lleva a cabo un test de proporcionalidad que le permitirá concluir que la restricción del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos que tengan la calidad de diputados locales constituye una medida que responde a un fin constitucionalmente legítimo, es idónea y necesaria, además de ser “la menos restrictiva al derecho fundamental, frente a otras alternativas”.

La articulación efectuada por la SMTEPJF muestra cómo el conjunto de razones expresadas no se encuentran circunscritas al supuesto normativo en estudio (funcionarios de nombramiento *estatal o municipal* con atribuciones de mando y en ejercicio de autoridad), pues incluso más adelante afirma que

el que un contendiente al cargo de alcalde en el Estado de San Luis Potosí, goce de los atributos de mando, poder, autoridad e imperio, de manera continua hasta la jornada electoral, supondría una ventaja indebida que pudiera mermar considerablemente las posibilidades reales de acceso al poder público de cualquier ciudadano potosino que no cuenta con los beneficios descritos, lo que impactaría el derecho político-electoral de los participantes a ser votados en condiciones de igualdad.

Si se relaciona esta concepción con la aseveración de que las causas de inelegibilidad son siempre necesarias ante un probable escenario de “asimetría” entre los contendientes, parecería que, en realidad, los Magistrados de la SMTEPJF tenían en mente una configuración específica del deber de restricción del derecho fundamental a ser votado directamente exigible de la CPEUM. Esta lectura se fortalece cuando en la sentencia se advierte que

si bien el poder legislativo tiene libertad de configuración normativa para regular las instituciones jurídicas a través de un andamiaje jurídico, tal libertar al igual que los derechos humanos tiene límites, tales como el bloque de constitucionalidad, o los propios derechos humanos, así

como la preeminencia del estado democrático a través de elecciones populares, libres, auténticas y periódicas. Por tanto, *también los sub-principios de reserva de ley y tipicidad, son derrotables para hacer respetar estas máximas constitucionales del Estado mexicano.*⁴⁴

Para concluir, la SMTEPJF puntualizaría:

Hay que destacar que en el sentido propuesto por esta Sala Regional se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad relativa al expediente 32/2011, aprobada por unanimidad de once votos. Dicho asunto estuvo relacionado con la reforma al artículo 117, fracción V, de la Constitución Local del Estado de Morelos, que excluyó del régimen de impedimentos para ocupar el cargo de alcalde a los diputados locales.

Derivado de lo anterior, el máximo Tribunal de nuestro país, sostuvo que la exclusión en mención trastocaba los principios de igualdad y equidad en la contienda, produciendo discriminación. Las consideraciones que soportan tal sentencia, en términos de los artículos 43 y 73 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son obligatorias para esta Sala Regional.

Empero, como ya se mencionó, la SCJN declaró la invalidez del artículo 117, fracción V, párrafo primero, de la Constitución de Morelos por encontrar violación al principio de igualdad, al no justificarse por el poder constituyente local la diferenciación de trato

entre los servidores del Poder Legislativo y el resto de empleados y funcionarios públicos de la entidad, mas no por sostener que los legisladores –siempre y en todos los casos– deben separarse de sus cargos para ser postulados como candidatos, y de esta forma garantizar la equidad en la contienda, como si se tratara de un mandato derivado directamente, con ese grado de concreción, de la CPEUM.⁴⁵

Ciertamente, en la parte considerativa correspondiente al contexto normativo previo al estudio del caso concreto, la SCJN sugiere la existencia de una relación conceptual entre los requisitos de elegibilidad (al menos el involucrado en el litigio constitucional) y el artículo 134, párrafos séptimo y noveno, de la CPEUM, a partir de un argumento formulado por el partido actor.⁴⁶ Tras enfatizar el contexto normativo del artículo 134 constitucional,⁴⁷ y sin que ello implique que –de no separarse de sus cargos– los funcionarios y empleados del Congreso estatal hagan uso indebido de recursos públicos, la SCJN sostiene que

esa condición, por sí misma, implica que seguirán percibiendo y disponiendo, al menos sus precepciones, prestaciones y apoyos durante ese tiempo, lo que no sucedería con los demás servidores públicos, además de que ciertos y determinados servidores públicos del Poder Legislativo del Estado de Morelos, en razón de sus atribuciones conferidas, investidura oficial o jerarquía tienen una proyección o una capacidad de gestión directa entre la ciudadanía, como los diputados, que no tienen otros servidores públicos.

44 Énfasis añadido. La SMTEPJF negaría, con posterioridad, la derrotabilidad de los “sub-principios de reserva de ley y tipicidad”, cuando en un juicio de inconformidad le fue propuesta la inelegibilidad del candidato electo a diputado federal, por contener siendo diputado local sin haberse separado del puesto. En ese caso, sostuvo que los artículos 55, fracciones IV a VII, y 59 de la CPEUM, y 7, párrafo 1, incisos b) al f), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales no permiten “como en el caso de la Constitución local de San Luis Potosí, darse a las hipótesis restrictivas un alcance tal, que implique considerar como requisitos negativos de elegibilidad supuestos que no se encuentren contemplados por la norma”. En la legislación de San Luis Potosí se interpretó un “precepto legal abierto [...] y no concreto como acontece con los dispositivos federales”. Véase la sentencia relativa al expediente SM-JIN-7/2012, de 31 de julio de 2012.

45 De hecho, como se detalla en la nota al pie núm. 31, las consideraciones contenidas en la acción de inconstitucionalidad, aquellas a que se refiere la SMTEPJF, no fueron votadas por cuando menos 8 votos, por lo que no tienen carácter vinculante, contrariamente a lo señalado en las sentencias motivo del comentario.

46 El PAN señaló en su demanda: “Por cuanto a la restricción, consistente en que todos los funcionarios o empleados públicos deban separarse de sus cargos noventa días antes del día de la elección, hay que destacar que *ello tiene sustento en lo dispuesto por el artículo 134 de la Constitución Federal*, en el que se establece que todos los servidores públicos, sin importar el poder y orden jurídico al que pertenezcan, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos” (énfasis añadido).

47 Retoma en lo sustancial, si bien no se cita en la ejecutoria, lo sustentado en las acciones de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, así como en la acción de inconstitucionalidad 55/2009.

Si bien los requisitos de elegibilidad y las prohibiciones apuntadas del artículo 134 de la CPEUM convergen en el principio de neutralidad que debe observar el Estado (en todas sus manifestaciones) respecto de los competidores en unos comicios,⁴⁸ las normas que involucran a una y otras figuras parecen obedecer a una lógica distinta. Las prohibiciones del artículo 134 enfatizan el mandato contenido en el primer párrafo de este precepto, el cual ordena que, en todos los niveles de gobierno, los recursos públicos se administren con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez “para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”. Por el contrario, como destacó el Ministro Ortiz Mayagoitia,⁴⁹ las causas de inelegibilidad tienen más bien un carácter prudencial, por cuanto

están directamente destinadas a evitar que un candidato pueda prevalecerse de una posición de poder para favorecer su elección, bien porque desde la misma pueda ejercer presiones o influencia abusivas sobre el conjunto del electorado o una parte de él en beneficio de su candidatura y en perjuicio de restantes, bien porque pueda de cualquier forma romper la igualdad de oportunidades que debe existir entre las distintas candidaturas.⁵⁰

Para la adopción de la causa de inelegibilidad es necesario que exista una situación de notoriedad o preeminencia intensa y de cierta generalización por parte de un funcionario público, de tal suerte que se estime suficiente su sola postulación y concurrencia a los comicios para generar una situación de falta de oportunidades para el resto de candidatos. Las causas de inelegibilidad no tienen como finalidad –al menos no en forma directa o preponderante– hacer cumplir el mandato constitucional de que *todos* los servidores públicos apliquen con imparcialidad “los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos”.

48 Grimm, Dieter. “Los partidos políticos”, en Benda et. al., *Manual de Derecho constitucional*, trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP – Marcial Pons, 1996, p. 415.

49 En el voto concurrente formulado respecto de la sentencia de la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 32/2011.

50 Sánchez Muñoz, Óscar, *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, CEPC, 2007, p. 93.

Por el contrario, las causas de inelegibilidad buscan eliminar aquellos casos en los cuales pudiera estarse en presencia de una influencia abusiva (la derivada de una posición de poder), que redunde negativamente en la libertad del sufragio en “sentido objetivo”,⁵¹ esto es, con independencia de que se realicen o no conductas atentatorias de la libertad de elección y, por ende, de la igualdad de oportunidades. Así es posible también advertirlo cuando se revisan las causas de inelegibilidad contempladas en la CPEUM para las elecciones de Presidente, diputados o senadores al Congreso de la Unión, que en modo alguno excluyen de la posibilidad de participar, genéricamente, a los servidores públicos, ni siquiera a ciertos segmentos de éstos, sino que de manera particularizada indican, supuesto por supuesto, qué funcionarios públicos son inelegibles en caso de no separarse con la anticipación que para cada caso se prevé.⁵²

Esta última característica –la precisión en las normas constitucionales que contienen requisitos de elegibilidad en sentido estricto– parece jugar un papel importante en la sentencia de la SSTEPJF que a continuación se analizará.

IV. El criterio de la SSTEPJF

La sentencia dictada en el recurso de reconsideración SUP-REC-238/2012 marca una separación con la manera en la que tradicionalmente venían interpretándose las causales de inelegibilidad. En ese asunto la SSTEPJF confirmó la resolución dictada por la Sala Regional Xalapa del propio Tribunal (SXTEPJF), que inaplicó el artículo 15, fracción IV, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, aunque por razones diversas a las sostenidas por la mencionada Sala Regional.⁵³ Dicho artículo establece, en lo que interesa, que para ser diputado se requiere “[n]

51 *Idem*.

52 Véanse los artículos 55, fracciones IV a VI, 58 (que remite al 55) y 82, fracciones IV, V y VI de la CPEUM. En la misma lógica de individualizar las causas de inelegibilidad se encuentra el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (artículo 7).

53 La sentencia de la SXTEPJF es la correspondiente al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con la clave SUP-JDC-5476/2012, de 16 de octubre de 2012.

o ser [...] funcionario federal, a menos que permanezca legalmente separado definitivamente de su cargo desde sesenta días naturales antes del inicio del registro de candidatos de que se trate”.

Inicialmente, el Tribunal Electoral de Tabasco había declarado inelegible a un candidato que contendió siendo diputado federal,⁵⁴ pues concluyó que dicho cargo se encuentra comprendido dentro de la expresión “funcionario federal” empleada por el artículo 15 citado. El candidato perjudicado promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra la sentencia del tribunal estatal. En la demanda planteó que la “limitación impuesta en la Constitución del estado de Tabasco de ser funcionario federal debe de inaplicarse en su caso, toda vez que el cargo para el que fue electo es votado bajo el principio de representación proporcional, y no puede afectar al principio de equidad, al no efectuar campaña”.

La SXTEPJF declaró fundado el planteamiento y, por ende, inaplicó el artículo 15, fracción IV, de la Constitución estatal, por considerar que “esa disposición normativa no es armónica con los artículos 1 y 35 fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, al exigir la separación del cargo. En esencia, la Sala Regional consideró que, como los candidatos a cargos de representación proporcional no se presentan ante la ciudadanía para solicitar el voto a su favor, “la interpretación más favorable para el actor nos lleva a señalar que es indistinto, en el caso particular, si ocupa o no un cargo como funcionario federal, porque no se generaría un desequilibrio en la equidad de la contienda”.⁵⁵

La inaplicación condujo a la revocación de la sentencia del tribunal estatal y, por ende, a la confirmación de la constancia de asignación expedida. Contra la sentencia de la SXTEPJF, el Partido del Trabajo interpuso recurso de reconsideración ante la SSTEPJF y planteó, entre

54 Sentencia emitida el 29 de agosto de 2012, en el expediente TET-JI-50/2012-1 y su acumulado TET-JI-51/2012-1. La resolución se encuentra consultable en la página web del Tribunal Electoral de Tabasco: www.tet.gob.mx.

55 La lectura de las consideraciones de la SXTEPJF muestra que, más que tratarse de una inaplicación, el razonamiento se asemeja al de una interpretación conforme, que dejaría salvada la constitucionalidad del precepto en tanto se aplique con la connotación apuntada.

otros argumentos, el indebido análisis de constitucionalidad realizado a la fracción IV del artículo 15. Ello, tanto por considerar relevante una situación específica del caso –la candidatura de representación proporcional– como por estimar que la expresión “funcionarios federales” sólo comprende a aquellos con una particular jerarquía, manejo de recursos y grado de influencia.

En su sentencia, la SSTEPJF comienza por afirmar que “no acoge la totalidad de los razonamientos expresados por la Sala Regional responsable”. En específico, se aparta del criterio consistente en que los candidatos a cargos de representación proporcional no realicen campaña electoral,⁵⁶ por lo que anuncia la realización de un “estudio integral” de la regularidad constitucional del artículo 15, fracción IV, de la Constitución de Tabasco, a fin de atender el agravio, el cual será finalmente desestimado, al concluirse de cualquier forma que el diseño desarrollado en este precepto, introducía una restricción excesiva del derecho fundamental consagrado en el artículo 35, fracción II, de la CPEUM y 23, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como es usual en los asuntos que involucran restricciones a la prerrogativa ciudadana a ser votado,⁵⁷ la SSTEPJF recuerda que se está en presencia de un derecho fundamental de base constitucional y configuración legal, “en cuanto deben establecerse en la ley las calidades (circunstancias, condiciones, requisitos o términos) para su ejercicio por parte de los ciudadanos (artículo 35, fracción II), según se desprende de la interpretación gramatical de dicho precepto, así como de su interpretación sistemática y funcional con otras disposiciones constitucionales aplicables”. En la ejecutoria se

56 De hecho, el diferendo de opinión daría lugar a la denuncia de contradicción de criterios registrada con la clave SUP-CDC-7/2012, resuelta en sesión pública de 5 de diciembre de 2012, por mayoría de 6 votos, con el voto en contra del Magistrado Flavio Galván Rivera. En la resolución se fijó como criterio que debe prevalecer, con el carácter de jurisprudencia, el contenido en la tesis de rubro “CANDIDATOS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PUEDEN REALIZAR ACTOS DE CAMPAÑA EN PROCESOS ELECTORALES (LEGISLACIÓN FEDERAL Y SIMILARES)”.

57 La primera ocasión en que la SSTEPJF desarrolla, *in extenso*, su doctrina del derecho a ser votado como derecho fundamental de base constitucional y configuración legal es con motivo de la resolución del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con la clave SUP-JDC-37/2001, dictada el 25 de octubre de 2001. Véase la sentencia, los votos concurrente y aclaratorio, así como la versión estenográfica de la sesión pública en *El derecho a ser votado y las candidaturas independientes (caso Michoacán)*, TEPJF, México, 2002.

precisa que la libertad de configuración legislativa, encuentra límites en la razonabilidad de la medida y la proporcionalidad con el fin perseguido.

Para la SSTEPJF el empleo de la expresión “funcionario federal” para restringir un derecho fundamental se aparta de los principios de razonabilidad y proporcionalidad,

en la medida que no establece alguna precisión concreta para acotar la restricción de derechos fundamentales, puesto que al comprender en su contexto semántico a los funcionarios federales, no realiza alguna distinción que permita identificar cuáles de los funcionarios federales son los que quedan comprendidos en el ámbito de la prohibición o disposición restrictiva, generando una interpretación que no es acorde con la dimensión que debe corresponder a un derecho fundamental.

Lo anterior, como consecuencia de haber asumido –a diferencia de otros casos en el pasado⁵⁸– que con la connotación “funcionario federal”, en el orden jurídico nacional, “se hace referencia a toda persona que preste un servicio público a la Federación”.

Así, se razona en el fallo, el principio de razonabilidad implicaba que el legislador eligiera una descripción más concreta del ámbito de la restricción sin utilizar un término de tal amplitud, a efecto de precisar cuál es el “segmento de funcionarios federales que estarían en el supuesto de la norma”, pues de lo contrario “comprende a todos los estratos de un nivel de gobierno”, situación incompatible con

la idea de que tratándose de requisitos de elegibilidad de ciudadanos que ejercen la función pública de legisladores,

58 Véase, por ejemplo, la tesis LXVIII/98, de rubro: “ELEGIBILIDAD DE LOS CANDIDATOS A MIEMBROS DEL AYUNTAMIENTO. LOS CONCEPTOS DE ‘FUNCIONARIO’ Y ‘EMPLEADO’ PARA EFECTOS DE (LEGISLACIÓN DE MICHOACÁN)” (*Compilación 1997-2012. Jurisprudencia y tesis en materia electoral*, TEPJF, México, 2012, vol. 2, tomo I, p. 1081 y s.). En esta tesis se sustenta el criterio, a partir de un análisis funcional, de que el término “funcionario” se relaciona con las atinentes a decisión, titularidad, poder de mando, y representatividad, mientras que el de empleado está ligado a tareas de ejecución y subordinación, mas no de decisión y representación.

la normatividad atinente ha de imponer los mínimos requisitos en cuanto al acceso de un cargo público, a efecto de privilegiar el derecho fundamental a ser votado, así como el reconocimiento a la experiencia adquirida en el desarrollo de la tarea de legislar, de ahí que, a efecto de dotar de razonabilidad y objetividad a la exigencia legal sea dable que las disposiciones legislativas no establezcan restricciones excesivas o gravosas en cuanto a los requisitos para acceder a un cargo público en tanto que el establecimiento de condiciones o exigencias de esa índole, puede restringir de manera relevante al derecho fundamental a ser votado, consagrado tanto en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en el artículo 23, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en términos de lo dispuesto en el artículo 1º de la norma fundamental.

V. Reflexiones finales

¿Qué nos dicen estos criterios, en su conjunto, sobre el control de constitucionalidad de los requisitos de elegibilidad? Por una parte, el criterio de la SSTEPJF es de particular importancia, pues sus repercusiones van más allá del caso concreto en el que se emitió. En efecto, la consecuencia de concluir que la legislación de Tabasco es inconstitucional por la vaguedad con la cual está construido el enunciado normativo conduce, en los hechos, a excluir de ese supuesto normativo de inelegibilidad a todo funcionario federal,⁵⁹ que en el futuro podrá alegar a su favor el precedente, tanto en el estado de Tabasco como en cualquier otra legislación estatal que recurra a una expresión genérica similar, como es el caso del artículo 77, fracción V, de la Constitución de Morelos, analizado por la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 32/2011 desde otra perspectiva.

Asimismo, del criterio de la SSTEPJF se derivaría el deber, a cargo de los poderes legislativos federal, estatales y del Distrito Federal, de que

59 Salvo que el ciudadano de que se trate se ubique en otro supuesto normativo. Por ejemplo, véase el propio artículo 15, fracción III, de la Constitución de Tabasco.

los requisitos de elegibilidad o causas de inelegibilidad en sentido estricto se encuentren regulados con precisión y no a través de fórmulas demasiado genéricas, extremo que es más consecuente con el mandato de optimización de los derechos humanos incorporado a la CPEUM con la reforma del 10 de junio de 2011.

Por otra parte, en la acción de inconstitucionalidad 32/2011 – específicamente, en el estudio de la regularidad constitucional de los requisitos de elegibilidad a la luz del principio de igualdad entre ciudadanos que tengan la calidad de servidores públicos–, la SCJN ha aceptado que el legislador debe argumentar y razonar suficientemente la inclusión de ciertos funcionarios públicos que se encuentran impedidos de contender –en tanto continúen detentando la titularidad de su cargo– especialmente si hay otros empleos o funciones públicas de cualidades similares, a fin de resultar compatible con el test de proporcionalidad empleado por la SCJN, que siguió un escrutinio estricto. Desde esta perspectiva, los criterios de la SCJN y la SSTEPJF no se contraponen sino que, por el contrario, son complementarios, pues la conclusión de la SSTEPJF responde a esa exigencia de individualizar los altos cargos que, por sus particulares características, podrían quebrantar –sin que para ello deban realizarse actos concretos– la equidad en la contienda.

En este sentido, como lo sostuvo en sus sentencias la SMTEPJF, goza de un lugar preponderante el deber estatal de atenuar aquellas ventajas que pudieren producir desigualdades entre los contendientes de una elección; deber que, de ser necesario, habrá de traducirse en la intervención estatal al derecho fundamental de sufragio pasivo, mediante la imposición de límites o modalidades. Este deber específico se inserta dentro del más genérico que es la configuración de las reglas a las que habrá de sujetarse el proceso electoral, en el cual confluyen los derechos y prerrogativas de partidos políticos y ciudadanos, que para algunos autores supone una auténtica dimensión constitucional del proceso mismo.⁶⁰

60 Por ejemplo, Azpitarte Sánchez, Miguel, "La dimensión constitucional del procedimiento electoral", *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-12, 2º semestre 2002 - 1er semestre 2003, pp. 425-443.

Es precisamente esta atribución la que ejerce el legislador cuando regula las causas o requisitos de elegibilidad y, por lo mismo, debe contar con un peso específico al momento de definir el método para analizar la constitucionalidad, en abstracto, de normas que limiten el derecho a ser votado para garantizar la equidad en la contienda,⁶¹ como fue expresado en una disidencia al seno de la SCJN.⁶² En esta línea de pensamiento, el escrutinio a emplear para el juzgamiento de la corrección constitucional de normas que limiten el derecho de sufragio pasivo en aras de mantener la igualdad de oportunidades entre los contendientes debiera, en principio, partir del reconocimiento del alto grado de libertad de configuración con que cuenta el legislador, con la consecuente carga argumentativa y, en su caso, probatoria, para aquel que cuestione su falta de idoneidad con la Ley Fundamental.⁶³

61 Para apoyar esta afirmación resulta importante la tesis aislada CII/2010 de la Primera Sala de la SCJN, que lleva por rubro: "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO" (9ª época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXII, septiembre de 2010, pág. 185). A continuación se transcriben los apartados del texto de dicha tesis que, para los efectos del presente trabajo, resultan más relevantes: "la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez constitucional a ser especialmente exigente cuando deba determinar si ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado. La necesidad de distinguir la intensidad con la cual deben evaluarse las distinciones legislativas que se impugnen obedece al diseño y contenido mismo del texto constitucional: los principios democrático y de división de poderes, informadores de la estructura estatal, implican que los poderes públicos son titulares de un listado de facultades de creación normativa con distintos grados de libertad de configuración, cuyos contornos en cada caso concreto deben ser cuidadosamente explorados por el juez constitucional. De esta manera, mientras que en algunas cuestiones las autoridades tienen un margen relativamente acotado para desplegar sus facultades legislativas [...] en otras tendrán facultades que podrán desplegar con gran amplitud [...] Individualizar la relación, materia o ámbito sobre el cual se proyectan los reclamos de igualdad es, por tanto, necesario para determinar qué tan intenso o qué tan laxo debe ser el escrutinio que debe realizar esta Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la labor legislativa, y debe ser el primer paso del análisis constitucional en materia de igualdad [...] Esta operación interpretativa debe empezar por la atenta consideración del contenido del artículo 1o. de la Constitución Federal, que insta a ser especialmente exigente con el legislador en dos hipótesis básicas: a) cuando la norma legal analizada utiliza para la configuración de su contenido normativo los criterios clasificatorios allí enumerados y b) cuando la norma legal analizada tiene una proyección central sobre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Federal".

62 Voto de minoría que formulan los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y José Fernando Franco González Salas en la acción de inconstitucionalidad 74/2008, fallada por el Pleno de la Suprema Corte el 12 de enero de 2010. Publicado en el DOF el 20 de abril de 2010.

63 Podría hablarse en estos casos de la aplicabilidad de un "escrutinio débil", que suele asignarse en ámbitos normativos en los que el legislador "se mueve con mayor frecuencia y, por lo mismo, donde dispone de amplios márgenes de apreciación o de decisión, como en la economía". Reyes Martínez, Joel, "El juicio de igualdad. Una herramienta ausente en la argumentación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación", México, Tesis de maestría, Universidad Panamericana, 2011, p. 46.

Existen además razones para pensar que, *prima facie*, el legislador democrático se encuentra en mejores condiciones que el juez para determinar, conforme las particulares circunstancias de la entidad de que se trate, los cargos que están en posibilidad de incidir negativamente en la igualdad de oportunidades con que deben concurrir a los comicios los partidos, coaliciones y candidatos. En este contexto, los elementos que resulten relevantes para un estado en el sur del país pudieren no serlo para otro localizado en el norte o, incluso, en la misma región, pero con un contexto social, político y cultural distinto.

Por su parte, el control concreto de la constitucionalidad de las normas reguladoras de requisitos de elegibilidad en sentido estricto debiera enfocarse a un esquema similar al del control abstracto, es decir, a ponderar en el caso concreto la pertinencia de la medida restrictiva con la debida deferencia a la producción normativa del legislador, por las razones recién apuntadas, pero en modo alguno a realizar interpretaciones extensivas o a integrar jurisprudencialmente una norma prohibitiva por vía analógica, por lo siguiente.

Las intervenciones estatales en un derecho fundamental, por vía legislativa o de un acto administrativo, siempre suponen un hacer del Estado –o, dicho de otra forma, una conducta o acción que se define por sí misma–, razón por la cual, en caso de verificarse su inconstitucionalidad, la consecuencia consiste en la anulación del acto o la expulsión de la norma del ordenamiento (que equivale a la acción contraria de la conducta o actividad definida en sentido positivo). Por el contrario, como pone de relieve Grimm, la omisión estatal –que en la materia que tratamos sería la ausencia de previsiones que regulen los requisitos de elegibilidad en sentido estricto– se muestra como una conducta inespecífica:

Quando dicha omisión resulta inconstitucional, tampoco existe una actuación contraria constitucionalmente definida, sino sólo una multitud de opciones conforme la constitución. Por tanto, los derechos fundamentales como deberes positivos de actuación no determinan, por principio,

de forma jurídica fundamental la consecuencia jurídica de la inaplicación anticonstitucional de un deber de protección.⁶⁴

Ante este escenario, Grimm plantea dos soluciones posibles en su búsqueda por encontrar una fórmula que disminuya las pérdidas de certeza provocadas por la “explosión” de los alcances de los derechos fundamentales como deberes de protección. La primera consistiría en que la sentencia que constatará la inconstitucionalidad de la omisión reconociera la existencia del deber estatal de actuación y dejara al legislador el modo en que debe cumplirlo. Sin embargo –repone quien fuera Magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán– habría en esta solución “una reducción precipitada del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales”,⁶⁵ dado que éstos no se encuentran vacíos de contenido. En la segunda salida, Grimm plantea que los jueces limiten su actuación a la definición del contenido mínimo de los derechos fundamentales en su vertiente objetiva, lo que podría lograrse, añade, encontrando la prestación o disposición estatal cuya falta tornaría el derecho fundamental de que se trate enteramente “indigente” para su titular:

La Ley, al positivizar directamente dicho mínimo indispensable, actúa de modo no constitutivo, sino declarativo. De lo que se sigue que, en caso de omisión del legislador, la administración o los tribunales de justicia han de conceder directamente el mínimo de los derechos fundamentales. Ciertamente están, además, limitados de modo estricto a ese mínimo; la justificación de pretensiones que lo excedan corresponde sólo al legislador.⁶⁶

En este contexto, sólo podría pensarse en la posibilidad de que un tribunal reconozca el incumplimiento del legislador por la falta de previsión de requisitos de elegibilidad en sentido estricto, ante la inexistencia total de éstos en la Constitución (federal o local) y en la legislación electoral aplicable, mas no por la ausencia de regulación

64 Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. esp. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006, p. 171.

65 *Idem.*

66 *Ibidem*, p. 172.

de un caso o supuesto específico. Si así se hiciera por parte de algún tribunal –salvo en el caso de situaciones que atenten contra la práctica constitucional y política constantes y que, por inverosímiles, repugnen la idea misma de ser ordinariamente previstas–⁶⁷ se estarían invadiendo facultades que constitucionalmente competen a otra rama o poder del Estado. Además, en la práctica se estaría concretizando una norma (fundamental) en pleno proceso electoral, en contravención del espíritu del artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la CPEUM.⁶⁸

Debemos estar conscientes que, como lo recordara el juez Holmes, la vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia.⁶⁹ Sin embargo, esto no significa abdicar en la búsqueda de fórmulas que procuren la certeza o previsibilidad de las relaciones jurídicas, pues se trata de una de las finalidades más importantes de todo ordenamiento jurídico. Si se acepta que las normas constitucionales, especialmente las relativas a derechos fundamentales, revisten las formas de principios o, empleando las palabras de Alexy, que son mandatos de optimización que no tienen un contenido unívoco; que la forma metodológicamente adecuada para enfrentar la interpretación y aplicación de tales normas es a través del test de proporcionalidad;⁷⁰ y que la utilización de éste no conlleva una única solución a los problemas o conflictos

67 Piénsese, por ejemplo, en que el Presidente de la República en funciones solicite y obtenga su registro como candidato a una diputación o senaduría. En sentido estricto, este supuesto no se encuentra regulado por el artículo 55 de la CPEUM como impedimento para poder contender y ser electo válidamente.

68 Que establece: “Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales”.

69 Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Nueva York, Barnes & Noble, 2004, p. 1. La obra fue publicada originalmente, en 1881, por Little, Brown and Company, Boston.

70 La enorme influencia del principio de proporcionalidad en las últimas décadas no le ha hecho inmune a las críticas sobre su uso y abuso. Por ejemplo, se ha sostenido, con argumentos atractivos, que los resultados obtenidos en famosas sentencias relacionadas con la aplicación de los derechos fundamentales podrían alcanzarse de igual forma –e incluso con mejor argumentación– mediante el ejercicio de la subsunción. Véase: García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en Alexy, Robert et. al., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 249-331. Lo que se halla en el fondo de la discusión, como advierte De Asís Roig, es que el principio de proporcionalidad se construye fundamentalmente en el ámbito de la elaboración de las normas y que “señala [...] la necesidad de tener en cuenta varios criterios interpretativos (como por ejemplo, y de forma directa, el sistemático, teleológico y el sociológico) en los problemas que cada uno de ellos posee en el ámbito de la interpretación constitucional, y que derivan en general de la relativa indeterminación de las normas constitucionales”. De Asís Roig, Rafael, “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio y Ramiro Avilés, Miguel Ángel (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” – Universidad Carlos III de Madrid – Marcial Pons, 2004, p. 293.

normativos que se presentan,⁷¹ entonces una de las tareas apremiantes de la jurisdicción electoral –dada la particular importancia que en la materia tiene el principio de certeza– radica precisamente en definir la manera en que deben efectuarse los juicios de corrección respecto de la interpretación, concreción o actualización de las normas constitucionales previamente realizada por las instancias estatales que cuentan con una legitimidad democrática en su origen.⁷²

La estabilidad a largo plazo del modelo constitucional depende, en buena medida, del reconocimiento de los espacios de definición que a cada uno de los poderes corresponde. No se trata de una tarea sencilla, por supuesto, la de reconocer que la defensa de los derechos no es una tarea reservada para unos cuantos, sino que, por el contrario, corresponde a todos, empezando por los propios ciudadanos.

Lo importante, en síntesis, es evitar los peligros de lo que Carlos de Cabo ha denominado “hiperconstitucionalización”, esto es

el entendimiento tanto de que en la Constitución debe buscarse la solución de todos los problemas como de que la Constitución extiende su aplicación directa a todos los ámbitos, lo que (aparte de la subversión técnica del sistema de fuentes que puede implicar) conduce a estimar que todo está ya decidido [...] y, por tanto, se excluyen o reducen considerablemente las posibilidades del principio democrático y de una ciudadanía activa.⁷³

71 De hecho, puede plantearse el escenario de que la pluralidad de agentes u operadores jurídicos desarrolle distintos tipos de ponderación, según las reglas de legitimación al amparo de las cuales opere. Véase: Ortega, Luis, “La ponderación en el marco del pluralismo”, en Ortega, Luis y de la Sierra, Susana (coords.), *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 9-18.

72 De Otto plantea la cuestión a partir del tipo de argumentos que a cada instancia corresponde emplear en su toma de decisiones: “Lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable racionalmente a partir de los fines que persigue y, en consecuencia, la opción por una u otra alternativa se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los actos: se hace esto y no lo otro para producir unas consecuencias y evitar otras y alcanzar así el fin que se invoca como fundamento del acto. La decisión en la que se aplica derecho, y en concreto la decisión jurisdiccional, se basa en un modelo argumentativo distinto. La decisión sólo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en premisas que a su vez gocen de aceptación, y eso significa que es preciso poner a un lado tanto las opiniones puramente profesionales del juzgador como las particularidades extrajurídicas del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo”. De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987 (reimpresión 2001), p. 289.

73 De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de la ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 13. El mismo fenómeno de

VI. Bibliografía

Aleinikoff, Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, abril 1987, pp. 943-1005. (Existe versión castellana: *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. esp. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, Palestra, 2010).

Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, trad. ing. de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002. (Existe versión castellana: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007.)

_____. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", trad. esp. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, pp. 13-64.

_____. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, IIJ-UNAM, 2006, pp. 1-18.

Alexy, Robert y Dreier, Ralf. "Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany", en MacCormick, D. Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth - Ashgate, 1991, pp. 73-122.

Alonso García, Enrique. *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984.

Aragón Reyes, Manuel. "La justicia constitucional en el siglo XX: Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI", en AA. VV., *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM - IIJ, 1998, pp. 163-203.

_____. "Derecho electoral: Sufragio activo y pasivo", en Nohlen,

hipertrofia, pero desde la perspectiva de las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales, lo denuncia Böckenförde, quien acude a un trabajo de Bettermann titulado "Hypertrophie der Grundrechte". Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Diritti fondamentali...*, op. cit., p. 210.

Dieter et. al. (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2ª ed., México, IIDH - Universidad de Heidelberg - International IDEA - TEPJF - IFE - FCE, 2007, pp. 178-197.

Azpitarte Sánchez, Miguel. "La dimensión constitucional del procedimiento electoral", *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-12, 2º semestre 2002 - 1er semestre 2003, pp. 425-443.

Barnes, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 495-535.

Bayón, Juan Carlos. "Algunos comentarios sobre «El papel del poder judicial en la transición a la democracia»", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 65-71.

Bernal Pulido, Carlos. "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 255-283.

_____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. "Los métodos de la interpretación constitucional", en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. esp. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

_____. "Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali", en *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, trad. it. de Omar Brino y otros, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 209-262.

Brage Camazano, Joaquín. "Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn", en Smend, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho*

fundamental sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, México, IIJ-UNAM, 2005, pp. XI-LX.

_____. “La doctrina de Smend como parte de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 95-123.

Chemersinsky, Erwin. *Constitutional Law*, 3ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2009.

Córdova Vianello, Lorenzo. *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, FCE – IIJ-UNAM, 2009.

Dabin, J. *El derecho subjetivo*, trad. esp. de Francisco Javier Osset, Granada, Comares, 2006.

De Asís Roig, Rafael. “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio y Ramiro Avilés, Miguel Ángel (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” – Universidad Carlos III de Madrid – Marcial Pons, 2004, pp. 285-302.

De Cabo Martín, Carlos. *Sobre el concepto de la ley*, Madrid, Trotta, 2000.

De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987 (reimpresión 2001).

Díaz Revorio, Francisco Javier. *La “Constitución Abierta” y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004.

Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Thomson – Civitas, 2005.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, TEPJF, 2006.

Falcón y Tella, María José. *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Civitas, 1991.

Fernández Rodríguez, José Julio. *La justicia constitucional europea en el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002.

Fromont, Michel. “Los cambios de jurisprudencia en la Corte Constitucional Federal de Alemania”, en AA. VV., *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho*, Madrid, European Research Center for Comparative Law - Dykinson, 2012, pp. 180-196.

García Amado, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en Alexy, Robert et. al., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 249-331.

García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, *Jueces para la Democracia*, núm. 454, noviembre de 2002, pp. 45-52.

Gavara de Cara, Juan Carlos. *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005.

Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, FCE, 2002.

Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

González Pascual, Maribel. *El Tribunal Constitucional alemán en la*

construcción del espacio europeo de los derechos, Cizur Menor, Civitas - Thomson Reuters, 2010.

González Rivas, Juan José. *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.

Grimm, Dieter. "Los partidos políticos", en Benda *et. al.*, *Manual de Derecho constitucional*, trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996, pp. 389-444.

_____. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. esp. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006.

_____. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, primavera de 2007, pp. 383-397.

Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología en la interpretación constitucional*, trad. esp. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2007.

Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

_____. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. esp. de Jürgen Saligmann y César Landa, Granada, Comares, 2003.

_____. "El tribunal Constitucional como poder político", en Hesse Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, México, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 91-123.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2010.

Hasen, Richard L. *The Voting Wars. From Florida 2000 to the Next Election Meltdown*, New Haven & London, Yale University Press, 2012.

Hesse, Konrad. "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid, CEC, 1992, pp. 31-54.

_____. "Los límites funcionales de la justicia constitucional", en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid, CEC, 1992, pp. 177-188.

_____. "Significado de los derechos fundamentales". en Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996, pp. 83-115.

Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*, Nueva York, Barnes & Noble, 2004.

Jackson, Donald W. y Tate, C. Neal. *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Wesport, Greenwood Press, 1992.

Jellinek, Giorgio. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. italiana a la 2ª ed. alemana de Gaetano Vitagliano, Milano, Società Editrice Libreria, 1912.

Kohl, Horst (ed.). *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck*, Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1892.

Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. esp. de la 4ª ed. alemana por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.

Lösing, Norbert. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, trad. esp. de Marcela Piazola Gil, Madrid, Konrad Adenauer Stiftung - Dykinson, 2002.

Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional (Aproximación al*

estudio del sentir constitucional como modo de integración política, Madrid, Reus, 1985.

Menzel, Jörg (comp.). *Verfassungsrechtsprechung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

Ortega, Luis. "La ponderación en el marco del pluralismo", en Ortega, Luis y de la Sierra, Susana (coords.), *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 9-18.

Pace, Alessandro. *Problemática delle libertà costituzionali. Parte generale*, 2ª ed., Pavoda, CEDAM, 1990 (reimpresión 2001).

Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

Piccatto Rodríguez, Antonio Octavio. "El sufragio pasivo", en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Derecho Electoral*, Facultad de Derecho, México, UNAM, Porrúa, 2006, pp. 83-104.

Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho constitucional*, trad. esp. de Javier Jiménez Campo, Madrid, CEC, 1984.

Prieto Sanchís, Luis. "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional", en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, 1998, pp. 5-45.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

_____. *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005.

Queiroz, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

Reyes Martínez, Joel. "El juicio de igualdad. Una herramienta ausente en la argumentación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

Federación", Tesis de maestría, México, Universidad Panamericana, 2011.

Rousseau, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*, trad. esp. de Isabel Ortiz Pica, Madrid, CEPC, 2002.

Rubio Llorente, Francisco. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Madrid, CEC, 1997, pp. 605-632.

Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE - IJ-UNAM, 2006

Salguero, Manuel. *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

Sánchez Gil, Rubén. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana", en Carbonell, Miguel y Grandéz Castro, Pedro P. (eds.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, pp. 217-256.

Sánchez Muñoz, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, CEPC, 2007.

Schneider, Hans Peter. "El tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, pp. 103-106.

_____. "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", en *Democracia y Constitución*, trad. esp. de Angela Collado y otros, Madrid, CEC, 1991, pp. 195-222.

Schwabe, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. esp. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando. *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.

Smend, Rudolf. *Derecho constitucional y Constitución*, trad. esp. de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985.

Starck, Christian. *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011.

Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. esp. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1987.

Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, 2008, pp. 73-165.

TEPJF. *El derecho a ser votado y las candidaturas independientes (caso Michoacán)*, México, TEPJF, 2002.

Viera de Andrade, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.

Villacorta Mancebo, Luis. "Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, octubre-diciembre 2005, pp. 35-75.

Villaseñor Goyzuela, Claudia Alejandra. *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa – ELD – Universidad Complutense de Madrid, 2011.

Zavala Arredondo, Marco Antonio. "Comentario al Artículo 55", en AA. VV., *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados – SCJN – Senado de la República – IFE – TEPJF – Miguel Ángel Porrúa, 2012, tomo III, pp. 687-745.

A manera de conclusión

XIII. Reflexiones en torno a la cultura de la legalidad en materia electoral. El caso del Tribunal Electoral de Michoacán

*María de Jesús García Ramírez**
(Magda. Presidenta del TEEM)

SUMARIO. Introducción; 1.1. Democracia y Cultura Democrática; 1.2. Cultura de la Legalidad; 1.3. Cultura de la Legalidad en el ámbito electoral; 1.4. La experiencia de las Jornadas Académicas; 1.5. Algunas premisas para la reflexión; Recursos de Consulta.

I. Introducción

El fortalecimiento del Estado de Derecho contemporáneo depende de un cúmulo de factores y elementos que imbricados entre sí, dotan de eficacia a la democracia y aseguran un nivel mínimo de vida digna a la sociedad. Entre dichos elementos, se requiere imprescindiblemente de un ordenamiento jurídico racional y articulado, así como de instituciones y autoridades que lo apliquen y garanticen efectivamente. Pero además, para el completo funcionamiento del Estado de Derecho es necesario que exista una cultura de la legalidad que permita su eficaz recepción y observancia, con lo cual se propicia correlativamente la vigencia del pretendido Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Por ello, las presentes reflexiones toman como punto de partida el derecho que tiene la colectividad, de vivir y desarrollarse en un Estado Democrático de Derecho, pero a la vez, el deber que igualmente le asiste de contribuir a su fortalecimiento, lo cual es consecuencia de una democracia sustancial, participativa e inclusiva que no depende sólo de la labor del gobierno y de las autoridades, sino también trascendentalmente de la participación de la ciudadanía. De ahí que en la Carta Democrática Interamericana se afirme que el ejercicio efectivo de la democracia participativa es la base del Estado de Derecho, al señalar que: *“la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de*

* Magistrada Presidenta del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.

la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”.¹

De esta forma, la participación social en los asuntos públicos se representa en una relación proporcional al nivel de conocimiento e información que posee dicha colectividad, esto es, en la medida en que se tiene derecho a estar informada, correlativamente las autoridades e instituciones públicas tienen el deber de informar, difundir y capacitar en temas de relevancia pública, del funcionamiento del Estado, de los valores democráticos, así como de los derechos y libertades fundamentales, con lo cual, entre otros aspectos, se fomenta una cultura democrática y de la legalidad que fortalecerá al Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

De acuerdo a Gerardo Laveaga, esa relación proporcional entre el conocimiento que tiene la sociedad y la difusión que realiza el Estado, conforma la cultura de la legalidad, que define como *“el conocimiento que un pueblo tiene de su derecho, así como los esfuerzos que hacen grupos y facciones –principalmente el gobierno– para difundir o no difundir tal conocimiento, las variables del proceso mediante el que un pueblo acata las normas que lo rigen, los efectos concretos que este ejercicio tiene en la sociedad civil y los límites a los que se circunscribe”*.²

Como se puede ver, estamos frente a un tema que no es menor, y que sin duda constituye una de las bases fundamentales en la vida democrática de cualquier sociedad, por lo que la relevancia de abordar estas reflexiones y traerlas al terreno electoral, radica en el hecho de que, si bien la labor jurisdiccional de los Tribunales Electorales es relevante en el Estado mexicano, puesto que al resolver las controversias en la materia contribuyen a dar certeza y transparencia en el funcionamiento de la democracia formal, también lo es que otra de las funciones que sistemáticamente se les ha conferido a dichos órganos es la difusión y capacitación jurídico-electoral, lo que abona

1 Carta Democrática Interamericana, Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 11 de septiembre 2001.

2 Laveaga, Gerardo, *La Cultura de la Legalidad*, 2ª. ed., Serie Doctrina Jurídica, Núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006, pp. 19-20.

a una cultura democrática y de la legalidad entre la ciudadanía, al tiempo que contribuye a la eficacia de la democracia sustancial.

En el caso del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán (TEEM) la Constitución local es clara al disponer: *“El Tribunal Electoral cubrirá en su desempeño, además de lo que determine la Ley, las actividades relativas al fomento de la cultura de la legalidad en materia de justicia electoral y participación ciudadana, consistentes en tareas de capacitación, investigación y difusión”*.

Es por eso que en el presente trabajo se aborda someramente la dimensión política-institucional, en relación con la dimensión cultural de los Tribunales Electorales, particularmente del TEEM, destacando su importancia en el fomento, divulgación y formación de una cultura de la legalidad a partir de una experiencia exitosa como lo han sido las Jornadas Académicas.

Y es que cada día nos damos cuenta de que, en términos de calidad democrática, los procesos electorales, *per se*, no son suficientes para garantizar un estándar adecuado como un “sistema de vida”, sino que aunado a ello se requiere, entre otros aspectos, el respeto irrestricto de los derechos humanos, así como la participación efectiva de la sociedad en los asuntos del Estado, por lo que en esa misma proporción resulta trascendental la formación y fortalecimiento de una cultura de la legalidad desde el ámbito electoral. Se trata pues, al final de la jornada, de propiciar un debate abierto y deliberante en torno, no solamente de una atribución constitucional del TEEM, sino de un elemento central de nuestra vida democrática, y más aún, de la preservación de nuestro propio régimen democrático.

Por todo lo anterior, en este pequeño espacio se pretende, primero construir una breve base teórica sobre cultura democrática y cultura de la legalidad, que ayude a dimensionar el tema que abordamos, y segundo, a reseñar someramente la experiencia del TEEM a través de sus Jornadas Académicas, para terminar con algunas reflexiones generales.

II. Democracia y Cultura Democrática

Al ser un factor de cohesión social, la cultura está estrechamente ligada con la democracia. Tan es así que en el ámbito internacional las Naciones han declarado *“la necesidad de consolidar, en el contexto de la identidad cultural... estructuras y sistemas democráticos que alienten la libertad y la justicia social, salvaguarden los derechos humanos y favorezcan el progreso”*.³ Asimismo han establecido que *“se trata, sobre todo, de abrir nuevos cauces a la democracia por la vía de la igualdad de oportunidades en los campos de la educación y de la cultura”*.⁴ Por tanto, válidamente puede afirmarse que de ambos elementos –cultura y democracia– depende la cultura democrática y de la legalidad que debe imperar en un Estado.

En su sentido más amplio, la cultura se considera como *“el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”*.⁵

La cultura pues, entendida como un concepto que está referido a valores, convoca a la sociedad a vivir bajo ciertas pautas de comportamiento que suponen una interacción que permite conformar una sociedad plural y abierta, que propicia actitudes de tolerancia, respeto, participación, apego a la legalidad, entre otras. Por ello, es claro que una cultura de la legalidad garantiza en buena parte un desarrollo pleno de la democracia y de los fines que ella persigue.

De esta forma, en el sistema constitucional mexicano se concibe a la democracia como una institución, al ser pensada como una estructura jurídica y régimen político, pero también como una forma de cultura,

3 Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo. Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y Jefes de Delegación de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. Nicaragua, 1993.

4 Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, México, 26 julio-6 agosto 1982.

5 *Idem*.

al asumirse como un sistema de vida fundado en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

En ese sentido, se puede afirmar con un buen grado de certeza, que la cultura democrática es condición esencial para la eficacia del propio régimen, en la medida que participa en la consolidación de un capital social que fortalece la confianza institucional y la legitimidad democrática, pero que a su vez, constituye un factor de desarrollo social y económico.

Además, la cultura democrática traducida en valores cívicos desde hace tiempo se asocia a los propios procesos democratizadores o de redemocratización, más allá de las prácticas cívicas tradicionales. En esta línea de reflexión, la Carta Democrática Interamericana considera que *“la educación es un medio eficaz para fomentar la conciencia de los ciudadanos con respecto a sus propios países y, de esa forma, lograr una participación significativa en el proceso de toma de decisiones, y reafirmando la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido”*.⁶

Otro aspecto subyacente, que dimensiona la trascendencia de la cultura política y democrática es el reconocimiento de su papel en la reconstitución de los tejidos sociales, particularmente dentro de las transiciones democráticas.⁷

Así pues, la cultura democrática se define y a la vez se traduce en la incidencia de la sociedad en los asuntos públicos, no sólo en la emisión del voto para elegir a sus gobernantes, sino en la constante participación a través de los mecanismos de democracia establecidos por el ordenamiento jurídico, en el conocimiento e interés de los asuntos públicos, en la aportación a una cultura cívica y democrática que transmita valores sociales y democráticos, en la precepción e imagen que dicha sociedad tiene del derecho, de sus instituciones y de sí misma.

6 Carta Democrática Interamericana, Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 11 de septiembre 2001.

7 Cfr. Cajas Castro, Juan, *Educación para la Democracia: algunas campañas y experiencias de educación cívica en América Latina*, Instituto Federal Electoral, México, 2000.

“La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.⁸

Ahora bien, sobre la base de este contexto teórico, la reflexión obligada apunta a la percepción que como sociedad tenemos sobre nuestra democracia, por lo que existen diversas muestras estadísticas que vale la pena recuperar, y en las que se destaca que los mexicanos consideramos a la democracia como un sistema benéfico para el desarrollo; sin embargo, también se advierte que en ella existen muchas deficiencias que se deben subsanar. De esta manera, de acuerdo a la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP)⁹ de 2012, un 67% de los mexicanos encuestados considera que sí vive en una democracia (*de este porcentaje un 33% considera que sí, pero en parte*), en tanto que un 31% considera que México no vive en una democracia.

En cuanto a la satisfacción con la democracia, dicha encuesta señala que mientras un 6% está muy satisfecho y un 24% está satisfecho; un 34% está poco satisfecho, y un 17% está nada satisfecho (*más un 18% que se manifiesta como ni satisfecho, ni insatisfecho*). En el mismo indicador, “satisfacción con la democracia”, la Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional, Legalidad, legitimidad de las Instituciones y rediseño del Estado¹⁰ de 2011, señala que de los votantes sólo un 12% se encuentra muy satisfecho y un 33% satisfecho, en tanto que un 37% se manifiesta como poco satisfecho y un 16% como nada satisfecho (*más un 2% que no sabe o no contestó*).

En el Estudio Nacional Electoral de México¹¹ (ENEM) de 2012, sólo un

8 Carta Democrática Interamericana, Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 11 de septiembre 2001.

9 Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP) 2012, consultable en <http://encup.gob.mx/>.

10 Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Legalidad, legitimidad de las Instituciones y rediseño del Estado, 2011, Consultable en <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>.

11 Estudio Nacional Electoral de México (ENEM) 2012. Realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

3% está muy satisfecho y un 24.1% está satisfecho, en contraste con un 41.3% que está poco satisfecho y un 29% que está nada satisfecho.

Aunado a ello, las estadísticas de Latinobarómetro¹² 2011, señalan que México es uno de los países menos satisfechos con su democracia, ubicando un 23% como porcentaje de satisfacción.

De la misma forma, es claro que aún en la actualidad existe cierta desconfianza de la sociedad hacia las autoridades e instituciones públicas¹³, percepción ciudadana de falta de representatividad, distanciamiento de lo público, desafección política, insatisfacción con el cumplimiento y respeto de los derechos humanos, así como la creencia de que las leyes se elaboran para favorecer solamente a unos cuantos, tan solo por citar algunas evidencias. Desde luego, esta insatisfacción democrática de la ciudadanía se ha traducido en una débil cultura participativa.

Lo anterior permite inferir válidamente, y al margen de prominentes estudios, que algo no está funcionando acertadamente. Ciertamente es que ello deriva de un cúmulo de factores y que para solucionarlo se requieren esfuerzos y respuestas multidisciplinarias, pues incluso ya desde la importante reforma electoral de 1977 se precisó:

“No está en la naturaleza de la Ley el transformar por sí misma la realidad política; las prescripciones jurídicas se limitan a normar la acción humana y a encauzarla. Es, en todo caso, la práctica la que consolida y hace avanzar a la sociedad. Por ello, ciudadanos, agrupaciones, partidos, opinión pública y gobierno, unidos por la norma, somos responsables del progreso democrático de la nación”.¹⁴

Sin embargo, en lo que interesa, una de las soluciones se afianza desde los Tribunales Electorales de las entidades federativas, principalmente en razón de que, como es sabido, en la actualidad tales instituciones

12 Informe Latinobarómetro 2011, consultable en <http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp>.
13 De acuerdo a la ENCUP, 2012, un 73% de los entrevistados cree que los gobernantes cumplen poco con la ley, en tanto que sólo un 9% cree que se cumple mucho.
14 Exposición de motivos de fecha 7 de diciembre de 1977.

constituyen un factor de estabilidad del sistema político mexicano, por lo que, tanto en el proceso de transición, como ahora en el de consolidación, su contribución ha sido fundamental. De igual manera, su trascendencia e impacto en la conformación de la cultura democrática y de la legalidad, coadyuvan en el fortalecimiento del Estado.

III. Cultura de la Legalidad

La cultura de la legalidad, como una vertiente de la cultura democrática está estrechamente identificada con la concepción y observancia que la sociedad tiene del derecho y de sus instituciones, de las normas jurídicas y de su aplicación. Y a la vez, *“sirve como criterio para evaluar el grado de respeto y apego a las normas vigentes por parte de sus aplicadores y destinatarios”*.¹⁵

La cultura de la legalidad es por tanto, el respeto a la ley, pero no como una consecuencia mecánica coercitiva, sino que *“exige una educación democrática responsable y consistente que conduzca a los ciudadanos a asumir las leyes como algo propio”*¹⁶ y a razonarlas como algo necesario en un Estado democrático. Con ello se fomenta una verdadera ciudadanía y conlleva a la conformación de una conciencia cívica, social y jurídica.

Por tanto, la existencia de la cultura de la legalidad no depende sólo de la voluntad de las personas que integran una sociedad, sino que es el resultado conjunto del funcionamiento y eficacia del Estado. Esto es así, porque *“la legalidad implica confianza ciudadana en que las decisiones de los poderes públicos están ajustadas a principios de imparcialidad y orientadas a la defensa de los derechos fundamentales”*.¹⁷

En este sentido, se muestra que la cultura de la legalidad es un producto de la coherencia y respeto del derecho por parte del gobierno y de

15 Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia y Cultura de la Legalidad*, Instituto Federal Electoral, México, 2006, p. 26.
16 Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, 2ª ed., Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Núm.12, Instituto Federal Electoral, México, 2001, p.57.
17 *Ibidem*, p. 56.

sus autoridades e instituciones, al realizar debidamente la función que les corresponde, y con ello generar confianza en la ciudadanía, así como de su labor de educación, formación y difusión de valores cívicos y democráticos en la sociedad. También es resultado de ésta al ser sus integrantes receptores efectivos de dicha educación cívica y democrática, y traducirla en prácticas ciudadanas comprometidas con el desarrollo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, entre ellas, el derecho y deber de exigir a las autoridades el cabal cumplimiento de la ley.

No se habla por tanto, sólo del apego a la ley como tal, ni de su conocimiento pleno, sino que va mucho más allá en un contexto de formación ciudadana; esto es, se trata de conocer, pero a partir de ello asumir compromisos y plantear niveles de exigencia que posibiliten su cumplimiento a través de los mecanismos de tutela con que se cuenta. En otras palabras, además de abonar a la convivencia armónica de una sociedad con el cumplimiento de las normas, en esa misma medida se trata de garantizar por los medios institucionales el respeto a los derechos humanos, y con ello, a la propia dignidad de las personas y de los pueblos. No es pues, un asunto menor. Al final del camino, la legalidad por sí misma es uno de los componentes fundamentales en cualquier sociedad democrática.

Más aún, autores como José Antonio Crespo, dan cuenta de algunas reflexiones sociológicas que, con escepticismo en algún momento de nuestra transición democrática, se cuestionaron hasta dónde existían condiciones culturales para la incorporación de un régimen democrático en México a partir del apego a la legalidad de gobernantes y gobernados, y sobre la base de fenómenos como la corrupción, la subcultura del fraude en general, entre otros, concluye que si bien nuestra tradición cultural tiene un peso importante, el papel de las instituciones pueden generar cambios sustanciales en el comportamiento de gobernantes y gobernados, y su apego a las estructuras jurídicas.¹⁸

18 Cfr. Crespo, José Antonio, "Hacia una Cultura de la Legalidad", en *Nueva Antropología*, volumen XI, No. 38, México, 1990, pp. 121-129.

Frente a este pensamiento, resulta interesante la reflexión de Gerardo Laveaga cuando precisa que para la subsistencia del propio Estado, resulta importante que los *"cuadros dominantes generen las condiciones para convertir los valores políticos en valores jurídicos"*,¹⁹ por tanto, continua Laveaga, debe existir una cultura política que permita fomentar la identidad de la sociedad, pero también se deben esmerar para que *"esa cultura política esté respaldada por una cultura de la legalidad"*.

Ahora bien, para que la cultura de la legalidad cumpla con sus objetivos, resulta necesario que el Estado como tal, satisfaga tres condiciones importantes:²⁰

1. Que el derecho sea producto del consenso.
2. Que la ley se aplique de forma equitativa.
3. Que el derecho sea accesible para el mayor número de personas, y que existan los dispositivos jurídicos para hacer valer los derechos que el gobierno se ha comprometido a garantizar.

Con base en estas condiciones, seguramente nadie podría cuestionar las bondades de regímenes eficientemente democráticos en donde, con grados de cultura política importante, exista a partir del consenso, un apego incondicional a la norma jurídica, lo cual a su vez, pueda traducirse en satisfactores sociales, culturales y económicos producidos a partir de la estabilidad y gobernabilidad que se propicia a través de la asimilación de valores democráticos, en particular, el respeto a la ley, su cumplimiento y reconocimiento como verdadera regla de convivencia social.

IV. Cultura de la Legalidad en el ámbito electoral

Dicho lo anterior, llevemos el fundamental tema de la cultura de la legalidad al terreno electoral, y así, una de las definiciones que encontramos sobre cultura de la legalidad electoral señala que es

18 Laveaga, Gerardo, *La Cultura de la Legalidad*, op. cit., p. 51.
Ibidem, pp. 65-66.

*“el conocimiento y apego al conjunto de normas que rigen el proceso clave del orden democrático: las elecciones; garantizando que las mismas se desarrollen en un clima de libertad, pluralidad, legalidad y transparencia”.*²¹

Así, puede afirmarse que precisamente la presencia de una incipiente cultura de la legalidad fue suficiente, en su momento, para constituirse en un factor fundamental para el proceso de transición democrática, y que incluso junto con los cambios políticos deben analizarse los jurídicos, de tal suerte que se habla de una transición jurídica en relación directa con la democrática.

Lo anterior es significativo en la medida que, desde el punto de vista de Héctor Fix Zamudio y Sergio López Ayllón,²² las transiciones jurídicas pueden ser analizadas a partir de las siguientes dimensiones: una sistemática, una del capital técnico y humano, una cultural y por último, una dimensión política institucional.

La importancia de estas dimensiones, estriba principalmente en el hecho de que sugieren elementos importantes para el análisis, no sólo del proceso de transición en sí mismo, sino de manera particular sobre las circunstancias que gravitan en torno a la cultura de la legalidad en general, pero en el caso nuestro en la materia electoral en particular.

En efecto, viéndolo en perspectiva se podría decir que desde la dimensión sistemática es posible emprender el análisis sobre el papel del derecho electoral en el proceso de consolidación democrática y en donde las experiencias vividas en los últimos años pueden resultar más positivas que negativas.

Asimismo, respecto de la dimensión del capital técnico y humano, consistente en el grado de preparación de una sociedad para realizar

21 Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Cultura Democrática y Cultura de Justicia Electoral. Manual del Participante*. Centro de Capacitación judicial Electoral. México, 2011, p. 43.

22 Cfr. Fix-Fierro, Héctor, López-Ayllón, Sergio, “Cambio Jurídico y Autonomía del Derecho. Un modelo de la transición jurídica en México” en Serna de la Garza, José Ma., Caballero Juárez, José Antonio (editores), *Estado de Derecho y Transición Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 95, México, 2002, pp. 95-137.

y absorber los cambios jurídicos, se podría pensar que, en principio y en lo general, se asume de mejor manera la institucionalización de los procesos democráticos, por lo que se lograrían adoptar cambios favorables.

Sobre la dimensión cultural, o lo que es lo mismo, en relación con las opiniones, valores, expectativas y actitudes de individuos y grupos hacia el derecho y las instituciones jurídicas, todo indica que también hay un progreso importante, aún y cuando existen aspectos que deben ser fortalecidos.

Por último, en cuanto a la dimensión política-institucional; esto es, en relación con el papel de los órganos e instituciones capaces de tomar decisiones colectivas y de transformarlas en normas jurídicas, es en donde queremos centrar nuestra atención a partir de una premisa fundamental, en relación principalmente también con la dimensión cultural: *el papel de los tribunales electorales particularmente el TEEM en el fomento, divulgación y formación de una cultura de la legalidad*.

Sobre el contexto señalado, y como se ha dicho, la cultura de la legalidad desde el ámbito electoral amplía su contenido y se conceptualiza como el apego que deben tener tanto las autoridades como los actores políticos respecto de las disposiciones jurídicas que regulan la función electoral y los procesos comiciales en el ejercicio, conservación y defensa de los derechos políticos-electorales. Adicionando a ello la cultura democrática, que no es otra cosa que la concepción que los ciudadanos tienen respecto de tales derechos y la forma o medios idóneos para ejercerlos, lo cual depende en gran medida, de la interpretación que dan a la ley y su relación con la autoridad electoral.

De ahí que impulsar la cultura democrática y de la legalidad sea una tarea que corresponde fundamentalmente a la autoridad electoral a través de los programas de capacitación y difusión, que divulguen entre la ciudadanía los valores democráticos contenidos en la Ley Suprema, a fin de formar una sociedad más informada y con capacidad de evaluar la actuación de los propios gobernantes.

En este sentido, como se anunció, una peculiaridad de la jurisdicción electoral es que entre las atribuciones y facultades conferidas a los Tribunales y Salas Electorales del país se encuentra como una constante la capacitación, investigación y difusión del derecho electoral, y que en palabras llanas, no podría ser otra cosa que la función de contribuir a la formación y fomento de una cultura de la legalidad.²³

En el caso del Estado de Michoacán, como se ha dicho, la normativa electoral otorga atribuciones al Tribunal Electoral del Estado, para realizar tareas de capacitación, docencia e investigación, y específicamente la Constitución local señala:

“Artículo 98 A. El Tribunal Electoral cubrirá en su desempeño, además de lo que determine la Ley, las actividades relativas al fomento de la cultura de la legalidad en materia de justicia electoral y participación ciudadana, consistentes en tareas de capacitación, investigación y difusión.”²⁴

Sobre esta base, el vigente Código Electoral expresamente prevé la atribución del Pleno en el fomento de la *cultura de la legalidad* al disponer:

“Artículo 278. El Pleno del Tribunal Electoral del Estado, tendrá la competencia y atribuciones siguientes: ...VI. Cubrir en su desempeño, además de lo que determine la Ley, las actividades relativas al fomento de la cultura de la legalidad en materia de justicia electoral y participación ciudadana, consistentes en tareas de capacitación, investigación y difusión”.²⁵

23 En algunos casos dicha facultad se encuentra conferida constitucionalmente, en otros de manera legal, y en algunos más reglamentariamente. Asimismo dicha facultad es conferida al Pleno y/o Magistrados Electorales, y en ciertas Entidades Federativas dentro de la estructura orgánica de los Tribunales y Salas Electorales se cuenta con un centro de capacitación en la materia.

24 Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo.

25 Código Electoral del Estado de Michoacán, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo, Tomo CLV, No. 74, séptima sección, el 30 de noviembre de 2012. Asimismo, el artículo correlativo del anterior Código Electoral señalaba: “Artículo 207. El Pleno del Tribunal Electoral del Estado, tendrá la competencia y atribuciones siguientes: ...VI. Realizar tareas de capacitación, investigación y difusión en materia de derecho electoral”.

Además, el Reglamento Interior del Tribunal Electoral establece como una facultad concurrente para el Pleno, el Presidente, los Magistrados, y demás integrantes de dicho órgano, actuaciones relacionadas con la capacitación, investigación y difusión del derecho electoral. De esta manera, establece como competencia del Pleno el aprobar los programas de capacitación, investigación y difusión del derecho electoral;²⁶ del Presidente del Tribunal el coordinar dichos programas;²⁷ de los Magistrados el participar en actividades que estén relacionadas con la capacitación, investigación y difusión de la materia;²⁸ así como de los Secretarios Instructores y Proyectistas, en cuanto a la realización de dichas actividades²⁹ y del Coordinador de Comunicación Social, como apoyo en la difusión de los mismos.³⁰

Asimismo, reglamentariamente se establece como parte integrante del Tribunal Electoral el Centro de Capacitación, Investigación y Difusión del Derecho Electoral, que tiene a su cargo la importante tarea de investigar, formar, capacitar y actualizar a los miembros del Tribunal, y de otras instituciones, así como de difundir en el Estado una cultura cívica, democrática y jurídica en materia electoral.³¹

Lo anterior evidencia que la tarea de fomentar la cultura de la legalidad constituye un eje trascendental en la función del Tribunal Electoral del Estado. De ahí que permanentemente se han realizado actividades orientadas a la capacitación y formación en materia electoral, difundiendo conocimiento a través de cursos, eventos académicos, publicaciones periódicas que son el resultado de una investigación y reflexión jurídico-electoral, y notoriamente con la realización anual de las “Jornadas Electorales”, cuya finalidad es contribuir al fomento de la educación cívica, cultura democrática y de la legalidad, generando difusión de conocimiento y propiciando una sociedad informada y consciente de sus derechos fundamentales, entre otros los derechos político-electorales. Todo ello, con otro

26 Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. Artículo 5, fracción XI.
27 Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. Artículo 6, fracción XVIII.
28 Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. Artículo 7, fracción IV.
29 Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. Artículo 21, fracción VI.
30 Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. Artículo 44, fracción IV.
31 Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. Artículo 30.

propósito ulterior que es fortalecer la democracia participativa y por consecuencia el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Así pues, en términos generales y a manera de conclusión, podemos afirmar que, en la construcción y consolidación del régimen político-democrático, lo mismo que en el ámbito de la justicia electoral del Estado Mexicano, la cultura de la legalidad ha constituido y constituye un elemento fundamental. Sin embargo, no obstante su trascendencia insoslayable, también es una realidad que la cultura de la legalidad no termina de afianzarse en las prácticas ciudadanas. Y es precisamente en este contexto, donde surge la necesidad de reflexionar sobre la realidad de la cultura de la legalidad, a partir de someter a debate la *premisa del papel e importancia de los tribunales electorales en el fomento, divulgación y formación de una cultura de la legalidad*.

V. La experiencia de las jornadas académicas

En este apartado, habremos de señalar a grandes rasgos algunos aspectos relevantes de las Jornadas Académicas impulsadas por el TEEM, como una evidencia de la labor que en términos de cultura de la legalidad implementa la propia institución.

Las Jornadas Académicas iniciaron en el año 2009, como una iniciativa del propio TEEM y de jueces federales, en el marco de los festejos de la instalación del Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana en Ario de Rosales, habiéndose convocado ya en cinco años consecutivos.

La temática abordada ha sido diversa, pero siempre de actualidad: "Jurisdicción y Democracia", "Jurisdicción y equidad de género", "Jurisdicción y Derechos Humanos", y recientemente en las quintas jornadas "Teoría y Práctica de los Derechos Humanos. Un diálogo necesario", entre otras.

Este ejercicio académico no se ha circunscrito a la ciudad de Morelia, sede del TEEM y capital del Estado, sino que ha tenido también

un carácter itinerante, lo que ha permitido acercar y fortalecer la cultura de la legalidad en los municipios de Uruapan, Zamora, Ciudad Hidalgo, La Piedad, Sahuayo, Zitácuaro, Los Reyes, Pichátaro, Pátzcuaro y Lázaro Cárdenas.

Las actividades implementadas van desde conferencias magistrales, paneles de discusión, presentaciones de libros, entre otras, y en donde hemos contado con la participación de destacados juristas y académicos como el Dr. Sáiz Arnáiz, Dr. Miguel Carbonell, Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Dr. Rodrigo Jiménez Sandoval, Dra. Sonia Rodríguez Jiménez, y el Dr. Sergio García Ramírez, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De la misma forma nos han acompañado los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mario Pardo Rebolledo y Margarita Beatriz Luna Ramos.

Por supuesto también hemos contado con la participación de Magistrados federales como Leonel Castillo González, principal impulsor de las jornadas, y de personajes de la vida pública como Julieta Lujambio Fuentes, Celita Alamilla Padrón y Luisa María Calderón Hinojosa, entre muchos otros.

Como se puede ver, se trata de un esfuerzo consolidado, pero sobre todo institucionalizado, que ha permitido el fomento y difusión de la cultura de la legalidad en Michoacán, y que entiende que con dicha actividad se fortalece el propio régimen democrático.

VI. Algunas premisas para la reflexión

Con base en lo anterior, bien vale dejar apuntadas solamente algunas premisas para la reflexión presente y futura.

- La cultura de la legalidad es inmanente, necesaria y condición fundamental de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en donde los valores y principios democráticos –entre ellos el respeto a los derechos humanos–

contenidos en la Ley Fundamental, simple y llanamente constituyen una norma jurídica, y como tal, de cumplimiento inexcusable.

- Para construir una verdadera cultura de la legalidad se debe tener como presupuesto esencial la transformación de varios paradigmas de pensamiento en todos los niveles, y en este sentido es necesario considerar qué tipo de cultura de legalidad se quiere fomentar, para qué tiempo y para qué sociedad, pues no debemos olvidar que existen principios, valores y derechos que requieren de una aceptación general para determinar sus límites y alcances, por lo que cualesquiera que sean éstos, supone aspectos positivos o negativos para los integrantes de esos grupos.
- En materia electoral existe un esfuerzo de fomentar la cultura democrática y de legalidad por parte de los Tribunales y Salas Electorales de las entidades federativas, en el caso particular del TEEM, a través de actividades y programas de difusión y capacitación en materia electoral.
- No obstante experiencias exitosas como las Jornadas Académicas, se hace necesario un paso adicional, y por tanto debemos asumir políticas culturales y programas de cultura de la legalidad como una especie de política pública que permita asumirla como una práctica social, con una metodología sustentada en los valores democráticos y en los derechos humanos, que se oriente a revertir una problemática colectiva a partir de seleccionar soluciones y precisar objetivos para determinar los medios y mecanismos de seguimiento y evaluación.
- En algunos casos, el ejercicio de derechos y el acceso a la justicia se ven limitados por el factor de la desconfianza y falta de credibilidad en las instituciones.³² Respecto a ello y siguiendo a Laveaga, habrá que reflexionar hasta dónde la difusión de la cultura de la legalidad va de la mano con el fortalecimiento y eficacia de las instituciones, pues en todo caso, se debe tener mucho cuidado en que una no distorsione a la otra.
- De la misma manera, consideramos que es momento de replantear los contenidos que motivan la cultura de la

legalidad, lo cual podría llevarnos a repensar al derecho electoral a partir de las concepciones de la democracia sustantiva y su relación directa con los derechos humanos, y muy seguramente con ello, se tenga que dar el paso hacia la redimensión del papel y función social del derecho electoral en un plano distinto al acostumbrado; es decir, trastocando la idea de que todo se reduce a los procesos electorales.

A final del día, las ideas fuerza que sirven de referente a estas notas generales son: el papel fundamental de los tribunales electorales, entre ellos el TEEM, como factor de estabilidad y consolidación democrática, así como el valor de la cultura de la legalidad en el fortalecimiento del propio régimen democrático.

Recursos de consulta

Bibliografía:

Begné Guerra, Alberto, *Democracia y Control de Constitucionalidad. Los derechos Político-Electorales del ciudadano y el Acceso a la Justicia*, Cuadernos de Divulgación, núm. 3, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2003.

Cajas Castro, Juan, *Educación para la Democracia: algunas campañas y experiencias de educación cívica en América Latina*, Instituto Federal Electoral, México, 2000.

Carbonell, Miguel, "La Democracia en Treinta Píldoras", en *Sufragio, Revista Especializada en Derecho electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, tercera época, número 2, México, 2008-2009.

Crespo, José Antonio, "Hacia una Cultura de la Legalidad", en *Nueva Antropología*, volumen XI, No. 38, México, 1990.

32 Begné Guerra, Alberto, *Democracia y Control de Constitucionalidad. Los derechos Político-Electorales del ciudadano y el Acceso a la Justicia*, Cuadernos de Divulgación, núm. 3, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2003, pp. 29-30.

Fix-Fierro, Héctor, López-Ayllón, Sergio, "Cambio Jurídico y Autonomía del Derecho. Un modelo de la transición jurídica en México" en Serna de la Garza, José Ma., Caballero Juárez, José Antonio (editores), *Estado de Derecho y Transición Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 95, México, 2002.

Laveaga, Gerardo, *La Cultura de la Legalidad*, 2ª. ed., Serie Doctrina Jurídica, Núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.

Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, 2º ed., Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Núm.12, Instituto Federal Electoral, México, 2001.

Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia y Cultura de la Legalidad*, Instituto Federal Electoral, México, 2006.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Cultura Democrática y Cultura de Justicia Electoral. Manual del Participante*. Centro de Capacitación judicial Electoral. México, 2011.

Encuestas:

Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP) 2012, consultable en <http://encup.gob.mx/>.

Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Legalidad, legitimidad de las Instituciones y Rediseño del Estado, 2011, consultable en <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>.

Estudio Nacional Electoral de México (ENEM) 2012. Realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

Informe Latinobarómetro 2011, consultable en <http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp>.

Instrumentos Internacionales:

Carta Democrática Interamericana, Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 11 de septiembre 2001.

Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo. Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y Jefes de Delegación de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. Nicaragua, 1993.

Declaración de México sobre las Políticas Culturales. Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, México, 26 julio-6 agosto 1982.

Normativa:

Código Electoral del Estado de Michoacán.

Reglamento Interior del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.



Diseñado por  studio
lr-studio.com • info@lr-studio.com
tel: 5338 7202

ISBN: 978-607-95662-6-5

