

Quid Iuris

Publicación del
Tribunal Estatal Electoral
del Estado de Chihuahua



Publicación Indexada. Folio 17756

Sistema Regional de Información
 en Línea para Revistas Científicas
 de América Latina, el Caribe, España y Portugal

latindex

QUID IURIS: Locución latina. “¿QUÉ DEL DERECHO?”

Número ISSN: 1870-5707

Consejo editorial:

José Miguel Salcido Romero

Magistrado Presidente

Socorro Roxana García Moreno

Magistrada

José Rodríguez Anchondo

Magistrado

Responsable editorial:

Magistrada Socorro Roxana García Moreno

Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación sin la autorización de los autores.

En la portada: Altar a la Patria, ubicado en la planta baja del Palacio de Gobierno del Estado de Chihuahua, lugar donde Don Miguel Hidalgo y Costilla fue fusilado al amanecer del 30 de julio de 1811.

En el bicentenario del fusilamiento del Padre de la Patria, Carlos Espino realizó dos esculturas: la primera muestra al cura Hidalgo sentado, con los ojos vendados y la mano en el corazón, esperando su fusilamiento; para muchos, esta imagen representa la humildad del héroe al ser sacrificado por la independencia de México. La escultura cuenta con una altura de 1.50 metros.

En la contraportada se aprecia la imagen del Libertador erguido, representando su fortaleza y patriotismo. Esta escultura mide 2.50 metros de altura.

Publicación trimestral

Del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua

Calle 33. No. 1510

Colonia Santo Niño

Chihuahua, Chih., México, 31320.

Tels.: (614) 4-13-06-91 y 4-13-64-50

www.techihuahua.org.mx

quidiuris@techihuahua.org.mx



@Quid_Iuris

Índice

<i>Presentación</i>	5
DESEMPEÑO Y RETOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN	9
<i>Manuel González Oropeza</i>	
¿QUÉ ES LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO?	33
<i>Miguel Carbonell</i> <i>Rubén Sánchez Gil</i>	
EL JUICIO DE AMPARO A LA LUZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011	57
<i>Marcos del Rosario Rodríguez</i> <i>Raymundo Gil Rendón</i>	
EL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO EN LA LEGISLACIÓN ELECTORAL MEXICANA	75
<i>José Luis Armendáriz González</i>	
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	89
<i>María del Pilar Molero Martín-Salas</i>	
MAXIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS	103
<i>Eduardo Ramírez Patiño</i>	

Presentación

En la actualidad la globalización jurídica se entiende como la expansión de los modelos jurídicos occidentales, en donde el constitucionalismo viene a ser la forma en que de manera más completa se logra juridificar todos los contenidos normativos que deben integrar un Estado que tienda a ser democrático.

Hoy en día las consecuencias de dicho fenómeno, sin duda alguna, están influyendo en los sistemas jurídico y político mexicanos. Lo anterior lo podemos constatar gracias al sustento que han generado diversas sentencias emitidas tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver casos sin precedentes en materia de derechos humanos y derechos político-electorales, respectivamente, para llevar a cabo importantes reformas constitucionales y legales, las cuales han ampliado las facultades interpretativas de la normatividad constitucional para otorgar mayor protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, las recientes modificaciones a la normatividad del Estado Mexicano no sólo han producido consecuencias positivas, sino que, a su vez, han originado nuevos retos; omisiones normativas; problemas de carácter político y social, o bien, han provocado, por parte de las autoridades o actores políticos, la creación de nuevas ficciones para evadir el cumplimiento de lo que mandata la legislación mexicana.

Así, a través de los ensayos que presenta esta edición de *Quid Juris* podremos conocer y profundizar en lo antes señalado, ya que los distintos autores nos conducirán de forma clara y concisa a través de los avances, problemáticas y pendientes de nuestros sistemas jurídico y político, en algunos casos haciéndolo de forma general en materia constitucional, y en otros, de manera específica, en materia electoral.

En realidad, esta compilación es de gran importancia ya que de ella se desprenden los temas que en la actualidad han sido y son motivo de energéticas discusiones en la vida nacional, y que, a su vez, han generado grandes cambios normativos, culturales, políticos y sociales, con la advertencia de que ello no significa una verdadera transformación en la situación de la democracia precaria que vive México, tal como lo señalan Miguel Carbonell, destacado Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Rubén Sánchez Gil, Doctor en Derecho por la misma casa de estudios, en su

ensayo titulado “¿Qué es una constitucionalización del derecho?”, al sugerir un modelo neoconstitucionalista para revertir tal circunstancia.

Desde esa perspectiva, dichos autores consideran que las normas fundamentales no sólo deben limitar al poder público, sino orientarlo a través del resto del marco jurídico hacia la realización de sus valores constitucionales, tarea que en primera instancia recae en el legislador y en segunda en los diversos operadores jurídicos. Señalan lo anterior, ya que es a través de dichos valores como deben regir su actuación los órganos del Estado y la sociedad para lograr la verificación de los elementos de un verdadero Estado Constitucional, es decir, una efectiva constitucionalización, sobre lo cual señalan, México está lejos de contar con un ordenamiento constitucionalizado a pesar de los avances que se han logrado a raíz de distintas resoluciones y criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Por su parte, es de distinguirse la participación del Doctor Manuel González Oropeza, Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quien sostiene la importancia de los diferentes criterios y resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que dieron vida a las reformas electorales de los años 2007-2008, las cuales, señala, han trasladado nuevos retos en la impartición de la justicia electoral en razón de las nuevas facultades conferidas a las autoridades electorales; los derechos otorgados a los ciudadanos para ampliar su esfera de protección; las restricciones en materia de medios de comunicación, y las nuevas reglas y prohibiciones de la propaganda gubernamental y promoción personalizada de servidores públicos. Asimismo, nos refiere a temas que han sido trascendentales en materia electoral al hacer alusión a la simulación y al fraude a la ley que reiteradamente han realizado los partidos políticos. De hecho, en su ensayo hace ver lo incuestionable de la necesidad de efectuar las reformas pendientes en materia electoral con el objetivo de fortalecer el sistema electoral mexicano y sus instituciones, para lograr un avance democrático en el Estado Constitucional de derecho.

Un tema destacado es el expuesto por los doctores en Derecho Marco del Rosario Rodríguez y Raymundo Gil Rendón, al abordar las recientes reformas constitucionales en materia de Amparo, señalando que las referidas enmiendas han convertido a todos los jueces en interpretes constitucionales y obligado al Estado a observar en todo momento los derechos humanos y velar por su protección antes que sus propios intereses. Como consecuencia de ello, lo autores hacen referencia al control difuso y al control de

convencionalidad que hoy en día son necesarios efectuar en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, por lo que dejan advertir una ampliación de la esfera jurídica del ciudadano robustecida por la declaración general de inconstitucionalidad de normas generales, así como por el establecimiento del amparo por omisión de la autoridad y la inclusión del amparo colectivo.

Por su parte, el licenciado José Luis Armendáriz González, analiza la constitucionalidad de la figura de las candidaturas independientes en el sistema político mexicano, realizando un análisis sobre la transición de las prerrogativas del ciudadano y de los partidos políticos en la legislación mexicana. Concluye, desde su perspectiva, que la norma secundaria que otorga el monopolio a los partidos políticos para registrar candidatos a las contiendas electorales es inconstitucional, en razón de que la norma constitucional que determina las prerrogativas del ciudadano no se ha modificado en el sentido de restringir de esa forma el derecho al voto pasivo. Para evidenciar lo señalado, el autor expone, a manera de ejemplo, el polémico caso Castañeda y los criterios que para su resolución atendió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales a la fecha han cobrado relevancia en decisiones políticas y judiciales.

Desde otra óptica, sobresale la participación de María del Pilar Molero Martín-Salas, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, ya que desarrolla el tema de la igualdad de sexo en los ámbitos político y empresarial en el Estado Español, al señalar la trascendencia que ha alcanzado la Ley Orgánica 3/2007 que aprobaron las Cortes Generales con el propósito de terminar la discriminación por razón de sexo en dichos ámbitos. Respecto a lo anterior, la catedrática en Derecho, hace énfasis en lo que respecta a la materia política, específicamente en el área electoral, al señalar la obligación, que dicha ley impuso, de implementar listas electorales que garanticen la paridad de género con el objeto de que las mujeres tengan mayor oportunidad para acceder a altos cargos del gobierno, o bien, alcanzar mayores espacios en los órganos de representación del País Español y en los órganos de gobierno que rigen la Unión Europea. Sin embargo, la autora apunta, que dicho avance respecto del principio de igualdad no ha encontrado la aceptación de todos los actores políticos y académicos, lo que ha hecho más complicada su implementación, aunado al hecho de que los partidos políticos han encontrado métodos para evadir tal obligación, por lo que, al no verse que se logre la finalidad esperada, propone la figura de la alternancia de género en las listas electorales para lograr una verdadera equidad en la postulación de candidaturas.

Finalmente, el magistrado supernumerario del Tribunal Electoral del Estado de Sinaloa, Eduardo Ramírez Patiño, plantea el tema de la maximización de los derechos abordando el controversial tema sobre cuál es el momento en que deben considerarse suspendidos los derechos político-electorales. Utiliza como referente una reforma constitucional en el Estado de Sinaloa que obligó a reconocer no sólo los derechos fundamentales dispuestos por la Constitución Mexicana sino también los consagrados en los Tratados Internacionales, cuestión que afirma, se consolidó gracias al criterio jurisprudencial emitido por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que determinó las hipótesis que deben presentarse para considerar suspendidos los derechos político-electorales en razón de la existencia de un auto de formal prisión. Circunstancias que, considera a raíz de un análisis sobre el principio *pro homine*, vinieron a ampliar la protección de los derechos inherentes de la persona y a consolidar la protección de los derechos fundamentales en lo general y en lo particular de los derechos político-electorales, establecidos en la Constitución Federal, los Tratados Internacionales y en la Constitución del Estado de Sinaloa.

Federico Basauri Ochoa

Secretario de Estudio y Cuenta
Tribunal Estatal Electoral
de Chihuahua

DESEMPEÑO Y RETOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

*Manuel González Oropeza**

SUMARIO: I. Introducción; II. El principio de legalidad y la anulación de elecciones; III. El principio de definitividad y los conflictos intrapartidistas; IV. La protección de los derechos políticos, no sólo electorales; V. Medios de comunicación y justicia electoral; VI. Propaganda gubernamental y promoción personalizadas de servidores públicos; VII. Otros temas.

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

RESUMEN:

El principal reto de la federación fue la reforma constitucional en materia electoral, destacándose defectos de la normatividad en la regulación comicial y la ausencia de prescripciones jurídicas, pues no hay reformas definitivas.

Un reto importante para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el combate a la simulación y el fraude a la ley en la selección de autoridades que debieran tener un origen electoral.

I. Introducción

De frente a las elecciones federales de 2012, resulta importante revisar la actuación y desafíos de las autoridades electorales, encargadas de organizar y vigilar el proceso electoral, así como de garantizar los principios de constitucionalidad de los actos y resoluciones electorales. En ambos casos, la reflexión se antoja indispensable a la luz de la puesta en práctica, en el proceso electoral federal 2009, del contenido de las reformas constitucionales y legales de 2007-2008. En particular, importa referirse al desempeño y retos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

En efecto, el 13 de noviembre de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la más reciente reforma constitucional en materia electoral, con la consecuente adecuación legislativa en el siguiente año. Si bien, las reformas de aquellos años encontraban explicación en el proceso electoral federal de 2006, habrá que preguntarse cuáles son los faltantes que pudieron detectarse en el proceso de 2009. Esta reflexión tiene como pretensión principal la de destacar los diversos defectos de la normatividad electoral vigente y, por la otra, la ausencia de prescripciones jurídicas en torno a cuestiones que, en la experiencia de la justicia electoral mexicana, consideramos es necesario regular.

Esta reflexión se enmarca, en la idea de que no hay reformas “definitivas”. Esta afirmación en materia electoral se antoja evidente, a partir de la evolución constitucional y legislativa de las últimas tres décadas.

En tal sentido, reiteramos que la aspiración de los reformadores de las normas, y en particular de las electorales, no puede colmarse en la realidad, ni siquiera tratándose de las normas constitucionales; la Constitución de 1857, siendo tan adecuada, fue reformada con la Constitución de 1917, y ésta a su vez ha tenido centenares de reformas, lo que demuestra el aserto anterior de que no hay reformas definitivas.

En esta reflexión rescatamos algunos de los temas principales de la reforma y su aplicación durante el proceso electoral 2009, así como los criterios que se han ido generando en el desempeño del TEPJF a la hora de resolver las impugnaciones realizadas en torno a la cons-

titucionalidad de actos y resoluciones que tienen como fundamento el marco normativo derivado de las reformas 2007-2008.

De diciembre de 2007 a septiembre de 2010, el TEPJF ha recibido y resuelto poco más de 30,400 asuntos. Este universo se divide en los siguientes tipos de asuntos:¹

Tipo de Medio	Recibidos	Resueltos
AG		
AA		
A		
A		
A		
To		

Puede observarse el amplio uso que se ha hecho de tres medios de impugnación en particular: el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), el juicio de revisión constitucional electoral (JRC) y el recurso de apelación (RAP). Importante es destacar el número de solicitudes a la Sala Superior para el ejercicio de la facultad de atracción (SFA) y el trámite de aquellos asuntos que no tienen una vía específica, los denominados asuntos generales (AG).

Por otra parte, el conocimiento y resolución de los asuntos, en este mismo periodo, ha sido del siguiente tenor:

Año	o	
2007	2	
200	070	07
200	20	2
200	2	07
o		

¹ Toda la información estadística ha sido proporcionada por la Coordinación de Jurisprudencia y Estadística Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Estos datos engloban la actuación de todas las salas que integran el TEPJF, por lo cual debe destacarse que a partir de la reforma de 2007 se les reconoce el carácter de permanentes, lo que implicó una nueva distribución competencial en el conocimiento de los medios de impugnación en materia electoral.² Esto puede observarse en la distribución de asuntos de que conocieron las salas regionales. Así, del total de asuntos recibidos y resueltos, la Sala Superior ha tenido participación en un alto porcentaje de ellos, aunque, como podrá apreciarse, no en la mayoría:

Tipo de caso	Recurso	Porcentaje
AG		
AA		
A		
A		
A		
To		

En este universo de asuntos, el TEPJF ha ido definiendo criterios en torno a los temas que fueron eje de la mencionada reforma constitucional y legal de 2007-2008, y sobre ellos habremos de aportar algunas ideas.

² Cfr. CIENFUEGOS Salgado, David. “Acerca de las nuevas atribuciones de las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”. *Lex. Difusión y análisis*, (158):74-86, agosto 2008, México, DF.

II. El principio de legalidad y la anulación de elecciones

Uno de los primeros puntos que deben analizarse es el relativo al principio de legalidad y la anulación de elecciones. Aquí debe recordarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que en materia electoral el principio de legalidad, que tiene su fundamento en el artículo 16 constitucional, significa la garantía formal para que los ciudadanos y las autoridades electorales actúen en estricto apego a las disposiciones consignadas en la ley, de tal manera que no se emitan o desplieguen conductas caprichosas o arbitrarias al margen del texto normativo.³ Este principio es la piedra angular de todo Estado de Derecho, en el cual la actuación de toda autoridad o poder estatal está constreñida al requisito de contar con una autorización prevista en la ley.

Lo anterior implica que todas las autoridades electorales, incluyendo la jurisdiccional, deben regir su actuación con apego al texto expreso de la ley, es decir, no habrá facultad que ejerza la autoridad electoral que no esté expresamente otorgada o consignada en la ley. Sin embargo, en la nueva regulación constitucional de la materia electoral existen ciertos aspectos que deberán ser definidos por el legislador o por los juzgadores, en ejercicio de su función interpretativa. Esto especialmente relacionado con la función de control constitucional que se le reconoce al TEPJF.

Al efecto, de particular interés resulta el hecho de que a partir de noviembre de 2007 se prevea específicamente el principio de legalidad tratándose de la posibilidad de anular una elección, puesto que en el artículo 99, fracción II, segundo párrafo de la Constitución se prescribe que las salas del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que *expresamente* se establezcan en las leyes.

En el proceso electoral 2009, por el cual se renovó la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, ninguna de las elecciones distritales fue anulada, de ahí que no se pueda señalar que esta reforma en específico hubiera sido sometida al escrutinio de los juzgadores en una resolución definitiva.

Debe mencionarse que en 2009 y 2010, respectivamente, el TEPJF conoció de dos asuntos relacionados con la nulidad de elección en procesos locales para integrar cabildos municipales:

³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre de 2005, t. XXII, tesis P./J. 144/2005, p. 111.

Fecha de resolución	ediene	cor	nidad	unici
7 de enero de 2009	200	on or do	do	
de ore de 200	99200		err	o

Debe tenerse presente que en las revisiones realizadas el TEPJF hace el análisis del cumplimiento constitucional a partir de los textos locales, los que si bien siguen la Constitución federal, pueden incorporar otros elementos o parámetros de control.

Sin embargo, ello no nos impide cuestionarnos, especialmente en un foro como éste: ¿es que con esta reforma el principio de legalidad elimina la posibilidad de anular una elección por alguna “causa abstracta”? Considero que no.

La causa abstracta de nulidad de una elección tuvo su origen jurisprudencial en 2000, motivado por la omisión del legislador ordinario del estado de Tabasco consistente en no prever causas específicas y concretas para la nulidad de la elección de gobernador.

En aquel año, tras la entrega de la constancia de mayoría al candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido de la Revolución Democrática (PRD) impugnó el proceso electoral, bajo el argumento de que se había presentado el apoyo económico del gobierno estatal a la campaña del candidato del PRI; el otorgamiento desproporcionado de publicidad y cobertura a este candidato por parte de un canal de televisión, mayoritariamente propiedad de dicho gobierno; la compra generalizada del voto ciudadano, mediante la entrega de despensas y artículos de consumo; además de que se había quemado, en forma injustificada, papelería electoral y parte de ésta se había entregado a una empresa privada, así como, finalmente, se habían abierto en forma ilegal los paquetes electorales.

Al conocer de la impugnación del PRD, el Tribunal Electoral de Tabasco sostuvo que, en virtud del principio que reza que “no hay nulidad sin ley”, al no existir, en aquel entonces, en forma explícita una causa de nulidad de la elección de gobernador, ésta no era susceptible de ser anulada. En la sentencia correspondiente al SUP-JRC-487/2000 y acumulado, lo medular de las consideraciones consistió en decidir si

era factible o no declarar la nulidad de una elección con base en causas distintas a las literalmente contempladas en los códigos electorales, pero que por su gravedad y trascendencia constituyeran una transgresión a los principios constitucionales rectores de la función electoral.

Se planteó entonces un dilema: ante la ausencia de causales de nulidad para la elección de gobernador, ¿qué se hace entonces para anularla si se comprueba la existencia de violaciones sistemáticas a los principios rectores de la función electoral? La Sala Superior en la anterior integración estableció la tesis consistente en que, no obstante la omisión legislativa, la mera existencia de principios constitucionales genera la obligación del juez de constitucionalidad de aplicarlos. En virtud de ello, no sólo se anuló aquella elección, sino que se creó el siguiente criterio:

NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA (Legislación de Tabasco y similares). Los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 90. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, establecen principios fundamentales como: el sufragio universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad. Estos principios deben observarse en los comicios, para considerar que las elecciones son libres, auténticas y periódicas, tal y como se consagra en el artículo 41 de dicha Constitución, propias de un régimen democrático. Esta finalidad no se logra si se inobservan dichos principios de manera generalizada. En consecuencia, si alguno de esos principios fundamentales en una elección es vulnerado de manera importante, de tal forma que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente y, como consecuencia de ello, se ponga en duda fundada la credibilidad o la legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos, es inconcuso que dichos comicios no son aptos para surtir sus efectos legales y, por tanto, procede considerar actualizada la causa de nulidad de elección de tipo abstracto, derivada de los preceptos constitucionales señalados. Tal violación a

dichos principios fundamentales podría darse, por ejemplo, si los partidos políticos no tuvieran acceso a los medios de comunicación en términos de equidad; si el financiamiento privado prevaleciera sobre el público, o bien, si la libertad del sufragio del ciudadano fuera coartada de cualquier forma, etcétera. Consecuentemente, si los citados principios fundamentales dan sustento y soporte a cualquier elección democrática, resulta que la afectación grave y generalizada de cualquiera de ellos provocaría que la elección de que se trate carecería de pleno sustento constitucional y, en consecuencia, procedería declarar la anulación de tales comicios, por no haberse ajustado a los lineamientos constitucionales a los que toda elección debe sujetarse.⁴

El razonamiento que subyace en este precedente sigue siendo válido, y en consecuencia la reforma constitucional de 2007 que pretende reducir la anulación de la elección sólo a una cuestión de legalidad ignora las facultades y atribuciones de los juzgadores que deben proteger la plena vigencia de las normas constitucionales,⁵ es decir, soslaya la calidad de Tribunal Constitucional que tiene en la actualidad el TEPJF.

La anulación de una elección por la violación de los principios constitucionales rectores de la materia es resultado de un ejercicio de interpretación constitucional, no legal; de tal suerte que a pesar del texto de la fracción II del artículo 99, si bien ya no se le podrá denominar causal abstracta de nulidad de elección, los jueces de constitucionalidad electoral no pueden evadir su obligación de aplicar principios constitucionales como parámetros para calificar a las elecciones de constitucionales y democráticas, y, en su caso, anular aquellas que violen esos principios constitucionales.

Si bien, como se ha dicho, en el proceso electoral de 2009 no se llegó a la anulación de ninguna elección en los diversos distritos que conforman la geografía electoral nacional, sigue siendo uno de los retos del TEPJF el de desempeñarse y consolidarse como tribunal de constitucionalidad, guardián de las normas fundamentales en materia electoral; es decir, su función fundamental será interpretar la Consti-

⁴ *Compilación oficial de jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, TEPJF, 2005, pp. 200 y 201.

⁵ Véase GONZÁLEZ Oropeza, Manuel y BÁEZ Silva, Carlos. “*La muerte de una causal abstracta y de la sobrevivencia de los principios constitucionales rectores de la función electoral*”. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2007.

tución aplicando las leyes. Pero las leyes no deben ser la medida de la Constitución, sino que ésta se debe aplicar de manera directa. Y esta obligación no es exclusiva del órgano jurisdiccional federal, sino también de todos los tribunales electorales estatales, puesto que en materia electoral las Constituciones locales también consagran diferentes principios, lo cual explica la relevancia de una labor interpretativa y argumentativa del TEPJF a la hora de resolver los distintos asuntos en los cuales esté por medio la posible anulación de una elección. Al respecto, debe mencionarse que la nómina que pueden localizarse en los ordenamientos locales es amplia: las Constituciones locales contienen hasta diecisiete principios en materia electoral.⁶

Al respecto, el último párrafo de la resolución dictada el seis de octubre de 2010 por la Sala Xalapa en el expediente SX-JRC-99/2010, al anular la elección municipal en Coxquihui, es ejemplo de lo afirmado:

Por lo tanto, acreditada la existencia de una violación sustancial, generalizada y determinante, que afecta gravemente a los principios fundamentales de toda elección democrática, que permiten considerarla como expresión libre y auténtica de la soberanía popular – en particular a los principios de legalidad, certeza y objetividad–, por la situación de incertidumbre que se generó con la sustracción ilegal de toda documentación electoral en dos casillas, y con independencia de cualquier otra consecuencia jurídica que pueda derivarse de los mismos hechos, lo procedente, en términos de la legislación del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, es decretar la nulidad de la elección del ayuntamiento de Coxquihui, Veracruz, celebrada el cuatro de julio de este año, lo cual deberá hacerse del conocimiento del Honorable Congreso de ese estado y del Instituto Electoral Veracruzano para que en el ámbito de sus competencias tomen las medidas necesarias para convocar a elecciones extraordinarias en las que se garantice la libertad y autenticidad del sufragio, en los términos del artículo 19 del Código Electoral local y demás disposiciones aplicables.

⁶ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. “Principios constitucionales de las elecciones en las entidades federativas”. En: CALVO Barrera, Raúl y CIENFUEGOS Salgado, David (coords.) Derecho electoral de las entidades federativas mexicanas. Chilpancingo, Tribunal Electoral del Estado de Guerrero-Fundación Académica Guerrerense, 2006.

Debe insistirse, especialmente a partir de la reforma constitucional de 2007, que lo electoral no es una cuestión sola o exclusivamente legal, sino que es un asunto fundamentalmente constitucional; que exige la tutela correspondiente de tribunales constitucionales. La propia reforma de 2007 ya le otorga a la Sala Superior del TEPJF la facultad para inaplicar las leyes electorales cuando se consideren inconstitucionales con un acto de aplicación. El reto para los tribunales electorales es asumir tal función y generar convicción sobre sus fallos. Por supuesto, nadie desea la anulación de un proceso electoral, pero los mecanismos procesales que lo posibilitan estarán a prueba en 2012.

III. El principio de definitividad y los conflictos intrapartidistas

Los reformados artículos 41 y 99 constitucionales prescriben, por una parte, que las autoridades electorales solamente podrán intervenir en los asuntos internos de los partidos políticos en los términos que señalen la Constitución y la ley; y, por la otra, que para que un ciudadano pueda acudir a la jurisdicción del TEPJF por violaciones a sus derechos por el partido político al que se encuentre afiliado, deberá haber agotado previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas.

En principio, para que procedan tanto el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano como el juicio de revisión constitucional, es requisito indispensable que el actor haya agotado todas las instancias previas para combatir el acto o resolución impugnado, en virtud de las cuales dicho acto pudiera haber sido modificado, revocado o anulado. En otras palabras, sólo se estima factible acudir a la instancia constitucional cuando todas las demás instancias se han agotado y el acto que se reclama no se ha modificado o revocado. Ello es así, fundamentalmente, porque la instancia constitucional es *excepcional o extraordinaria*.⁷

Una característica notable de los juicios de constitucionalidad en materia electoral, y en particular útil para proteger los derechos político-electorales del ciudadano, es que se tornan en verdaderos medios

⁷ Cfr: tesis relevante S3EL 019/99.

de impugnación y no sólo en recursos, de ahí la necesidad de que la litis planteada en estos juicios sea diferente a la planteada en los procesos previos. La diferencia consiste en que la litis formulada ante la instancia constitucional debe tener por objeto, precisamente, una infracción o violación a la Constitución federal. De esa forma, el juicio o decisión primaria ha de recaer a esta litis constitucional, y sólo en caso de que se decida que, en efecto, la resolución impugnada o el proceso del que deriva son violatorios de alguna norma constitucional federal, sólo entonces, y en ejercicio de la jurisdicción plena de la que goza el TEPJF, cabe una decisión en torno a la litis planteada en el proceso previo al constitucional.

Es por ello que, si bien se exige como presupuesto procesal o requisito de procedencia que se hayan agotado las instancias previas y pertinentes para combatir y conseguir la modificación o revocación del acto que se impugna, en las demandas de los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano no pueden ser esgrimidos los mismos agravios que se expresaron en dichas instancias previas, puesto que la litis es distinta.

En las instancias previas, los agravios manifestados no necesariamente han de girar en torno a la constitucionalidad del acto impugnado; pero en la instancia constitucional, evidentemente los agravios sólo pueden girar, en un inicio, en torno a la adecuación de la resolución dictada en la instancia previa a la Constitución federal. Sólo en caso de que se considere que los agravios de inconstitucionalidad son fundados, es posible analizar, en plenitud de jurisdicción, los agravios esgrimidos en contra del acto originalmente impugnado en el proceso previo.

La “nueva” definitividad a la que se refiere la reforma constitucional 2007 se relaciona con los miembros de un partido, quienes no podrán acudir directamente ante el TEPJF porque la Constitución misma establece que deberán agotar los recursos internos. La Sala Superior del referido Tribunal, al resolver diversos casos, ha precisado que ese nuevo ámbito del principio de definitividad debe de interpretarse armónicamente con el derecho que todo ciudadano tiene de acceso a la justicia, previsto en el artículo 17 constitucional.

De tal suerte que si el partido no observa una tramitación diligente de los recursos interpuestos por sus militantes, si el órgano de justicia partidista no resuelve de manera pronta y expedita un recurso interpuesto por uno de los militantes, ante la deficiencia del partido no se le puede negar al militante su derecho de acceso a la justicia. En caso de que el agotamiento de la instancia previa suponga un riesgo fundado y serio de que el acto que se combate adquiera, por el paso del tiempo, el *status* de irreparable por ejemplo, la obligación de agotar los medios o recursos ordinarios antes de acudir a los extraordinarios desaparece, por lo que al sujeto legitimado para impugnar el acto se le autoriza a acudir *per saltum* directamente a la instancia constitucional.⁸

Al respecto, ya desde 2002 la Sala Superior del TEPJF se había pronunciado, hasta constituir la siguiente jurisprudencia:

MEDIOS DE DEFENSA INTERNOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. SE DEBEN AGOTAR PARA CUMPLIR EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD. La interpretación sistemática y funcional de los artículos 41 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 27, apartado 1, inciso g); 30 y 31, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en relación con el artículo 10, apartado 1, inciso d), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, permite arribar a la conclusión de que los medios de defensa que los partidos políticos tienen obligación de incluir en sus estatutos, conforme al citado artículo 27, forman parte de los juicios y recursos que se deben agotar previamente, por los militantes, como requisito de procedibilidad, para acudir a los procesos impugnativos establecidos en la legislación electoral, en defensa de sus derechos político-electorales que estimen conculcados por parte de los órganos o dirigentes de un partido político, siempre y cuando: 1. Los órganos partidistas competentes estén establecidos, integrados e instalados con antelación a los hechos litigiosos; 2. Se garantice suficientemente la independencia e imparcialidad de sus integrantes; 3. Se respeten todas las formalidades esenciales del procedimiento exigidas constitucionalmente, y 4. Que formal y materialmente resulten eficaces para restituir a los promoventes en el goce de sus derechos político-electorales transgredidos. De manera que, cuando falte algún requisito o se

⁸ Sobre esta figura en particular puede consultarse BÁEZ Silva, Carlos y CIENFUEGOS Salgado, David. “*El per saltum en el derecho procesal electoral federal*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, DF, (126):1201-1236, septiembre-diciembre de 2009.

presenten inconvenientes a que su inexistencia da lugar, no existe el gravamen procesal indicado, sino que tales instancias internas quedan como optativas, ante lo cual el afectado podrá acudir directamente a las autoridades jurisdiccionales, *per saltum*, siempre y cuando acredite haber desistido previamente de las instancias internas que hubiera iniciado, y que aún no se hubieran resuelto, a fin de evitar el riesgo de la existencia de dos resoluciones contradictorias. Para arribar a la anterior conclusión, se tiene en cuenta lo siguiente: Los partidos políticos están elevados constitucionalmente al rango de *entidades de interés público*, en razón de las importantes actividades que la Carta Magna les confiere, como: a) promover la participación del pueblo en la vida democrática, b) contribuir a la integración de la representación nacional, y c) hacer posible, como organización de ciudadanos, el acceso de éstos al ejercicio del poder público. Para la realización de estos fines, el Estado tiene la obligación de otorgarles prerrogativas, e incluso la ley secundaria les confiere el monopolio para la postulación de candidatos, circunstancias que los erige en protagonistas indispensables de los procesos electorales y les otorga un status de relevancia frente a los ciudadanos, incluyendo a los de su propia membresía. Los ciudadanos ingresan a un partido político con el cúmulo de derechos fundamentales consignados en la Constitución y en las leyes, los que se incrementan y robustecen con los que adquieren dentro del partido, pues el derecho de asociación política para formar parte de un partido, tiene por objeto que los ciudadanos, al unirse con otros, puedan potenciar y optimizar sus derechos político-electorales. Por la interacción que puede tener lugar al interior del partido político, es posible que tales derechos resulten violados. Los partidos políticos requieren del establecimiento de un conjunto de medios de impugnación a favor de sus militantes, en virtud de que, según se infiere de las disposiciones constitucionales interpretadas y de su naturaleza, deben ser entidades regidas por los postulados democráticos, dentro de los cuales, conforme a lo establecido en el artículo 27 citado, resulta indispensable la institución de medios efectivos y eficaces de defensa del conjunto de derechos político-electorales de los militantes, frente a la actuación de los órganos directivos del partido que los vulneren. La jurisdicción corresponde exclusivamente a los órganos del Estado idóneos para su ejercicio, y no puede delegarse, sino por una ley sustentada constitucionalmente, de lo cual se concluye que la facultad de los partidos políticos para establecer en sus estatutos las instancias encaminadas a la resolución, *prima facie*, de sus conflictos

jurídicos internos, sin constituir el ejercicio de la función jurisdiccional exclusiva del Estado, es una función equivalente a la jurisdicción, que los coloca en condiciones de alcanzar la calidad de organizaciones democráticas, pues con esos medios de defensa se puede conseguir, en principio, el objeto de la función jurisdiccional, consistente en remediar la violación de los derechos político-electorales de los militantes, con lo cual la acción de los tribunales jurisdiccionales estatales queda como última instancia. La instrumentación de esas instancias internas debe apegarse a los mandamientos constitucionales y legales establecidos para la jurisdicción, lo que inclusive debe ser verificado por la máxima autoridad electoral administrativa, como requisito *sine qua non* para su entrada en vigencia, según lo previsto por los artículos 30 y 31 en cita, lo que sitúa a los estatutos partidarios en un rango superior a los de otras asociaciones; asimismo, esta obligación de los partidos políticos de instrumentar medios de defensa para sus militantes, se traduce en la correlativa carga para estos de emplear tales instancias antes de ocurrir a la jurisdicción del Estado, a fin de garantizar, al máximo posible, la capacidad autoorganizativa de los partidos políticos en ejercicio de la más amplia libertad, pero asegurar, al mismo tiempo, el respeto irrestricto a los derechos individuales de sus miembros, dejando a salvo la garantía esencial que representa para éstos la jurisdicción. Lo anterior encuentra armonía con la interpretación gramatical del artículo 10, apartado 1, inciso d), de referencia, pues la expresión utilizada por el precepto cuando establece *los medios previstos en las leyes federales o locales*, no determina que se trate de medios creados y regulados directa y totalmente por tales leyes, sino sólo que los haya *previsto*, por lo que es admisible que el legislador disponga en la ley (*prevea*) la obligación de establecer la clase de medios de impugnación intrapartidista, aunque remita para su regulación a los estatutos de los partidos; supuesto que se da con el artículo 27, apartado 1, inciso g) que se interpreta.

De la simple consulta sobre el trámite de juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, se podrá entender que el *per saltum* se ha consolidado como una figura de excepcional valía para garantizar, especialmente a los ciudadanos y militantes, el acceso a la justicia electoral. Al respecto, la Sala Superior ha formado también las tesis de jurisprudencia 9/2007 y 11/2007, de rubros: “*PER SALTUM. EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-*

ELECTORALES DEL CIUDADANO DEBE PROMOVERSE DENTRO DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL MEDIO DE DEFENSA INTRAPARTIDARIO U ORDINARIO LEGAL” y “*PER SALTUM*. LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA ES CORRECTA CUANDO SE REALIZA ANTE LA AUTORIDAD EMISORA DEL ACTO RECLAMADO O ANTE LA QUE CONOCE DEL MEDIO DE IMPUGNACIÓN ORDINARIO DEL CUAL DESISTE EL PROMOVENTE”, respectivamente.

IV. La protección de los derechos políticos, no sólo electorales

A casi tres lustros de distancia, el JDC ha demostrado su eficacia para la defensa de numerosos derechos políticos, aunque queda pendiente su universalización, toda vez que hay casos en los cuales su procedencia no se ha logrado. Se ha dicho que el ejercicio de la función jurisdiccional del TEPJF se distribuye, *grosso modo*, entre un 50% de asuntos relacionados con la protección de derechos políticos y un 50% de otros asuntos. Como puede desprenderse de la estadística mostrada al inicio de este trabajo, quizá la distribución no sea tan precisa o exacta, y en términos generales es casi seguro que existe una carga jurisdiccional mayor en el caso de la protección de derechos políticos. Esta circunstancia constituye un serio reto para el TEPJF.

En este contexto, debe señalarse que tratándose de la protección de los derechos políticos actuales en México pesa mucho el *guión electoral*, es decir, la calificación o adjetivación de los derechos políticos como electorales. Esto conduce necesariamente a una distinción innecesaria entre derechos políticos en general y derechos político-electorales en particular.

En la terminología original de la Constitución, todos son prerrogativas del ciudadano, que equivalen en los textos internacionales a los derechos políticos a secas. A la jurisdicción electoral federal le pesa este *guión electoral*, porque precisamente éste circunscribe, muchas veces, la defensa de los derechos políticos solamente a los relacionados con las elecciones populares para cargos públicos. En este sentido, considero que el destino o el futuro del TEPJF no es nada más proteger de manera exclusiva los derechos ciudadanos relacionados con las elecciones populares para cargos públicos.

El 21 de mayo de 2008, la Sala Superior dictó sentencia en el caso SUP-JDC-347/2008, promovido por un ciudadano para controvertir la omisión del gobernador del estado de Jalisco, consistente en no suspender la vigencia de un acuerdo relativo al incremento al tope máximo de la tarifa a cobrar por la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, ello en relación con la omisión del Instituto Estatal Electoral consistente en no dar trámite al procedimiento de referéndum relacionado con la vigencia del decreto antes mencionado.

El procedimiento, los requisitos, la falta de suspensión del acto reclamado y el referéndum derogatorio fueron objeto de estudio en dicho juicio. Algunos magistrados sostuvieron que la tutela de los derechos políticos del ciudadano jalisciense, en relación con el referéndum derogatorio, no era un tema que se pudiera plantear a través del juicio de protección de los derechos políticos *quión electorales*, por no constituir materia electoral. Sin embargo, la mayoría de los integrantes de la Sala Superior sostuvo lo contrario, y se concluyó que el conocimiento de los actos impugnados correspondía al Tribunal Electoral de Jalisco, por ser éste el competente para resolver las controversias que se susciten, entre otros, en los procesos de referéndum, como sucedió en este caso en el que se solicitó al Instituto Estatal Electoral de Jalisco el inicio de un procedimiento de referéndum de un decreto o reglamento emitido por el Ejecutivo estatal, y de éste la suspensión de la vigencia del acuerdo en mención.

En esas condiciones, era claro que el JDC no era el medio de impugnación procedente en contra de los actos señalados, por no resultar definitivos ni firmes, al existir la posibilidad jurídica y material de que se pudieran remediar en la instancia local, sin que se acreditara alguna de las causas por las cuales la Sala Superior debiera conocer *per saltum* del asunto.

Así, se ha comenzado a perfilar lo que es electoral, que en este sentido no solamente se refiere a la elección de un candidato para un cargo público, sino que se relaciona con la acción ciudadana de votar, en este caso que al electorado se le haga una consulta pública respecto a si se deroga o no un acto administrativo. En el caso de Jalisco fue la asignación de una tarifa en el transporte urbano. Lo electoral no es exclusiva-

mente elegir candidatos sino también elegir políticas públicas en aquellas situaciones donde el Estado o la ley local determinen la posibilidad de convocar a referéndum o a plebiscito.

La interpretación constitucional de los derechos políticos es el reto y el futuro del TEPJF. ¿Quién le va a dar el contenido al derecho a votar y a ser votado? Pues los órganos jurisdiccionales encargados de llevar a cabo la interpretación constitucional; si el legislador lo hace, en ejercicio de sus propias facultades, enhorabuena; pero en caso contrario, los tribunales electorales que sean tribunales constitucionales, no nada más el federal sino también los estatales en la medida de su jurisdicción, podrán darle contenido a esos derechos.

Los asuntos que han sido objeto de estudio y resolución en el TEPJF dan cuenta de una abundante doctrina que desde la jurisdicción se va forjando. Son casos paradigmáticos, por los alcances que pueden tener en la definición de los derechos políticos, por ejemplo, los conocidos *caso Pedraza Longi* (SUP-JDC-85/2007), *Orozco Sandoval* (SUP-JDC-98/2010) y *Sánchez Martínez* (SUP-JDC-157/2010 y SUP-JRC-173/2010 Acumulado), en lo relativo a la suspensión de derechos.

Otro punto relevante es su utilidad para la defensa de los derechos político-electorales tanto en perspectiva de género como para la solución de conflictos en los cuales se encuentran involucrados miembros de pueblos y comunidades indígenas.

Desde noviembre de 1996 a la fecha, el TEPJF ha resuelto poco más de 36 mil JDC's. De éstos, aproximadamente un 45% han sido promovidos por mujeres. Cifra que aumenta cuando se consideran juicios promovido en forma mixta, es decir, actores hombres y mujeres. Como se advierte, un alto porcentaje de mujeres acude al JDC para defender derechos de naturaleza política, lo cual es un dato alentador sobre la participación femenina en la vida política nacional.

Por otra parte, en el tema de la defensa de derechos de naturaleza político-electoral vinculados con sistemas de usos y costumbres, el JDC también ha mostrado utilidad. Desde 1999 a la fecha, se han promovido alrededor de un centenar de asuntos. Si bien hasta 2008 sólo la Sala Superior del TEPJF conoció de asuntos vinculados con comunidades indígenas, con la reforma de 2007, y especialmente a partir de

2009 las salas regionales han resuelto asuntos de este tipo (en 2009, la Sala Guadalajara resolvió cinco; la Sala Distrito Federal tres, y la Sala Toluca uno).

En este tema debe decirse que en el estado de Oaxaca es donde con mayor claridad y frecuencia se han observado litigios electorales que le plantean al TEPJF retos interesantes. Conforme a la normatividad en la materia, las elecciones celebradas bajo el esquema de usos y costumbres pueden no celebrarse si están ausentes condiciones sociales y políticas en la comunidad correspondiente que lo permitan. En no pocas ocasiones, la Sala Superior del TEPJF ha determinado que las autoridades que intervienen en la organización y calificación de estas elecciones por usos y costumbres emplean con demasiada liberalidad el recurso de la inexistencia de condiciones políticas pertinentes para la celebración de la elección; dado algún conflicto en una comunidad.

Que no se celebren elecciones una vez puede ser justificado por la controversia, por lo difícil que es concentrar a una comunidad enfrentada; sin embargo, si esa situación se mantiene durante años, nueve u once por ejemplo, se puede ver incompatible con el derecho a votar y con el régimen de forma republicana de gobierno que se consolide un régimen donde no hay elecciones municipales, porque, por los conflictos que hay, no existen condiciones para celebrar la elección.

La Sala Superior ha interpretado que situaciones de ese talante no se pueden sostener indefinidamente; todo tiene un límite y no se puede eludir la responsabilidad de obligar a la autoridad electoral del estado a que celebre elecciones, a que trate de generar consenso; porque las elecciones no solamente forman parte del interés particular de la asamblea comunitaria de cada pueblo, sino que las elecciones son una institución de interés público, son una función estatal, y como tal requiere ser respetada, acatada y cumplida.

Por último, debe decirse que a pesar de que en el ámbito local se han extendido figuras similares al JDC, ello no es suficiente. Sostengo que aún falta que la tesis Vallarta sea superada. El amparo debe dar cobijo, en el marco de un sistema de derecho integral, a los derechos políticos. El JDC es un avance, pero aún no es el punto de llegada en la plena protección de los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos.

V. Medios de comunicación y justicia electoral

Uno de los ejes temáticos de la reforma constitucional y legal 2007-2008 fue la regulación de acceso a los medios de comunicación con fines políticos. El tema se ha revelado sumamente complejo y la revisión de los asuntos en estos últimos tres años da cuenta de la dificultad que ha tenido el órgano administrativo electoral para definir criterios de aplicación en torno al tema, a pesar de la abundante reglamentación que se ha ido construyendo.

De acuerdo con los datos generados a partir de la actividad jurisdiccional del TEPJF, la actual integración de este tribunal ha conocido de 94 asuntos promovidos por concesionarios de radio y televisión, vinculados con la competencia exclusiva que se dio al Instituto Federal Electoral sobre la asignación de tiempos en radio y televisión en materia electoral.

Concesionario	snos
Televisoras	
radioisoras	
Televisoras	
radioisoras	
oa	

Entre los actores que han impugnado las resoluciones dictadas en los procedimientos sancionadores de que conoce el Instituto Federal Electoral, destacan:

Concesionario	oa
Televisión Azteca S.A. de C.V.	
Televisión S.A. de C.V.	
Televisión S.A. de C.V. ts	
Anacadi S.A.	
Cadena Adidisa Eicana S.A. de C.V.	
Cadena Televisa del te S.A. de C.V.	
Cent de ecencia dlada S.A. de C.V.	
ecencia dlada de Ciudad ez S.A.	
Isa adial del te S. A. de C.V.	
licidad la tsina S.A.	
Sistema intanaense de Comunicación Social	
TV Iezan S. A. de C. V.	
tas	
oa	

De la tabla anterior, se puede advertir que los concesionarios que han promovido más recursos ante el Tribunal han sido Televisión Azteca y Televimex, con 64% del total de impugnaciones. Las mencionadas empresas han impugnado 59 sanciones de las cuales el Tribunal se ha pronunciado sobre 45 (14 recursos, al momento de elaborar este trabajo, seguían en sustanciación: 1 en donde Televimex es actor y 13 donde lo es Televisión Azteca).

De las sanciones impugnadas por Televimex y Televisión Azteca ante el TEPJF sobresalen las de carácter pecuniario: más del 80% de las sanciones impugnadas son multas:

Concesionario	Impugnación	Sanción impugnada	
		Pecuniaria	Otra
Televisión Azteca	13	11	2
Televimex	46	38	8
Total	59	49	10

Por otra parte, el efecto que tienen las resoluciones del TEPJF sobre las resoluciones del IFE que son impugnadas se puede advertir en el siguiente cuadro:

Concesionario	Confirmada	Revocada	Reintegrada	Reintegrada por el IFE	Otra
Televisión Azteca	1	0	0	0	0
Televimex	13	0	0	0	0
Total	14	0	0	0	0

Como puede advertirse, de las 45 sanciones que ha revisado el TEPJF, solamente se ha revocado una que fue impuesta a Televisión Azteca. Del total impugnado por las televisoras referidas, el 29% de las sanciones han sido confirmadas, mientras que en 56% se ordenó al Instituto Federal Electoral reintegrar la sanción.

VI. Propaganda gubernamental y promoción personalizada de servidores públicos

A partir de la reforma constitucional electoral de noviembre de 2007 se impusieron una serie de prohibiciones en materia de propaganda gubernamental, y ante su incumplimiento la autoridad adminis-

trativa electoral debe llevar a cabo las diligencias de investigación para ordenar el cese de la propaganda ilícita y dar vista a los órganos de vigilancia correspondientes.

Sobre estos temas, el TEPJF ha conocido de impugnaciones relacionadas con el tema desde 2007, como se puede observar en la siguiente tabla:

Año	Año	Año
2007		
200	27	2
200		0
200	70	
o		

Al momento de redactar este trabajo, se encuentran 13 asuntos en instrucción.

Respecto de los medios de impugnación que se han originado en torno a estas temáticas, debe señalarse que de las impugnaciones recibidas se puede clasificar a los promoventes como:

Comparecientes
Denunciantes de violaciones en materia de
roaanda institucional o de uncionarios licos
uncionarios licos u ranos de oierno
inradores
tros sancionados arti dos elevisoras
tros erceros interesados
ota

Asimismo, el análisis de los medios de impugnación presentados nos permite señalar que en lo relativo a nivel de gobierno y tipo de propaganda denunciada, se destaca lo siguiente:

Propaganda denunciada			
uoridad	adio o	nerne	ro aco prena ecria aco pico epacacuare
oa			

Lo más relevante en estos casos, ha sido la definición de abundantes criterios que sirven para guiar la actuación de los órganos electorales, así como de los ciudadanos, servidores públicos, candidatos y partidos políticos. Ello resulta relevante si se considera que la reforma constitucional en esta materia ha generado diversas controversias, principalmente relacionadas con la ausencia de sanciones para algunos servidores públicos cuando se trasgreden los principios constitucionales que rigen a la propaganda gubernamental.

VII. Otros temas

Un reto importante para el TEPJF es, sin duda, el combate a la simulación y fraude a la ley en la selección de autoridades que debieran tener un origen electoral. Uno de tales casos, hace referencia a aquellas situaciones descubiertas por el órgano jurisdiccional electoral federal consistentes en acuerdos entre los partidos políticos para, simulando una elección o sin que medie ésta, repartirse los cargos concejiles.

Existen convenios entre partidos en comunidades pequeñas para que, una vez celebrada la elección municipal, todas las posiciones del ayuntamiento sean cubiertas por integrantes de un determinado partido, con el compromiso de que en la siguiente elección todos los cargos serán para el otro partido político. Así, en algunas comunidades de nuestro país los propios partidos, por consenso, se colocan al margen del orden público establecido en las leyes electorales y no respetan la voluntad de los electores ni las reglas de la representación proporcional.

Casos similares son aquellos en los que, tras la elección y la entrega de la constancia de mayoría o de asignación a un determinado candidato a integrante de un ayuntamiento, el presidente municipal sencillamente no les toma la protesta ni les da posesión del cargo, aduciendo que quien obtuvo la mayoría fue su partido.

Un caso adicional, que ha sido comentado ampliamente, aunque no llega a los tribunales es el de las diputadas electas por el principio de representación proporcional que una vez obtenido el triunfo y rendido la protesta constitucional, solicitan licencia para separarse de sus encargos y en su lugar quedan suplentes varones, siendo que las diputadas obtuvieron tales posiciones por la vía de las cuotas de género.

Finalmente, dos comentarios sobre aspectos que tienen que ver con una posición personal sobre los alcances que debe tener el TEPJF en el desempeño de las funciones que le competen en su calidad de tribunal constitucional y máximo órgano especializado en la materia electoral:

A) Considero que la calificación de la elección presidencial no debe ser abordada como un mero dictamen por parte de la Sala Superior del TEPJF y que en la ley se deben prever las causales específicas de nulidad, así como un procedimiento contencioso. La calificación de la elección presidencial debe convertirse en un auténtico proceso jurisdiccional y dejar de ser un mero dictamen administrativo.

B) Por lo que toca a la protesta del presidente, creo que ésta debe tomarla el órgano que califica la elección, en caso de que se mantenga la necesidad de protestar ante una autoridad. Un cargo se ha de protestar ante el órgano que decide en torno al proceso de elección y ante quien califica la elección y resuelve en definitiva los litigios generados en torno a dicha elección. Es decir, quien ocupe el cargo de presidente de la República por virtud de un proceso electoral, debiera rendir la protesta correspondiente ante la Sala Superior del TEPJF. Con ello se evitaría que órganos políticos como el Congreso, que además ya no califica la elección presidencial, tomen la protesta.

Estos dos puntos, insisto, son retos que deben quedar en la agenda previa al proceso electoral del 2012, como parte de la discusión que deben iniciar el órgano revisor de la Constitución y el legislador ordinario. Las decisiones que sobre el particular se adopten tendrán un impacto en la justicia electoral de este país, pero especialmente nos permitirán fortalecer las instituciones que buscan consolidar el modelo democrático mexicano.

¿QUÉ ES LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO?

*Miguel Carbonell**

*Rubén Sánchez Gil***

SUMARIO: I. Bases fundamentales; II. Desarrollo del fenómeno; III. La (des)constitucionalización mexicana: balances y perspectivas.

RESUMEN

Como un panorama conclusivo de la constitucionalización en México, podemos decir que a pesar de que existen avances, aún se requiere un importante esfuerzo doctrinal que permita conocer las bases teóricas de la constitucionalización. También debemos comenzar a producir nuestras propias elaboraciones teóricas, las cuales pueden coincidir con lo mejor que hay en el mundo, sin por ello perder de vista la necesidad de aplicación directa a nuestro ordenamiento jurídico. Y quizá más que esa producción académica necesitamos una nueva y diferente actitud de todos los operadores jurídicos hacia la Constitución.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchis o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

I. Bases fundamentales

De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender un proceso de transformación de éste, al término del cual “resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”, porque la Ley Fundamental resulta “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.

La diferencia entre un ordenamiento “constitucionalizado” y otro que no lo está consiste en que en el último la Constitución, si tuviera algún carácter normativo, está limitada a ser un mero catálogo de restricciones a la actuación estatal, funge como un “orden marco” que sólo es operativo al transgredirse claramente los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y en el primero, en cambio, resulta ser un “orden fundamental” que impone realizar determinadas acciones y ya no sólo abstenciones al Estado y aun a las personas privadas. Así, la “constitucionalización” no puede explicarse por la sola supremacía jurídica de la Ley Fundamental, sino también procede de otros factores.

La *rigidez y la garantía jurisdiccional de la Constitución* son, nuevamente siguiendo a Guastini, los primeros elementos que contribuyen a este fenómeno. Para que su contenido pueda permear al resto del ordenamiento, es preciso que la Constitución no pueda alterarse por medios ordinarios; y para asegurar la objetividad de su significado y su aplicación, se requieren los elementos institucionales y procedimentales que caracterizan al diseño y el ejercicio del Poder Judicial, de los que carecen los órganos netamente políticos.

También hay elementos menos obvios que anota el citado profesor italiano, aunque otros autores usan diferentes términos:

1) *Fuerza vinculante de la Constitución*. El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental. Desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos; pero de lo

que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes. Esto es particularmente relevante para las mal llamadas “disposiciones programáticas” —como las que expresan los derechos sociales— que tradicionalmente se vieron como simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos, a las que hoy se les reconoce un “contenido mínimo”, como ha expresado el Tribunal Constitucional español (STC 15/1981, F.J. 8).

La fuerza vinculante y la aplicación que de las normas constitucionales hagan los tribunales dependen en buena medida del tipo de normas de que se trate. No es lo mismo aplicar una norma de principio (del tipo “A ninguna ley se dará efecto retroactivo...”; o “No se podrá discriminar a ninguna persona por razón de su origen nacional”), que aplicar una norma redactada como regla (del tipo “Ninguna detención podrá superar las 72 horas sin que esté justificada por un auto de formal prisión”).

2) “*Sobreinterpretación*” constitucional. Esta modalidad hermenéutica consiste en otorgar a un texto un significado ulterior al que originalmente previera su autor, y por eso supera la lectura meramente literal y adopta una calidad extensiva. A través de este tipo de interpretación se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. Apunta Guastini que cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos o indiferentes al derecho constitucional: toda decisión jurídica está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional.

La sobreinterpretación constitucional deriva de la *teoría axiológica* de la Constitución. Al imponer la Ley Fundamental el cumplimiento de determinados fines y no solamente establecer cotos a la acción estatal, convierte dichos objetivos en “valores” que califican la licitud de los elementos del ordenamiento: la medida en que la conducta avalada por una norma ordinaria del ordenamiento jurídico los satisfaga, determinaría su validez; y según los “valores constitucionales” con que se relacionen y el grado en que los cumplimente, una elaboración ju-

rídica (legislativa, administrativa o judicial) sería preferible a otra(s). La Constitución y en particular los derechos fundamentales se erigen en un “orden axiológico objetivo” que vale como “decisión fundamental constitucional *para todos los ámbitos del derecho* [...], que] reciben de él *líneas directrices e impulso*”, como estableció el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198 [205]), sentencia que hace poco más de cincuenta años (1958) fundó la línea jurisprudencial de esta teoría.

De esta manera, conforme satisfaga la axiología fundamental, una norma jurídica ordinaria puede relacionarse en mayor o menor medida con alguna disposición constitucional, aunque ésta originariamente no haya previsto el caso de que trate. Esto en un sentido revela que debe buscarse la relación que guarden las normas ordinarias con las fundamentales y determinarse cómo la establecen, dándose nuevas perspectivas al significado del texto constitucional, debido a que los elementos del ordenamiento jurídico no pueden ser indiferentes a la satisfacción de la axiología de la Ley Fundamental, que así tiene un “efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)” a todos los ámbitos del derecho; y en sentido contrario, a que la operación jurídica ordinaria deba indagar y considerar las “líneas directrices” de la Constitución.

La sobreinterpretación se produce con una intensidad muy notable cuando se trata de materias vinculadas con los derechos fundamentales. Esto puede ocurrir en varios momentos de creación y recreación del ordenamiento jurídico. Pensemos en el supuesto de que se tenga que dictar un nuevo código penal; el legislador tendrá que atender de forma extensa las exigencias de protección de bienes de relevancia constitucional, sobre todo si tienen la forma de derechos fundamentales. Lo mismo sucede cuando un juez civil debe resolver casos de adopción, de alimentos a favor de menores de edad, de tutela, etcétera. También es muy intensa la sobreinterpretación, por las razones que ya apuntamos, en lo referente a las tareas a cargo del Estado; los mandatos constitucionales que tienen que ver con políticas públicas a cargo del Estado (políticas educativas, sanitarias, de desarrollo urbano, de equilibrio presupuestal, de desarrollo sustentable) invaden la legislación administrativa y la práctica de todos los órganos públicos. La

Constitución impregna las decisiones políticas y el curso de acción de las autoridades.

Lo anterior no significa ni implica que la Constitución asfixie el proceso político “por saturación jurídica”. Nada de eso. El marco de actuación de las autoridades sigue siendo muy amplio, pues las constituciones con frecuencia nos ofrecen solamente las grandes líneas de actuación, ciertamente vinculantes, pero no detalladas. Dentro de ellas hay márgenes prudentes para la puesta en marcha de programas políticos que pueden estar orientados por distintas ideologías. La Constitución, por citar un caso, no predetermina el modelo económico en todos sus detalles. El marco de actuación en ese campo es suficientemente amplio para que puedan sentirse cómodos gobiernos de izquierda, de centro y de derecha, y para que puedan materializar opciones programáticas por las que votaron los ciudadanos, en uno u otro sentido.

3) *Aplicación directa de las normas constitucionales*. Esta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y b) que todos los operadores jurídicos, en particular los jueces, pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o de principio. Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.

4) *Interpretación conforme de las leyes (y otros elementos jurídicos)*. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley. La “interpretación conforme” se da cuando, al tener la posibilidad un operador jurídico de aplicar a un caso concreto la interpretación X de una ley —u otro integrante ordinario del sistema jurídico— o la interpretación Y, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, esta modalidad hermenéutica también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional y otra que no lo hace, el operador deberá preferir ésta de forma ineluctable, sin

que sea posible que escoja la otra. De hecho, la jurisdicción constitucional en algunos países ha emitido sentencias en las que se precisa la “única” interpretación conforme a la Constitución de alguna ley. De esa forma la correspondiente sentencia señala que cualquier otra interpretación sería inconstitucional y, en consecuencia, estaría vedada para los jueces ordinarios y para cualquier otro órgano de aplicación.

5) *Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self-restraint* frente a lo que en alguna época se ha llamado las “*political questions*”, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean conducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus propuestas de gobierno.

La exposición anterior corrobora que esta “penetración” del derecho constitucional en el ordinario y en el proceso político no sólo implica la simple supremacía constitucional sino también, como afirman Schuppert y Bumke, “se relaciona con el desarrollo de las funciones constitucionales y con la *concepción constitucional* de los actores participantes”. Y así la constitucionalización adquiere una dimensión *ideológica* y no sólo una metodológica: la plena eficacia normativa de la Ley Fundamental requiere que tienda a ella la actuación de los poderes públicos —en especial los jurisdiccionales— y aun también de la de los particulares en tanto la Constitución busca regir la totalidad de la vida social y no sólo la actividad estatal; según la atinada fórmula de Konrad Hesse, ella necesita de una “voluntad por la Constitución (*Wille zur Verfassung*)”, un impulso cultural de buscar el máximo grado su cumplimiento y la satisfacción de sus objetivos, por su reconocimiento como “factor de legitimidad política e integración social”.

II. Desarrollo del fenómeno

El fenómeno de la constitucionalización puede partir de la idea de que la Ley Fundamental no tiene por objeto sólo limitar el poder público, sino *orientar* su actuación a través del resto del ordenamiento jurídico hacia la realización de sus valores. La “orientación” en este caso significa “comprender cada acción en el seno de una *totalidad con sentido* dirigida a la realización de ciertos valores”, según Luis Villoro; y el objetivo constitucional es el siguiente: que en todo el ordenamiento jurídico impere el “*ethos*” que prevé ese texto fundamental, por el debido apego que debe tener todo elemento jurídico a los valores que lo integran. La referencia al cumplimiento de las normas constitucionales y por consiguiente a la realización de los valores establecidos por ellas, sirve de *común denominador* de todo el ordenamiento jurídico.

La realización de los valores constitucionales incumbe en primer lugar al legislador, quien impulsa y determina este proceso; su situación resulta de suma importancia en los sistemas jurídicos romanistas como los de Europa continental y Latinoamérica, en que la ley ordinaria mantiene un papel estelar en el ordenamiento. A él toca adoptar decisiones políticas que tiendan a implementar efectivamente el proyecto constitucional en la vida social, atendiendo a las peculiaridades históricas y las situaciones particulares de cada ámbito jurídico; pero también funge como vanguardia en la conciliación de fines constitucionales que colisionan en determinadas situaciones. Los alcances generales de la legislación y su grado de abstracción permiten que las disposiciones legislativas que concretizan los valores constitucionales, hagan que éstos tengan una eficacia adecuada en diversos ámbitos y en circunstancias específicas en que quizá no hubieran sido notados por los operadores jurídicos que tratan con los casos particulares, dándoles efectos mucho más extensos que cualquier otro elemento jurídico.

Sin perjuicio del importante papel del legislador, recién expuesto, y como veremos aun a su pesar, la orientación total del ordenamiento jurídico se debe en buena parte a los “operadores jurídicos particulares” que lidian con casos concretos en que los mandatos constitucionales deben hacerse efectivos para personas con nombres y apellidos

—o quizá sin ellos—. Esta “orientación concreta” a la Constitución se efectúa de dos maneras, no necesariamente separadas una de la otra: a través de la aplicación directa de las disposiciones constitucionales, y por la “interpretación conforme a la Constitución”.

En el pensamiento tradicional europeo únicamente estaban sujetos a las normas constitucionales los actos inmediatamente subordinados a sus disposiciones como leyes, reglamentos y “ciertos actos individuales”; éstos eran los únicos que podían ser regidos por la Constitución, en tanto la regularidad de cualquier otro dependía solamente de su conformidad a la ley ordinaria; y lo anterior explica la existencia de “fórmulas normativas”, declaraciones explícitas sobre la obligatoriedad general de las disposiciones constitucionales, que hoy nos parece que sólo manifiestan una ingente obviedad.¹ La idea de que la Constitución no sólo contiene un mero programa político sino que su naturaleza es plenamente normativa y por ello rige en toda situación, tiene que resultar de pensar que intenta establecer en la realidad un orden de cosas que se estima deseable, su logro por lo mismo tiene carácter normativo; es decir que su contenido está dirigido a *determinados valores que se deben realizar*. Por tal virtud, ante el eventual “vacío legislativo” que omite indicar a los operadores jurídicos un camino específico a seguir en su actividad, ellos se encontrarán en la obligación de recurrir al orden constitucional para orientarse y ubicar su labor en el proyecto que el mismo ha fijado.²

III. La (des)constitucionalización mexicana: balances y perspectivas

Muy sucintamente (quizá demasiado) expusimos en los párrafos anteriores aquello en lo que consiste a nuestro modo de ver la “constitucionalización”. Esta reflexión sería incompleta si no refiriéramos este fenómeno al sistema jurídico mexicano; lo haremos en dos sentidos: uno político y otro estrictamente jurídico.

¹ Son ejemplos los artículos 1.3 de la Ley Fundamental alemana y 9.1 de la Constitución española, que respectivamente dicen: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a la legislación, al poder ejecutivo y a la jurisdicción, como derecho inmediatamente válido”; y “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

² Véanse BVerfGE 25, 167 (179-188); y 49, 286 (301); y también STC 112/1989, F.J. 2.

La dificultad para alcanzar consensos específicos en la dirección política *tiene* que ser orientada por el consenso general que se supone imbibido en las grandes líneas que traza la Constitución; tal es el papel que corresponde a los “textos fundacionales” como resulta ser cualquier ley suprema. Pero este lugar común adquiere especial aplicación en un país que, como el nuestro, se encuentra en una compleja y difícil transición democrática; la Constitución no puede verse como un catálogo de buenos deseos y simples “recomendaciones” al poder político, sino está llamada a regir *efectivamente* todos los aspectos de la vida social con que sus principios tengan relación; y nada insólito sería que su texto fuera la *única orientación* para el quehacer político. En estas circunstancias inciertas y precarias, la Ley Fundamental tiene la función de guiar la conducta social pública y privada, que habrá de tener inspiración en los valores consagrados en ella.

El hecho de ser la única orientación no significa, desde luego, que se trate de un marco que constriña de forma abusiva las distintas opciones políticas que pueden tener cabida dentro de un Estado constitucional. La Carta Magna suministra un marco de actuación muy amplio, dentro de que se pueden expresar las distintas ideologías políticas y las diferentes opciones programáticas de partidos políticos con perspectivas divergentes sobre los temas de interés general. Así sucede con materias como la economía, las infraestructuras, la política tributaria, las cuestiones laborales, lo relativo a la inversión extranjera, a los sectores bancario y bursátil, etcétera. La Constitución no busca asfixiar el proceso político “por saturación jurídica”, sino propiciar las condiciones para un intercambio fértil de opciones políticas.

Basándonos en las conclusiones de José Ramón Cossío, podemos afirmar que la eficacia constitucional va de la mano de la teoría a través de la cual adquiere perspectiva su aplicación, y aunque sería ingenuo negar que la realidad del poder puede influir la dogmática jurídica, es correcto decir que una concepción constitucional “minimalista” —que durante largo tiempo imperó en México, según dicho autor— solapa la prevalencia del “ser” sobre el “deber ser” en la vida pública³. Y así

³ No se debe confundir el minimalismo constitucional con el minimalismo judicial; este último, tal como lo han defendido autores como Cass Sunstein, se basa en la idea de que los tribunales constitucionales deben atender solamente los temas más importantes y fijar las grandes líneas evolutivas de un sistema constitucional, sin abrir varios flancos de debate al mismo tiempo. La

tenemos que nuestra Constitución fue por décadas relegada a ser un traje de fiesta para cada 5 de febrero y objeto de una lectura obtusamente formalista, constantemente sesgada —como muestra la historia del derecho a la información o a los derechos sociales, por citar solamente dos ejemplos— y basada en una dogmática en clave chauvinista, de elementos insuficientes por su clausura al diálogo comparado para afrontar y racionalizar los conflictos, y el descuido académico que salvo algunas excepciones campeó en la ciencia jurídica aplicada al campo constitucional.

La vida política mexicana de hoy resulta muy diferente a aquella en que se asentó esa concepción “minimalista”: nuestra sociedad es muchísimo más plural (política y socialmente hablando), y esto dificulta el consenso para tomar y aceptar las decisiones políticas *lato sensu* (jurisdiccionales inclusive), pero también enriquece el escenario del debate público. Esto fue expresamente considerado en los motivos de la iniciativa de la reforma judicial de 1994, que para ello buscó promover una “cultura constitucional” en México.

No obstante que a la interpretación constitucional son ingénitas ciertas dificultades, tensiones y aun francos conflictos, la *objetividad del texto constitucional* limita los sentidos de cualquier discusión y ofrece un mínimo pero suficiente parámetro de solución con los elementos generales del esquema político que establece. La Ley Fundamental no admite cualquier decisión del poder público sino sólo aquellas que promuevan los fines de los derechos fundamentales y sociales, y otras disposiciones de carácter dogmático (como las de sus arts. 30. y 40). El Estado se vuelve un instrumento al servicio de los derechos fundamentales y de otros valores y bienes jurídicos constitucionalizados, los cuales se proyectan al conjunto del ordenamiento jurídico.

Los principios de dicho esquema político están llamados a regir óptima y eficazmente a los actores sociales (públicos y privados), y por ello éstos deben buscar en él la dirección normativa de sus accio-

evolución de cualquier sistema constitucional necesita ir poco a poco y caminando sobre una ruta cierta. En todo caso, se trata de una perspectiva que quizá tenga algún sentido en países con mayor tradición constitucional, pero que no parece muy apropiada para contextos políticos y sociales como el mexicano, en el que faltan tanto por hacer y por construir. El punto de vista de Sunstein puede verse en su libro “*One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*”. Cambridge, Harvard University Press, 1999.

nes. Las libertades fundamentales, el federalismo o el régimen democrático, no están previstos gratuitamente en la Constitución sino que tienden a lograr situaciones que su autor, en teoría el pueblo soberano, consideró deseables. Tal es el motivo y la clave que impone la *realización plena* de los objetivos generales y específicos que se hallan tras los valores constitucionales.

Es evidente la dimensión política de la “Constitución invasora” de que habla Guastini, y sus implicaciones para la creación y aplicación jurídicas: propone la indefectibilidad de la atención a los fines constitucionales en todos los aspectos de la vida política, cuya principal manifestación es el derecho. Un claro ejemplo: la inédita discusión pública constitucional en torno de la “reforma petrolera” de 2008, que contó con enfoques iusfundamentales y de otra índole constitucional; independientemente de su resultado concreto, el haberse puesto sobre la mesa este debate y abordarlo desde diversas *ópticas constitucionales*, representó un paso hacia delante para la dimensión política de la constitucionalización del ordenamiento mexicano.

Pero caeríamos precisamente en el “minimalismo constitucional” si pensáramos que debe tornarse a la Ley Fundamental sólo en los “grandes momentos” como el indicado. Si ésta ha de regir efectivamente la convivencia social, debe imperar en *cada acto legislativo, administrativo o jurisdiccional*; y especialmente en estos últimos, puesto que la judicatura (desde la Suprema Corte hasta el ínfimo juez) se halla especialmente obligada a defender los valores liberaldemocráticos establecidos por la Constitución y los derechos que hacen surgir.

Muy paulatinamente, porque el proceso no puede ser más que gradual por implicar un cambio de *actitud* de los operadores jurídicos y requerir aquella “*voluntad por la Constitución*”, la praxis judicial está dando lugar a una lenta constitucionalización del ordenamiento jurídico de nuestro país. Ésta enfrenta aún trasnochados paradigmas, burocratismo y falta de difusión de los complejos esquemas teóricos que requiere su entendimiento (no sólo para promoverla, sino también para establecer sus límites), que impiden su adecuada realización y la elaboración cabal de una dogmática constitucional moderna para México. En muchas ocasiones, nuestros tribunales —los que cuentan con jurisdicción constitucional inclusive— dirigen sus esfuerzos a in-

tentar justificar la inaplicabilidad de algún concepto constitucional o minimizar sus alcances, en vez de hacer lo contrario y procurar darle alguna forma de incidencia normativa o llevarla a óptimo término, como fue la voluntad de su autor.

Están sentadas las bases para la plena eficacia normativa de la Constitución mexicana: nuestros tribunales han reconocido que ésta contiene un “sistema de valores” (controversias constitucionales 19/95 y 31/97, tesis P. XXVIII/98⁴ y I.4o.A.439 A) al cual debe atenderse para “lograr la óptima aplicación del derecho”. En materia de “garantías individuales”, la Suprema Corte ha considerado que es evidente “la voluntad constitucional de asegurar *en los más amplios términos* el goce de los derechos fundamentales” (tesis 1a./J. 37/2008; cursivas añadidas); no basta que se consideren o que tímidamente se les dé efecto, la Constitución manda que deben tener “los más amplios términos”, de modo que cualquier aplicación menor a su *máxima eficacia* resulta ilícita. Y esto último es predicable de todo principio constitucional, incluso los de carácter “programático” como los contenidos en los artículos 25 y 26 constitucionales, según mostró la Corte en el caso *Ley de Medios* (acción de inconstitucionalidad 26/2006).

La plena eficacia de la Constitución, como hemos visto, lleva a su aplicabilidad inmediata en toda relación jurídica y por cualquier operador jurídico, privado inclusive. La inmediata aplicación constitucional no es nada nuevo en nuestro país, ni se imitó “extralógicamente” de otros sistemas: como sabemos la misma vida práctica del juicio de amparo surgió de ella en 1849, y desde hace tiempo la Suprema Corte viene afirmándola especialmente en relación con la garantía de audiencia, cuya omisión es inexcusable “aun cuando la ley que rige el acto reclamado no establezca tal garantía, toda vez que el artículo 14 de la Constitución Federal impone a todas las autoridades tal obligación” (*Apéndice 1995*, t. VI, p. 54). La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, la llamada “*Drittwirkung*” también ha ocupado a la Corte quien acuñó el término de “ilícito constitucional” para denominar la realización de una conducta particular prohibida por la Ley Fundamental (tesis 2a. CLXI/2000); este tema enfrenta un casi

⁴ Reiterado jurisprudencialmente en la controversia constitucional 14/2001 y la acción de inconstitucionalidad 26/2004 y acumuladas.

nulo tratamiento de la doctrina mexicana y poca dedicación y claridad por parte de la jurisprudencia.

El caballo de batalla de la constitucionalización, la interpretación conforme a la Ley Fundamental, tampoco es una idea nueva en México —en 1940 la practicaba la Suprema Corte, suponemos que siguiendo la jurisprudencia norteamericana en que tuvo origen—, pero por obvia influencia del neoconstitucionalismo europeo su empleo se catalizó en los últimos años y cada vez resulta más frecuente ver precedentes que explícitamente echan mano de ella (por todas, véase la tesis P. IV/2008⁵). En realidad, *no existe una dogmática mexicana sobre la “interpretación conforme” sino un conjunto de simples frases hechas*: no se ha analizado doctrinal o jurisprudencialmente, ni siquiera de manera somera, cuál es su naturaleza y sus límites, los efectos que produce su resolución y las implicaciones procesales que tiene, entre los problemas que suscita esta modalidad hermenéutica.

Debe mencionarse, para robustecer lo que estamos explicando, un importante criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶ Su contenido es *ejemplar* en diversos aspectos: afirma explícitamente la *fuerza normativa* de la Constitución y su aplicación directa; la vinculación de toda autoridad —incluyendo la misma Corte—, en toda situación, y a todas sus disposiciones en todo caso; y sobre todo la obligación de buscar la *máxima realización* de los principios establece que la Ley Fundamental. Pero en particular, es sumamente relevante por acertar en la verdadera dimensión de la interpretación conforme a la Constitución en el contexto del neoconstitucionalismo, que revela la verdadera potencia de esta técnica hermenéutica: no reducirse a la alternativa entre una interpretación “constitucional” y otra “inconstitucional”, sino también ser aplicable cuando hay que optar entre una alternativa “constitucional” y otra “más constitucional”. Ésta es la sutileza que exige el derecho constitucional de nuestros días, y que pocas veces se ha puesto tan de relieve como en el criterio que comentamos. Lo que otras jurisdicciones descubrieron y asentaron hace décadas, la jurisprudencia mexicana está comenzándolo a utilizar en tiempos recientes.

⁵ Reiterada jurisprudencialmente en la acción de inconstitucionalidad 58/2008.

⁶ CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9a. época, t. XXVIII, noviembre de 2008, tesis 1a. LXX/2008, p. 215.

Pese a los avances, todavía estamos muy lejos de hablar de un ordenamiento “constitucionalizado” en México, y en esto tienen la jurisdicción y la academia una importante responsabilidad. Sólo un par de ejemplos: en el amparo directo en revisión 1121/2007 resuelto por la Primera Sala de la Corte, la incomprensión de diversas figuras teóricas al servicio de la plena eficacia constitucional (a saber: la optimización de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad), aunada a una falta de “voluntad por la Constitución”, provocaron que precisamente dichas construcciones teóricas hayan servido a una exorbitante, por todos lados injustificada, afectación al derecho a la tutela judicial efectiva; y la alusión a la “interpretación conforme” parece poder “justificar” casi cualquier decisión, incluso inconstitucional por ir contra la proscripción del control difuso (tesis I.4o.C.144 C) que según la Corte mantiene nuestro sistema constitucional —salvo por la competencia otorgada por el sexto párrafo del artículo 99 de la ley suprema al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Sobre esto último, el ejercicio de un “control difuso”⁷ embozado como “interpretación conforme a la Constitución”, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado un precedente esclarecedor, al menos para mostrar la incorrección de aquella práctica, porque ya reconoce que dicha modalidad interpretativa encuentra su límite en los alcances semánticos del texto ordinario:

todas las autoridades ordinarias o de control constitucional, están obligadas a [aplicar la Constitución] directamente, particularmente cuando se está en presencia de derechos fundamentales, aplicación que ya ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos precedentes. No obstante, las autoridades distintas a los Jueces Constitucionales del Poder Judicial de la Federación deben aplicar directamente la Constitución *hasta el límite de lo dispuesto en*

⁷ Como sabemos, el estado de la cuestión del “control difuso” en nuestro medio, de acuerdo con la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (tesis P./J. 73/99, P./J. 74/99, y lo resuelto en la contradicción de tesis 2/2000-PL), es que se encuentra proscrito; nadie más que el Poder Judicial de la Federación actuando en ejercicio de su jurisdicción constitucional puede declarar que una norma general o un acto, propio o ajeno, son contrarios a la Constitución. Sin embargo, para la interpretación sistemática y finalista que sustenta la opinión de la Suprema Corte en este sentido, cuya validez es indiscutible por provenir del máximo intérprete autoritativo de la Ley Fundamental, siguen siendo problemáticos el texto del artículo 133 constitucional y su historia. Véase SÁNCHEZ Gil, Rubén. “*El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002*”. *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional. (11):199-229, julio-diciembre 2004. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

una ley formal y material; es decir, sólo deben aplicar e interpretar los contenidos constitucionales.⁸

Un punto que ha sido deficiente en nuestro derecho constitucional, aun en estos días, es el relativo a los límites de los derechos fundamentales cuya restricción autoriza expresamente la Constitución, generalmente al legislador. Tradicionalmente se ha dicho, en términos llanos, que si la Constitución autoriza a la ley limitar un derecho constitucional, el legislador puede hacer lo que quiera con él porque actúa dentro de su “margen constitucional” de actuación, y no lo está restringiendo sino “regulando”. Kelsen ya había opinado sobre esto:

Si el derecho positivo no diferencia estas dos formas [de leyes formal y materialmente inconstitucionales], el establecimiento de principios, de direcciones, de límites, al contenido de las leyes, no tiene *ningún sentido jurídico*, y no es más que una *apariencia querida por razones políticas*, como son, por otro lado, las libertades garantizadas en forma constitucional en el caso frecuente en que la Constitución autoriza a la legislación ordinaria a limitarlas.

La juridicidad misma de los derechos fundamentales, o cualquier otro principio que admita regulación ordinaria, depende de que se respete su contenido esencial; la amplia autorización literal para su limitación, no llega al extremo de que queden vacíos de contenido. En esto ha sido ejemplar la jurisprudencia clásica del Tribunal Constitucional Federal alemán; éste ha sostenido que en tales casos

La opuesta relación entre el derecho fundamental y la “ley general” no ha de concebirse entonces como la restricción unilateral de la validez del primero por la última; más bien tiene lugar un efecto recíproco en el sentido de que las “leyes generales” en verdad a la letra establecen límites para el derecho fundamental, pero por su lado deben ser interpretadas a partir del reconocimiento de la importancia de este derecho fundamental en el Estado liberal y democrático, que establece un valor (*wertsetzend*), y así de vuelta restringidas ellas mismas en su efecto limitativo del derecho fundamental.⁹

⁸ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SU APLICACIÓN DIRECTA CORRESPONDE INDISTINTAMENTE A TODAS LAS AUTORIDADES ORDINARIAS O DE CONTROL CONSTITUCIONAL, SIEMPRE Y CUANDO NO DESAPLIQUEN, PARA ESE EFECTO, UNA LEY SECUNDARIA”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9a. época, t. XXIX, enero de 2009, tesis 2a. CLXII/2008, p. 781 (cursivas añadidas).

⁹ BVerfGE 7, 198 (208-209) (cursivas añadidas). Se trata del célebre caso *Liith*, en que se estableció la influyente idea de que los derechos fundamentales forman un “orden de valores objetivos”.

Más tarde y apoyándose en el pasaje transcrito en el cual se desarrolló el “principio de que si el legislador se moviera en el ámbito iusfundamentalmente protegido, deberá tomar la importancia del derecho fundamental en el ordenamiento social como punto de partida de su regulación”, el mismo tribunal resolvió en el *Caso de las Farmacias* relativo a la libertad profesional, que “mientras más intervenga el legislador en [...el derecho fundamental...], tanto más fuertemente estará limitado”, porque “[n]o él determina el contenido del derecho fundamental sino, a la inversa, puede resultar de dicho contenido una limitación interna de su discreción legislativa”.¹⁰

Mucho puede aprender México de tornar a estos precedentes en un ejercicio de comparación jurídica. Aun cuando el propio texto constitucional permita amplísimamente que el legislador ordinario —u otra autoridad— restrinja o “regule” un derecho fundamental u otro ámbito constitucional, esta libertad de configuración no llega al extremo de que las disposiciones relativas impidan de manera desproporcionada, haciéndolo nugatorio, el aprovechamiento del valor constitucional sustantivo de que se trate, es decir su *contenido esencial*.¹¹ Tres diferentes expedientes resueltos por la Suprema Corte mexicana nos ayudarán a ilustrar lo anterior: por un lado las acciones de inconstitucionalidad 2/2004 y 14/2004, y por el otro la número 26/2006 (el célebre caso conocido en la opinión pública como *Ley de Medios*).

Los dos primeros asuntos versaron sobre impedimentos legislativos para la formación de coaliciones entre partidos políticos, establecidos en las leyes electorales de los Estados de Tlaxcala y Quintana Roo, y fueron resueltos idénticamente. La Corte inició diciendo en las ejecutorias correspondientes que los derechos fundamentales de asociación y reunión no pueden considerarse absolutos, y bajo la indicación textual del artículo 41 constitucional de que “la ley determinará las formas específicas de [la] intervención [de los partidos políticos] en

¹⁰ *Ídem* 7, 377 (402-409). El examen propuesto para la libertad profesional por el Tribunal Constitucional Federal alemán es a decir verdad más complicado de lo expuesto, y se integra por un análisis en “tres niveles” sucesivos de la medida en cuestión, fórmula ya clásica en la dogmática constitucional.

¹¹ Finalmente, el concepto de “contenido esencial” fue admitido en México al reconocerse el principio de proporcionalidad: Pleno, amparo en revisión 307/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9a. época, t. XXVII, abril de 2008, pp. 830-831 (ejecutoria de la que procede la jurisprudencia P./J. 103/2007).

el proceso electoral”, al legislador corresponde “regular” dicha participación y por lo tanto determinó la licitud de que no se permita la formación de dichas coaliciones; con lo anterior desestimó la acción que hicieron valer los partidos actores en esos procesos.¹² En ambos expedientes, el ministro Góngora Pimentel formuló voto particular, en el cual esencialmente señaló que estas amplias facultades regulativas otorgadas al legislador no deben considerarse un “cheque en blanco”, y así se permita que las disposiciones queden vacías de contenido y opere una “desconstitucionalización” del orden jurídico, opinando que en esos casos el legislador anuló los derechos previstos por el Constituyente so pretexto de “regularlos”; y añadió que a pesar de que la Constitución mexicana no mencione expresamente la noción de “contenido esencial” de los derechos fundamentales —aludiendo aquí a las leyes fundamentales alemana y española—, sí puede dárseles un “contenido mínimo” sin importar que el Constituyente los estableció escuetamente y dejado su desarrollo al legislador ordinario, a través de “una mayor interpretación constitucional para reforzar la fuerza normativa de la Constitución”.¹³

Esta lenidad a favor del legislador en cierta medida fue atemperada después. En el caso *Ley de Medios*, la Corte resolvió que el legislador federal tiene muy amplias atribuciones para crear órganos desconcentrados dentro de la administración pública —desestimando por consiguiente el concepto de invalidez que analizaba, tocante a la regularidad de la institución legislativa de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL)—, por la gran apertura que tiene el artículo 90 constitucional; sin embargo, también está obligado a aplicar “criterios de ponderación de racionalidad y razonabilidad constitucionales”¹⁴ a fin de que se respeten la “naturaleza y característica[s] esenciales” de los órganos creados, en relación con su pertenencia y subordinación al poder ejecutivo si correspondía, a fin de evitar una vulnera-

¹² Pleno, acción de inconstitucionalidad 2/2004, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de abril de 2004, 2a. sección, con. V, pp. 83-84; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 14/2004, *idem*, 4 de octubre de 2004, 2a. sección, con. XV, pp. 78-80.

¹³ *Ídem*, 5 de abril de 2004, 2a. sección, pp. 92-95; e *idem*, 4 de octubre de 2004, 2a. sección, pp. 120-122 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹⁴ Que no son otros que los relativos al examen de proporcionalidad *lato sensu*, incluso según la misma ejecutoria que ahora tratamos. *Cfr.* Pleno, acción de inconstitucionalidad 26/2006, *Diario Oficial de la Federación*. 20 de agosto de 2007, 2a. sección, con. IX, p. 64.

ción al principio de división de poderes, y de esta manera concluyó que dicha facultad regulativa no puede ejercerse *ad libitum*.¹⁵

No obstante, en su correspondiente voto particular, también el ministro Góngora Pimentel consideró que al legislativo hizo falta tomar en cuenta la debida independencia de la COFETEL respecto del Presidente de la República, porque a ella corresponde ser garante del acceso a los medios de comunicación, considerado por ese juzgador un verdadero derecho fundamental que exige acciones positivas del poder público; y ello lo afirmó precisamente en virtud de que un *examen de proporcionalidad* que incluyera este principio constitucional requería desvincular jerárquicamente ese órgano del poder ejecutivo; o sea la “ponderación” que debió darse en esta cuestión era mucho más compleja que lo dicho casi marginalmente por el resto de los integrantes del tribunal constitucional mexicano, y bien realizada debió llevar a la conclusión contraria a la aprobada por la mayoría.¹⁶

Como un panorama conclusivo de la constitucionalización en México, podemos decir que hay avances, y significativos, en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; pero en contrapartida, también se observa que no hay una constante “voluntad por la Constitución” en el Máximo Tribunal —como indica el referido amparo directo en revisión 1121/2007—, y esto es un obstáculo para la plena fuerza normativa de la Constitución no sólo en los casos particulares resueltos por ella, sino para aquellos presentes y futuros en que sus precedentes que aminoran la normatividad constitucional sean aplicados. Si esto se da en el Tribunal Constitucional mexicano, la calificación no es tan halagüeña para otros tribunales federales —salvo por el Electoral y algunos Colegiados—, y menos para la mayoría de los locales.

Aún se requiere un importante esfuerzo doctrinal que permita conocer —y a todo lo ancho y largo del país— las bases teóricas de la constitucionalización, que no es una moda sino la búsqueda de plena eficacia de la Ley Fundamental; pero también debemos comenzar a producir nuestras propias elaboraciones teóricas, las cuales pueden coincidir con lo mejor que haya en el mundo, sin por ello perder de

¹⁵ *Ibidem*, 2a. sección, con. VIII, pp. 49-50.

¹⁶ *Ibidem*, 3a. sección, pp. 82 y 85-88.

vista la necesidad de resultar de aplicación directa a nuestro ordenamiento jurídico. Y quizá más que esa producción académica —que sin duda será útil para cimentar lo siguiente—, necesitamos una *nueva y diferente actitud* de todos los operadores jurídicos —legislativos, administrativos, jurisdiccionales y los mismos abogados— hacia la Constitución; si todos la tuviéramos, México comenzaría a andar por mejores caminos.

Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica —en el marco de cualquier sistema jurídico que cuente con una Constitución rígida— no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”¹⁷. No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas.

En todo caso, se comienza a vislumbrar una fuerte corriente teórica en el país que se está abriendo a los postulados del neoconstitucionalismo, como lo es la constitucionalización del ordenamiento jurídico a la que nos hemos referido en las páginas de este ensayo.

Recordemos que el neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”. 5ª edición, Madrid, Trotta, 2006. p. 33.

competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991. Más recientemente puede citarse el ejemplo de la Constitución de Ecuador de finales de 2008, a cual contiene un modelo que, al menos en la parte de la regulación de los derechos fundamentales, responde a muchas de las coordenadas del neoconstitucionalismo. La Constitución mexicana es un caso aparte, ya que contiene muchas normas “materiales”, las cuales se han ido incorporando en un proceso de imparable “alargamiento” del texto constitucional, el cual ha sido sometido a cientos de reformas en los años en que ha estado vigente. Ahora bien, como hemos apuntado en las páginas precedentes, dicha materialización no siempre se ha correspondido por una permanente “voluntad de Constitución” ni con un compromiso aplicativo constante. De hecho, puede decirse que en los últimos años apenas se está comenzando a “descubrir” a la Constitución como un documento normativo, plenamente aplicable.

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo¹⁸. Entran en juego las técnicas interpretativas

¹⁸ Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuentra en BARAK, Aharon. *“The judge in a democracy”*. Princeton, Princeton University Press, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, AHUMADA Ruiz, Marian. *“La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas”*. Madrid, Civitas, 2005.

propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera. En México se trata de cuestiones inexploradas, sobre las que apenas se está comenzando a discutir y que se encuentran recogidas de forma muy incipiente por nuestra jurisprudencia.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. “*Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*”. En: VV. AA. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Río de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. “*El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*”. Prólogo de Miguel Carbonell, México, UNAM, 2008.

CARBONELL, Miguel (ed.), “*Neoconstitucionalismo(s)*”. 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009.

——— (ed.), “*Teoría del neoconstitucionalismo*”. Madrid, Trotta, 2007.

———. “*Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*”. *Jus constitucional*. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, Grijley, (5) mayo de 2008.

———— (compilador). “*El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*”. México, CNDH, CEDH de Aguascalientes, 2008.

————. “*Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*”. 6ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2008.

COSSÍO, José Ramón. “*La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*”. México, Fontamara, 2002.

DA SILVA, Virgílio Afonso. “*A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*”. Sao Paulo, Malheiros, 2005.

FELIX, Dagmar. “*Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*”. Tubinga, Mohr Siebeck, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. “*Democracia y garantismo*”. Edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2010.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo y SÁNCHEZ Gil, Rubén. “*Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso ‘Ley de Medios’*”. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

GARCÍA de Enterría, Eduardo. “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”. 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001.

GUASTINI, Riccardo, “*La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano*” (trad. de José Ma. Lujambio) En: Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009.

- . “*Estudios de teoría constitucional*”. Edición de Miguel Carbonell, 3ª edición, México, Fontamara-UNAM, 2007.
- . “*Estudios sobre la interpretación jurídica*”. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 8ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2008.
- . “*Nuovi studi sull’interpretazione*”. Roma, Aracne, 2009.
- HESSE, Konrad. “*Die normative Kraft der Verfassung*”. Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959.
- KELSEN, Hans. “*La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*”. Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. “*La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*”. Medellín, Universidad EAFIT, 2004.
- PEREIRA de Souza Neto, Cláudio y SARMENTO, Daniel (coords.), “*A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*”. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007.
- PRIETO Sanchís, Luis. “*Justicia constitucional y derechos fundamentales*”. Madrid, Trotta, 2003.
- RIBEIRO Moreira, Eduardo. “*Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*”. Sao Paulo, Método, 2007.
- SÁNCHEZ Gil, Rubén. “*Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*”. México, Porrúa, 2006.
- . “*El principio de proporcionalidad*”. Prólogo de Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke y BUMKE, Christian. “*Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*”. Baden-Baden, Nomos, 2000.
- VILLORO, Luis. “*El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*”. México, FCE-El Colegio Nacional, 2006.

EL JUICIO DE AMPARO A LA LUZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

*Marcos del Rosario Rodríguez**

*Raymundo Gil Rendón***

RESUMEN

El juicio de amparo es el mecanismo jurídico nacional de control constitucional y de protección de los derechos humanos más efectivo.

Para que exista una tutela efectiva de los derechos humanos en México, es necesaria una nueva Ley de Amparo que tome la propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que consiste en que las sentencias de Amparo contra leyes tengan efectos generales siempre que exista jurisprudencia que declare su inconstitucionalidad.

* Profesor e Investigador de la Universidad Panamericana.

** Profesor e Investigador del posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

El amparo de los Derechos Humanos en México

Para el desarrollo de la humanidad, ha sido indispensable el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos, pero aún más que todas las personas cuenten con un recurso sencillo, rápido y efectivo, que las ampare en sus derechos fundamentales (Art. 25 Convención Americana; “Amparo Latinoamericano”).

Es importante que los Derechos Humanos sigan siendo tutelados en forma efectiva por el Estado y sobre todo, por las normas jurídicas; que sean respetados y que cuenten con mecanismos efectivos para su protección, sin importar su número, en la vía jurisdiccional como es el proceso de amparo, el cual es considerado por la doctrina como el medio idóneo y más efectivo en México y en el mundo, por ser una tradición de más de 150 años en el país; instaurado por primera vez, a nivel local, en la Constitución de Yucatán de Mayo de 1841, bajo la inspiración del jurista Don Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, y por el diputado por Jalisco Don Mariano Otero, quien propuso y se estableció, en 1847 a nivel federal, en el acta de reformas de la Constitución de 1824, artículo 25, por su voto de la minoría.

Los cambios en las estructuras económicas, políticas y sociales que ha venido experimentando la humanidad en las últimas décadas, han puesto en riesgo el respeto y la tutela efectiva de los Derechos Humanos en México; como el fenómeno de la violencia rampante en las calles de las ciudades de los estados del Norte del País, debido al narcotráfico y a la delincuencia organizada, lo que es una enorme regresión.

Que los Derechos Humanos no sirvan de pretexto para intervenir militarmente Estados o para dividirlos sino al contrario, para unificarlos. Y para proteger eficazmente a la población.

Los derechos humanos son un producto cultural y fruto de la madurez política del pueblo, y aparecen y se tutelan efectivamente en el desarrollo de la sociedad y en la medida en que esta última ha evolucionado, los derechos fundamentales se han multiplicado y universalizado, y que para ser considerados como tales, deben de contar con los instrumentos o garantías que obliguen a los individuos a respetarlos, pero sobre todo a que las autoridades y los gobernantes en el ámbito nacional e internacional, los protejan y garanticen efectivamente.

Dicho tema de los derechos humanos puede ser abordado desde distintas perspectivas: histórica, filosófica, ética, política, y entendido su significado conceptual, bajo esas diferentes dimensiones.

Así, **Norberto Bobbio** lo hace desde el punto de vista de la **filosofía de la historia**, que implica **no solamente narrar o situar una serie de hechos en el tiempo sino plantearse el sentido de los mismos**, y apoyándose en las ideas de **Kant**, toma como **fundamento de los derechos humanos, como ideas innatas, el respeto a la dignidad de la persona como un fin en sí mismo**; concluye que son **“reivindicaciones históricas”**, cuyo **reconocimiento el pueblo le arranca al poder así como su tutela efectiva**, por lo que su defensa jurídica es la de mayor relevancia.

Por otra parte, Bobbio hace una distinción entre la concepción individualista del Estado, la cual comprende los derechos naturales del hombre y que se contrapone a la concepción orgánica del mismo, donde primero están los deberes y después los derechos.

La primera ha establecido la importancia de la autonomía y la dignidad humana, que el individuo es la base de la democracia, donde libertad y poder derivan del reconocimiento a los derechos fundamentales, los cuales no solamente abarcan los derechos públicos subjetivos, sino también los derechos políticos, sociales, de las futuras generaciones, y que han sido reconocidos por los Estados y por la comunidad internacional.

Además, se han vuelto cada vez más específicos, sobre todo, en cuanto a la determinación de los titulares de los mismos. En relación con lo anterior, destaca el hecho de que los derechos humanos se han **universalizado y multiplicado** y que todo ha estado estrechamente conectado con el **desarrollo de la sociedad**; recientemente se han **reconocido las características de los Derechos Humanos en el artículo primero de nuestra Constitución**.

Al igual que Bobbio, **Luigi Ferrajoli**¹ señala que uno de los **problemas de los derechos fundamentales es que existen diversos puntos de vista y discursos** sobre los mismos.

¹ Cfr, FERRAJOLI, Luigi. “Fundamentos de los derechos fundamentales”. Madrid, Trotta, 2001, capítulo III.

Lo más **importante** es determinar cuáles **son, cuáles deben de ser y qué son los derechos fundamentales.**

Agrego que también es importante **determinar su tutela y protección efectiva**, puesto como **afirma Bobbio, es más importante su defensa que su fundamentación.**

Otra cuestión de relevancia consiste en saber **qué derechos, y a través de cuáles procedimientos van a ser garantizados como derechos fundamentales.**

Para todo lo anterior, **Ferrajoli** propone un concepto de los mismos y una tipología para así poder reconocer cuáles son los derechos fundamentales establecidos en un ordenamiento, proponer un **criterio axiológico** para determinar cuáles deben de serlo, **reconstruir los procesos históricos y culturales, investigar las condiciones y el grado efectivo de su tutela y las garantías para su protección.**

Así, señala que son **derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar.**

De esta definición derivan **cuatro clases de derechos fundamentales: los derechos humanos (primarios de la persona), civiles (secundarios de la persona), públicos (primarios del ciudadano) y políticos (secundarios del ciudadano).**

Los derechos primarios consisten en expectativas sustanciales y por consiguiente en los beneficios que les otorgan a sus titulares. En cambio, los derechos secundarios al ser ejercidos a través de actos que producen efectos jurídicos, son **poderes que se encuentran sometidos a un Estado de Derecho.**

Ferrajoli señala la **importancia** de que los **derechos fundamentales se encuentren** determinados en las **normas jurídicas.** Es finalmente un **positivista progresista** y moderno.

Por otro lado, el citado autor analiza los cuatro *fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales*, los cuales son identificados de la siguiente forma:

a) **La igualdad jurídica.** Somos iguales, según la ley, en la medida en que somos titulares de las mismas situaciones que en ella se dis-

ponen de manera universal. Así, distingue entre igualdad en los derechos e igualdad en los deberes. Este valor lo encontramos tutelado en diversas constituciones occidentales como los que aseguran la dignidad de la persona.

b) La democracia constitucional. Son las constituciones democráticas las que aseguran la garantía de los derechos. Los derechos fundamentales establecidos por una Constitución rígida imponen vínculos y límites sustanciales a la democracia política. El poder del pueblo en la adopción de decisiones políticas es limitado por los derechos fundamentales sancionados en la Constitución en algunas de las cuales no pueden ser modificados.

c) La paz. La paz social es más sólida y los conflictos sociales menos violentos cuando los derechos fundamentales son protegidos y garantizados. Lo mismo puede decirse de la paz internacional.

d) La tutela del más débil. Para colocarlos a través del respeto a sus derechos fundamentales en una situación de igualdad frente a los más poderosos.

Todos los anteriores fundamentos axiológicos son complementarios entre sí.

Con ello se entra a la **dimensión axiológica del Derecho** siguiendo la famosa **teoría tridimensional de Miguel Reale: norma, hecho social y valor.**

Hoy en día es más importante la protección jurídica de los derechos humanos, que su fundamentación filosófica o política, y ésta se logra a través de los medios jurídicos adecuados e idóneos de tutela de los derechos fundamentales, que en el Derecho Procesal Constitucional comprenden los **procesos y procedimientos de orden constitucional, y que son los instrumentos procesales que se encuentran en nuestra Constitución,** tanto aquéllos de naturaleza jurisdiccional (99, 103, 105, 107, 110), como los no jurisdiccionales(102-B), que con base en la **supremacía constitucional,** pretenden su vigencia real, con el objeto de establecer sus alcances protectores, sus límites y los posibles retos que habrá de enfrentar el país para proteger, en mejor forma, los “Derechos Humanos” (vid art. 103-I, proyecto Reforma 13/12/2010).

Por otro lado, al **tutelar de manera efectiva los Derechos**

Humanos reconocidos en y por la Constitución, se está *defendiendo directamente éstos e indirectamente la Constitución* y logrando su vigencia real, a través de los procesos y procedimientos previstos actualmente en nuestra Carta Magna.

La **defensa de la Constitución** está integrada por todos aquellos **instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación**, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales.²

La **defensa de la Constitución** puede dividirse en **dos categorías fundamentales**:

a) La protección de la Constitución (*normalidad de la Constitución*) que está integrada por todos aquellos instrumentos políticos (la división de poderes), económicos (la regulación de los recursos económicos y financieros del Estado), sociales (grupos de presión) y de técnica jurídica (la supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma), que han sido incorporados a los documentos constitucionales con la finalidad de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a las disposiciones de la Carta Fundamental.

b) La justicia constitucional (*anormalidad constitucional*) tiene por objeto el estudio de las garantías constitucionales entendidas como los medios jurídicos de naturaleza procesal que están dirigidos a la **reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder**, a pesar de los instrumentos que integran la protección de la Constitución.

Además, las **garantías constitucionales** realizan una función **preventiva** ya que tienden a **evitar la alteración del orden constitucional**.

Al respecto, Mauro Cappelletti señala que el control de la constitucionalidad de las leyes constituye un sector de la justicia constitucional.³ Asimismo, destaca que la función de la justicia constitucional es la

² FIX Zamudio, Héctor y VALENCIA Carmona, Salvador. “*Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*”. México, Porrúa, 1999. p. 174

³ CAPPELLETTI, Mauro. “*Justicia Constitucional*”. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 25.

tutela y actuación judicial de los preceptos de la ley suprema.⁴ En este sentido se puede sostener que todas las garantías constitucionales son manifestaciones de la justicia constitucional y una de las manifestaciones de la justicia constitucional la constituye el control de la constitucionalidad de las leyes por órgano judicial: la denominada “*judicial review*”.⁵

En el control de la constitucionalidad por órgano judicial, corresponde a los jueces la tarea de determinar la validez de las leyes, es decir, su conformidad o no con la Constitución.

Este tipo de control de la constitucionalidad de las leyes es considerado como una aportación de los Estados Unidos ya que antes de su implantación en dicho país, en el siglo XVIII, no existía un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que estuviera confiado a los jueces. Con el **principio de la supremacía constitucional sobre las leyes** ordinarias, se originó la época del constitucionalismo.⁶

No obstante que **el juicio de amparo ha sido el mecanismo jurídico nacional de control constitucional y de los derechos humanos más efectivo**, consideramos que el mismo sufre de una importante **deficiencia que provoca injusticias**, porque **¿cómo es posible que una ley declarada inconstitucional se siga aplicando a otras personas?**

Estimamos que el **efecto relativo de las sentencias de amparo**, tratándose de **impugnaciones de disposiciones de carácter general**, origina **desigualdades** en la sociedad, máxime que la misma está compuesta de manera heterogénea y **el juicio** se ha vuelto **elitista**, a pesar de los avances en la creación de defensorías de oficio, porque la promoción y **tramitación de un juicio de amparo requiere de asesoría jurídica especializada** que resulta **onerosa para la mayoría de la población**.

La reforma mencionada, **omitió**, por suerte, **eliminar el ampa-**

⁴ *Ídem.*, p. 27.

⁵ Para una breve explicación de esta figura, véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 3ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 250 y ss.

⁶ La Constitución estadounidense de 1787 es el modelo de Constitución rígida ya que la misma no puede ser modificada o derogada por las leyes ordinarias del Congreso, sino a través de un procedimiento de reforma que contiene un mayor grado de dificultad que el procedimiento legislativo ordinario.

ro directo; éste se quede como está regulado en la fracción III del artículo 107 constitucional: sigue siendo procedente en contra de las sentencias definitivas, laudos o resoluciones administrativas que ponen fin al juicio.

Efectivamente dicha reforma pretendía, mediante el “*certiorari*” americano, atribuir a los Tribunales Colegiados, la facultad de escoger los asuntos de “importancia y trascendencia” que estimaran atender y admitir selectivamente, rompiendo con el principio de igualdad, y que daría más poder e injerencia indebida a los titulares de los ejecutivos de los estados, como hace noventa años en 1917, cuando Venustiano Carranza consideró “impolítico” eliminarlo, la cual, afortunadamente para toda la ciudadanía, no se aprobó.

Finalmente, para confeccionar adecuadamente la tutela efectiva de los Derechos Humanos, nos quedaremos en espera de una nueva Ley de Amparo, pudiendo tomar el Poder Legislativo la propuesta formulada por una comisión nombrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que propone que las sentencias de amparo contra leyes tengan efectos generales siempre que se hubiere establecido jurisprudencia de la Corte que declarara la inconstitucionalidad y se siguiera un procedimiento formal de declaración de inconstitucionalidad y, de esa forma, se beneficiaría a la mayoría de la población. Sin embargo, hay quienes vieron en esta propuesta dificultades prácticas, toda vez que el juicio de amparo es de “*litis*” cerrada.

Las partes fundamentales de la Reforma del 13 de diciembre de 2010 son:

El establecimiento del amparo con efectos generales, la permanencia del Amparo Directo, la matización del interés legítimo y el amparo colectivo, la procedencia contra omisiones, la ampliación del amparo adhesivo por violaciones procesales, el cual elimina los “amparos para efectos”, entre otras novedades constitucionales.

Faltaría agregar, para concluir, la otra reforma constitucional al artículo primero, donde se reconocen los Derechos Humanos, se incluye el principio “pro persona”, se establecen las características de los Derechos Humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como la eliminación de la facultad de investigación de graves violaciones a las garantías individuales atribuida a la

Suprema Corte, y se le transfiere dicha facultad al Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, lo cual me parece incorrecto e inadecuado; éste consejo está formado por miembros honorarios y no servidores públicos y, además, la competencia para conocer de “graves” o “no graves” violaciones a los hoy llamados “Derechos Humanos” ya la tiene actualmente la Comisión Nacional, como lo demuestra el caso “Aguas Blancas” en 1995.

En fin, las dos reformas constitucionales están aprobadas y representan un gran avance para México, porque ubican y reivindicán al proceso de amparo y a los Derechos Humanos, en su exacta dimensión histórica; como un hito en la tutela efectiva de los Derechos Humanos en el Mundo actual.

Aspectos destacados a analizar de la reforma⁷

La reciente reforma constitucional al juicio de amparo, publicada en el Diario Oficial el día 6 de Junio del presente, sin duda alguna, establece un cambio en la cultura jurídica mexicana sin precedente, pues no sólo renueva aspectos estructurales indispensables en la eficacia procesal de este instrumento de tutela, sino que ponen al sistema jurídico mexicano en la vanguardia y sintonía internacional, en lo relativo a la salvaguarda de los Derechos Humanos.

⁷ Artículo 94. ...

...Asimismo, mediante acuerdos generales establecerá Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de los Tribunales Colegiados que pertenezcan a cada Circuito. Las leyes determinarán su integración y funcionamiento.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.

Los juicios de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad se substanciarán y resolverán de manera prioritaria cuando alguna de las Cámaras del Congreso, a través de su presidente, o el Ejecutivo Federal, por conducto del consejero jurídico del gobierno, justifique la urgencia atendiendo al interés social o al orden público, en los términos de lo dispuesto por las leyes reglamentarias.

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.

Desde hace muchos años, se habían producido diversos intentos por varios sectores de la sociedad, de llevar a cabo una modificación sustancial en lo que respecta al juicio de amparo. Diversas reticencias por parte del Estado –principalmente–, así como de algunos sectores del foro jurídico, fueron los artífices en retrasar lo inevitable: *adecuar el juicio de amparo, a las necesidades actuales de las personas, haciéndolo realmente un medio eficaz de tutela.*

Esta adecuación comprendía varios cambios significativos, entre ellos, desprenderse de viejos paradigmas jurídicos, mismos que a la luz de la realidad imperante, resultaban inoperantes y desfasados, originando un déficit grave en la eficacia y protección de los Derechos Humanos de las personas.

A continuación, se hará mención de los puntos -que a consideración propia-, resultan ser los más sustanciales para la estructura constitucional del país, y que conllevan en sí, un cambio material e integral de la Constitución.

Un primer punto a destacar, es la modificación efectuada en el Artículo 103, fracción I, en lo relativo a la omisión por parte de autoridad que pudiese conllevar la afectación o violación de Derechos Humanos, previstos, por la Constitución y/o en algún Tratado Internacional. En este sentido, se genera una nueva dimensión en la protección efectiva y eficaz de los Derechos Humanos, ya que en la fórmula

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.

Ninguna persona que haya sido ministro podrá ser nombrada para un nuevo periodo, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán:

I. De los procedimientos relacionados con delitos del orden federal;

II. De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado;

tradicional utilizada para la procedencia del juicio de amparo, sólo se preveía la posibilidad de su interposición en contra de actos de autoridad que vulneraran la esfera jurídica del individuo, pero no respecto a la omisión por parte de éstas, tratándose de los deberes emanados de sus funciones y atribuciones jurídicas.

La inacción de la autoridad sin duda puede afectar directamente el ejercicio de diversos Derechos, así como la fuerza y vigencia del orden constitucional, es por ello que resultaba indispensable que se pudiese establecer una pretensión por vía del juicio de amparo por parte de aquellas personas que tuviesen una vulneración en sus Derechos, derivado de una falta de actuación de la autoridad.

Derivado de esto, se evidencia la supremacía de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, ya que, como consecuencia de la reforma, la autoridad no sólo estará obligada a respetar los Derechos Humanos garantizados en el texto constitucional, sino también aquellos que se encuentren reconocidos por estos tratados. El resultado de este bloque de constitucionalidad, es la ampliación de la esfera de protección de las personas, poseyendo un espacio lo suficientemente dúctil, grande y efectivo, para hacer valer cualquier posible violación de Derechos Humanos.

Sin duda alguna, otro factor a resaltar es lo relativo a la declaratoria general de inconstitucionalidad de normas generales, cuando estas

III. De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso e) del artículo 122 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;

IV. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

V. De aquellas en que la Federación fuese parte;

VI. De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105, mismas que serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

VII. De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro, y

VIII. De los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular.

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

conlleven una afectación al orden constitucional, aspecto que viene a superar la llamada “fórmula Otero”, la cual establecía que los efectos de las sentencias de amparo sólo podían ser relativos. Esta limitante en los efectos, trajo durante mucho tiempo, estragos y mermas en la vigencia plena de los Derechos Humanos, así como para la estabilidad del sistema constitucional, pues alentaba la existencia de regímenes de excepción, contrario al Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Desafortunadamente esta modificación sólo fue parcial, pues por una razón de Estado, se excluyó la materia tributaria, siendo que las normas generales encargadas de regular esta materia –por su integración y características- contienen aspectos propensos a inadecuarse al texto constitucional y afectar la esfera jurídica de las personas.

Por otra parte, una figura esencial en la conformación y dinámica del proceso de amparo, es la *suspensión del acto reclamado*, la cual, para su procedencia le fue insertado dos elementos esenciales que deben contenerse: la afectación del interés general y la apariencia del buen derecho.

Si bien pareciera que con estos elementos la posibilidad de concretar una suspensión del acto por parte de la autoridad jurisdiccional se hace mucho más compleja y poco materializable, la realidad es que con esta modificación para la procedencia de la suspensión, el juez

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.

posee un mayor margen de ponderación en su decisión, dotando desde la suspensión de aspectos definitorios que incidirán en el fondo del asunto, y con ello, salvaguardar de una mejor forma los Derechos Humanos expuestos a una vulneración.

Por último, uno de los aspectos más relevantes de la presente reforma es sin duda, la inclusión del interés legítimo. Anterior a la reforma, el interés jurídico o legal había prevalecido como una forma de accederse a la justicia constitucional. Esto implicaba que sólo aquellas personas titulares de derechos, reconocidos por la ley, y con un reconocimiento expreso por parte de ésta para acudir a exigir una pretensión jurisdiccional, que hubiesen un agravio o afectación personal y directa, podían interponer una demanda de amparo.

Con el interés legítimo, estas restricciones de accesibilidad a la justicia constitucional se ven disipadas, trayendo consigo que cualquier persona o grupo de personas, que hayan sufrido una afectación o vulneración en sus Derechos Humanos, o bien, que guarden una situación especial en los actos que generen dichas afectaciones y vulneraciones, podrán interponer un juicio de amparo, salvaguardándose así la eficacia y vigencia del orden constitucional de los Derechos Humanos.

Sin duda alguna, la presente reforma constitucional en conjunto con la aprobada y puesta en vigor en materia de Derechos Humanos, viene a configurar un nuevo esquema de protección, pero sobre todo

Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta;

III. ...

a) Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. En relación con el amparo al que se refiere este inciso y la fracción V de este artículo, el Tribunal Colegiado de Circuito deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquéllas que, cuando proceda, advierta en suplencia de la queja, y fijará los términos precisos en que deberá pronunciarse la nueva resolución. Si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo, ni el Tribunal

de dimensión acerca de la primacía y universalidad de los Derechos Humanos. Ahora corresponde a los órganos jurisdiccionales, así como al foro jurídico y académico, dar el impulso a dicha reforma, para que ésta pueda desarrollar y consolidar su contenido en un sentido real e integral.

Por otro lado, la reforma obliga al juez positivista y “autómata”, a transformarse en un juez intérprete constitucional (ver párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución), y a preferir en todo momento de su actuación judicial a la persona, favoreciendo en todo momento, por alguna razón o indicio que encuentre o descubra en el expediente a la

Colegiado correspondiente las hizo valer de oficio en los casos en que proceda la suplencia de la queja, no podrán ser materia de concepto de violación, ni de estudio oficioso en juicio de amparo posterior.

La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado. La ley determinará la forma y términos en que deberá promoverse.

Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas, laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos.

Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado;

b) ...

c) ...

IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar estos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando sólo se aleguen violaciones directas a esta Constitución;

V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:

a) ...

b) ...

c) ...

...

d) ...

...

...

70

“persona” como centro de imputación y tutela de los derechos humanos.

Así, deja de ser el Estado el centro de gravitación de todo el poder y, ahora, los agentes del gobierno están obligados, como autoridades, a respetar en primer lugar los Derechos Humanos de todos los mexicanos antes de pensar y actuar en función del órgano, primero, y ahora el motivo y fin de su actividad es el ser humano.

Lo anterior significa un cambio total en nuestro Estado constitucional de Derecho y en nuestra terca realidad de impunidad que vive el

VI. En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria señalará el procedimiento y los términos a que deberán someterse los Tribunales Colegiados de Circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dictar sus resoluciones;

VII. El amparo contra actos u omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;

VIII. ...

a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo normas generales por estimarlas directamente violatorias de esta Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.

b) ...

...

...

IX. En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras;

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la promoción del amparo, y en las materias civil, mercantil y administrativa, mediante garantía que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiese ocasionar al tercero interesado. La suspensión quedará sin efecto si éste último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI. La demanda de amparo directo se presentará ante la autoridad responsable, la cual decidirá sobre la suspensión. En los demás casos la demanda se presentará ante los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito los cuales resolverán sobre la suspensión, o ante los tribunales de los Estados en los casos que la ley lo autorice;

XII. ...

...

país; que obliga a todas las autoridades a tutelar, vigilar y defender los Derechos Humanos de todos y todas las mexicanas, sin distinción de “preferencias sexuales”, u otro motivo, y a reparar los daños que se causen con motivo de su actuación como autoridades, cuando se vulneren los Derechos Humanos.

Se reivindican históricamente, los antiguos derechos del “hombre”, que fueron contemplados en la Constitución liberal del siglo XIX (1857, art. 1º), y se extienden a todos los derechos humanos, lo cual es un avance filosófico, político y jurídico de gran envergadura; falta por ver si se transforman en una realidad cultural, lo cual significa adoptar una nueva mentalidad y una nueva cultura de respeto a los derechos humanos de todos en nuestro país, especialmente hacia los más débiles; los niños, las mujeres, los indígenas, las personas con capacidades diferentes, los adultos mayores etc., por parte de las autoridades y de los ciudadanos; ahora queda al Poder Judicial federal y estatal, y específicamente a los jueces, un control “difuso” de la Constitución y de las “Convenciones Internacionales” que México ha suscrito (“Con-

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales y sus integrantes, los Jueces de Distrito o las partes en los asuntos que los motivaron podrán denunciar la contradicción ante el Pleno del Circuito correspondiente, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos de Circuito, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que deberá prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo cuyo conocimiento les competa, los ministros, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, los Jueces de Distrito, el Procurador General de la República o las partes en los asuntos que las motivaron, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, conforme a la ley reglamentaria, para que éste resuelva la contradicción.

Las resoluciones que pronuncie el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos de Circuito conforme a los párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;

XIV. Se deroga;

XV. ...

XVI. Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumpli-

trol difuso de Convencionalidad”), y que ya existía en la letra de la Constitución en su artículo 133, que fue letra muerta en nuestro país por mucho tiempo, por la errónea interpretación, ni siquiera jurisprudencial, de la Suprema Corte.

A nuestra querida Suprema Corte le queda la tarea de decantar el sentido de la Constitución y de sus Derechos Humanos previstos en ella y en los tratados internacionales en que México sea parte, conforme al artículo primero constitucional, motivo de la reforma comentada, que junto con la reforma en materia de amparo (reformas “hermanas”), constituyen un hito en la historia constitucional de México; espero que todos los operadores jurídicos, sobre todo los abogados postulantes (y “doctores en Derecho”), nos pongamos a la altura del Órgano Revisor de la Constitución y defendamos los derechos humanos de todos los mexicanos.

miento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo podrá ser solicitado por el quejoso al órgano jurisdiccional, o decretado de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando la ejecución de la sentencia afecte a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso, o cuando, por las circunstancias del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir la situación que imperaba antes de la violación. El incidente tendrá por efecto que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de daños y perjuicios al quejoso. Las partes en el juicio podrán acordar el cumplimiento sustituto mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.

No podrá archivarse juicio de amparo alguno, sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional;

XVII. La autoridad responsable que desobedezca un auto de suspensión o que, ante tal medida, admita por mala fe o negligencia fianza o contrafianza que resulte ilusoria o insuficiente, será sancionada penalmente;

XVIII. Se deroga.

*EL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO EN LA LEGISLACIÓN ELECTORAL MEXICANA**

*José Luis Armendáriz González***

SUMARIO: I. Antecedentes; II. Constitución y sufragio; III. El partido político como vía exclusiva para acceder a un cargo de elección popular; IV. Las candidaturas independientes; V. El caso Jorge G. Castañeda; VI. Conclusiones.

* El presente artículo ha sido actualizado pues su original se elaboró antes de la emisión de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Jorge Castañeda Vs. Estados Unidos Mexicanos, el cual se encuentra publicado por la Federación Iberoamericana de Ombudsmen (FIO) [en línea] Disponible en: <http://www.portalfio.org/inicio/repositorio//CUADERNOS/CUADERNO-4/Jose%20Luis%20Armendariz%20Gonzalez.pdf>. Así mismo REVISTA PAIDEIA. Órgano informativo del Instituto Electoral del Estado de Guanajuato [en línea] (4) 2011, año2. Disponible en: www.revistapaideia.com.mx

** Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Chihuahua

RESUMEN

Se analiza el derecho al sufragio pasivo y en especial las restricciones a su ejercicio, iniciando con un resumen histórico que parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Se aborda un repaso histórico de los precedentes legislativos, y se analiza el caso Jorge Castañeda, quien pretendió ser candidato a Presidente de la República en el proceso electoral del año 2006 a través de la figura del “candidato independiente”.

Podemos concluir que la Constitución mexicana nunca ha prohibido las candidaturas independientes, la legislación ordinaria reformada es la que desconoció esta opción democrática que ya existía, pues al tratarse de una limitante que restringe un derecho constitucional, ésta debe tener fundamento en otra norma constitucional de manera expresa y no sólo provenir de una ley secundaria de inferior jerarquía. Por consecuencia, al no existir límite o intervención, la prohibición establecida en la ley ordinaria resulta de dudosa constitucionalidad.

I. Antecedentes

El núcleo de los derechos políticos está formado por el sufragio activo y pasivo. Por ello, el acceso al sufragio es un elemento determinante para caracterizar la cultura y la tradición democrática de un Estado.

En la presente exposición se analizará el derecho al sufragio pasivo y en especial las restricciones a su ejercicio, que tiene lugar antes del proceso electoral como lo son las candidaturas independientes. Iniciamos este estudio con un resumen histórico, partiendo de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (con sus diversas legislaciones ordinarias) plantea un Estado democrático.

Posterior a la promulgación de la Carta Magna, el 6 de febrero de 1917, se expide la primer Ley Electoral¹ del México Post-revolucionario. Su primer acto de aplicación fue el desarrollo de las elecciones extraordinarias para la designación del Presidente de la República, así como de los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión.

El día 1 de julio de 1918 fue promulgada por Venustiano Carranza, en su calidad de Presidente Constitucional, la segunda ley, que tomó el nombre de Ley para la Elección de Poderes Federales. Cabe resaltar que la vigencia de esta norma estimuló las candidaturas independientes. La cual fue reformada y adicionada en los años 1920, 1921, 1933, 1934 y 1942, sin que se estableciera prohibición alguna al respecto.

Siendo Presidente Manuel Ávila Camacho, se promulgó el 7 de enero de 1946 la tercera Ley Electoral Federal. Esta norma, indudablemente con una mejor técnica legislativa que las anteriores, hacía referencia especial a los organismos electorales, a los partidos políticos, al derecho activo y pasivo del voto, a la demarcación territorial, al padrón, a las listas electorales y al proceso electoral en sí. Un hecho trascendente es que a partir de esta ley se estableció el derecho exclusivo de los partidos políticos a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular y con ello, se excluyó toda posibilidad de presentación de candidaturas independientes.

El 4 de diciembre de 1951 se expide la cuarta Ley Electoral Federal.

¹ Las diversas leyes pueden consultarse en: GARCIA Orozco, A. "*Legislación Electoral Mexicana 1812-1988*". 3ª ed., México, Adeo Editores, 1989. pp. 216-294.

En este ordenamiento se hizo responsable por primera vez a los partidos políticos de la vigilancia y desarrollo del proceso electoral y se les exigió el registro correspondiente ante la Secretaría de Gobernación. Así también se reconoció el derecho de los candidatos para nombrar representantes personales de manera conjunta con los partidos políticos ante los entes organizadores de las elecciones.

Esta ley, al igual que sus predecesoras, sólo reconocía el derecho a votar a los varones mexicanos mayores de 18 años si estaban casados y de 21 cuando no lo estuvieran.

Sin embargo, para 1953 se introdujeron una serie de reformas que establecieron la igualdad entre hombres y mujeres, aumentado exponencialmente el número de electores. Asimismo, subsistió el derecho exclusivo de los partidos políticos a registrar candidatos. Un aspecto importante es que esta ley ya no menciona las palabras “Candidato independiente”.

En las reformas de 1963 se dio entrada a los llamados diputados de partido, los que vendrán a ser después de representación proporcional. A partir de esa fecha solo podía tener el calificativo de “candidato” aquella persona que lo hiciera por conducto de un partido político.

El 5 de febrero de 1973 se expide la quinta Ley Federal Electoral, la cual suprimió los representantes comunes, es decir, aquellos que eran designados por el candidato y el partido ante los organismos electorales.

El 6 de diciembre se reformó la Constitución en su artículo 41 para reconocer el derecho a constituir partidos políticos, ya no a través del derecho de asociación, sino bajo los lineamientos del derecho público. Como consecuencia, el 28 de diciembre de 1977 se expide la Sexta Ley a la cual se le denomina “Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales”.

Esta norma, conocida como “LOPPE,” introdujo en la Cámara de Diputados cien integrantes por el principio de representación proporcional, figura que también se incluye en los ayuntamientos, pero no permite las candidaturas independientes.

El 12 de febrero de 1987 se expide el Código Federal Electoral, que vendría a ser la séptima norma. Tuvo una vigencia escasa de tres años y fue sustituida al entrar en vigor el 16 de agosto de 1990 el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), vi-

gente en la actualidad, que eleva a rango constitucional la responsabilidad entre gobierno, partidos y ciudadanos en la preparación, desarrollo y vigilancia de los procesos electorales. En lo relativo a la competencia del Tribunal de lo Contencioso Electoral, se estableció que las resoluciones tienen el carácter de obligatorias, definitivas e inatacables.

Del anterior repaso histórico de los precedentes legislativos, entre otros aspectos se resumen los siguientes:

a) De 1917 a la fecha, se han promulgado ocho normas electorales. Originalmente establecían el derecho de los candidatos –independientes- para realizar campañas electorales, reuniones y mítines a favor de su postulación. Asimismo, gozaban de una serie de prerrogativas por sí solos, sin la coadyuvancia de partido alguno.

b) Hasta el año 1946, los candidatos independientes tenían los mismos derechos que los propuestos por partidos políticos. Es posterior a esta fecha que se establece el derecho exclusivo de los partidos políticos para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular. Actualmente, persiste en el artículo 175 de la legislación ordinaria.

c) El texto original de la Constitución de 1917, no contenía mención alguna a los partidos políticos. Exclusivamente señalaba el derecho de los ciudadanos para asociarse, reunirse y tomar parte en los asuntos políticos del país en base al derecho constitucional de libertad de asociación. Es en 1963 cuando el término “partido político” se introduce en la Constitución, y en 1977 cuando se incorpora plenamente al Sistema Constitucional Mexicano al reformarse el artículo 41.

d) En los diversos ordenamientos en materia electoral, los derechos de los candidatos en lo individual se fueron reduciendo bajo la justificación de que es el partido político quien actúa y representa.

Todo ello nos obliga hacer un alto y reflexionar sobre el sentido y alcance de las instituciones políticas en México. ¿Es necesario pasar de una democracia representativa a un modelo de mayor participación ciudadana? ¿Es conveniente que sean los partidos políticos los que en exclusiva conlleven el monopolio para solicitar el registro e inscripción de candidatos a cargos de elección popular? ¿O resulta imprescindible, a efecto de un mayor nivel de participación democrática, romper con el esquema actual e implementar nuevamente el derecho a las candidaturas independientes?

II. Constitución y sufragio

El artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

De lo anterior se desprende que el sistema constitucional centra la soberanía nacional en el pueblo, es decir la capacidad de la nación para determinarse por sí misma.

Así también, en el artículo 3, fracción segunda, inciso a) del texto constitucional, referido a la educación, señala que ésta deberá tener como uno de tantos principios, el democrático, “...considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Por su parte, el artículo 35 de la Norma Suprema establece en su fracción I, dentro de las prerrogativas del ciudadano “la de votar en las elecciones populares”. En su fracción II establece la de “...poder ser votado para todos los cargos de elección popular...”. Dentro del artículo 36, señala como obligaciones del ciudadano “la de votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley”.

En base a lo inmediatamente expuesto, podemos sintetizar que el pueblo es el núcleo de la soberanía nacional; que en su participación en las elecciones a través del voto, elige a los gobernantes como parte de su constante mejoramiento económico, social y cultural.

Sin embargo, desde 1946 y sin que exista disposición expresa en la Constitución, a los partidos políticos les fue atribuida en la ley ordinaria una facultad exclusiva: el poder ser estos quienes soliciten exclusivamente el registro de candidatos a puestos de elección popular. El primer párrafo del texto original del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no ha sufrido ningún cambio. Es decir, que el pueblo a través del voto democrático expresa su soberanía por conducto de los poderes públicos.

Tal y como ya se expuso, a partir de 1977 le fueron adicionados cinco párrafos más al referido artículo 41. Con ellos se hacía referencia a los partidos políticos, definiéndolos como entidades de interés público, pero en ningún momento les fue otorgada atribución para que restringieran o tuvieran injerencia en el voto directo o personal de los ciudadanos.

El segundo párrafo adicionado, artículo 41 – IV, estableció los fines de los partidos políticos como “...el de promover la participación en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organismos de ciudadanos, hacer posible el acceso de estos al ejercicio del poder público”. Al final del referido párrafo señala que: “Sólo los ciudadanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos”.

Todo esto nos lleva a establecer una dudosa constitucionalidad de la disposición señalada en el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, el cual textualmente señala que: “Corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular”.

Con ello, la ley secundaria considera a los partidos políticos como medios para garantizar los derechos políticos de las personas, pero al contar con el carácter monopólico encontramos en la realidad que si un ciudadano llegara a votar por algún candidato no registrado por un partido político, dicho voto será anulado al momento del conteo en la casilla, tal y como actualmente señala la ley electoral en su artículo 230 inciso c).

Es decir, un candidato no registrado o independiente es la nada electoral y jurídica.

Lo aberrante es, que basados en una ley secundaria, se restringe el derecho constitucional, consagrado en el artículo 35 fracción II, que establece como prerrogativa del ciudadano “poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establece la ley”.

III. El partido político como vía exclusiva para acceder a un cargo de elección popular

El régimen de los partidos políticos en México, como en los diferentes países, ha transcurrido por diversas etapas de evolución. Éstas van desde la ausencia legal de su existencia, el reconocimiento selectivo e indirecto en leyes ordinarias, su elevación a rango constitucional y el establecimiento de órganos autónomos para resolver sus controversias y las de los procesos electorales.

Desde la época Post-revolucionaria, con la Ley Electoral del 6 de febrero de 1917, se dio auge a las candidaturas independientes y se otorgó el mismo nivel e importancia a los candidatos independientes - es decir, no dependientes de partidos políticos- que a los impulsados y propuestos por los partidos.

Con la Ley Electoral Federal del 7 de enero de 1946, por primera vez se exige el registro a través de los partidos políticos para que puedan participar en las elecciones. De igual modo se impide la participación de las candidaturas independientes. Así, en su artículo 35 señalaba que “Solamente los partidos políticos podrán registrar candidatos”. Esta regulación continúa a nuestros días en el artículo 175 del actual Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

En base a lo anterior podemos resumir que con el tiempo, los partidos políticos fueron obteniendo un espacio de actuación más amplio. Inversamente, el ciudadano soportó una disminución de derechos y prerrogativas en la medida en que aumentaban las atribuciones de los partidos políticos.

La intervención del ciudadano en materia contenciosa se fue restringiendo de 1917 a la fecha, ya que en su origen podían los empadronados impugnar o recusar y se encontraban facultados para reclamar ante la cámara de Diputados y Senadores la nulidad de una elección, así también presentar protestas escritas ante la casilla electoral al término del cómputo de los votos. En la actualidad se ha reducido a la exclusiva facultad de recurrir cuando sean incluidos o excluidos indebidamente de la lista nominal de electores.

De tal forma que los candidatos únicamente pueden participar como coadyuvantes del partido político al cual pertenecen, tal y como lo sostuvo el Tribunal Federal Electoral en el siguiente criterio: “Candi-

datos. No están legitimados para interponer recursos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 295, párrafo 3, 301, párrafo 1 y 312, párrafo 1 inciso a) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, los candidatos legalmente registrados sólo pueden participar como coadyuvantes de su partido político ... por lo que dichos candidatos en ningún caso están legitimados para interponer recurso alguno”. (SC-I-RA-14BIS/91. Nicolás Olivos y Otros. 12-VIII-91.Unanimidad de votos).

IV. Las candidaturas independientes

Las candidaturas son las ofertas políticas diferenciadas sobre las que han de decidir los electores.² La forma más tradicional de presentación de candidaturas es a través de partidos políticos, tal y como sucede en Argentina, Brasil, Ecuador, El Salvador, México, entre otros. En estos países se otorga el monopolio a los partidos políticos para solicitar el registro de candidatos.

En contraposición, encontramos países como Chile, Colombia, Honduras, Perú, República Dominicana o Venezuela, en donde la legislación permite y da la oportunidad a la existencia de agrupaciones de carácter independiente.

Del tema de las candidaturas independientes a la fecha, en México únicamente se conserva en la parte inferior izquierda de la boleta electoral, un espacio en blanco igual en tamaño que el que se le otorga a los partidos políticos que participan en la contienda. Este espacio contiene la leyenda; “Si desea votar por un candidato no registrado, escriba aquí su nombre completo”. Ello porque todavía la ley electoral así lo exige en el artículo 205 inciso j). Pero al carecer de eficacia real, viene a constituirse en un epitafio o recuerdo nostálgico de lo que alguna vez fueron este tipo de candidaturas.

V. El caso de Jorge Castañeda

El doctor Jorge G. Castañeda, quien pretendió ser candidato a Presidente de la República en el proceso electoral del año 2006 a través de

² Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). “*Diccionario Electoral*”. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, 2003. p. 133.

la figura del “candidato independiente”, para justificarlas señala:³ “En cualquier país, las candidaturas independientes son necesarias porque su sola posibilidad constituye, para los partidos, un aliciente más para reformarse y adecuarse permanentemente a las transformaciones del mundo, del país y de su propio electorado”.

Citando las razones que lo impulsaron a ello,⁴ se refirió, en primer término, al interés por seguir en la lucha de las causas de los derechos humanos, la democracia y contra la injusticia y en segundo término, consideraba que los partidos políticos se encontraban divididos y enfrentados entre sí provocando en los últimos años una especie de parálisis legislativa; en la ausencia de reformas que exigían los nuevos tiempos a México.

El 11 de marzo del 2005, Jorge Castañeda intentó registrarse como candidato independiente, pero por acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral le negó el registro ya que le afectaba un derecho constitucional de todos los mexicanos: el poder ser votados a un puesto de elección popular.

Ante la negativa del Consejo General del Instituto Federal Electoral en admitir su registro como candidato independiente, interpuso juicio de amparo. Este fue radicado en el Juzgado Séptimo de Distrito en materia Administrativa en el Distrito Federal, siendo rechazado el conocimiento de lo planteado por tratarse de una resolución de naturaleza electoral.

A consecuencia de la resolución emitida por la Jueza Séptima de Distrito, acudió ante la Suprema Corte de Justicia a impugnar la negativa de admisión de la demanda de amparo. Después de haber sido ampliamente discutido si había lugar o no a su admisión, el Máximo Tribunal del país resolvió el 16 de agosto del 2005, por siete votos a favor y cuatro en contra, desechar el recurso planteado. Entre otros argumentos, en base a que de conformidad con el artículo 105 de la Norma Suprema, los ciudadanos no pueden cuestionar la constitucionalidad de las leyes electorales ya que ello corresponde a los partidos. Por consecuencia, la vía de amparo intentada era improcedente.

³ CASTAÑEDA, J. “*Somos muchos. Ideas para el mañana*”. México, Editorial Planeta, 2004. p. 220.

⁴ Entrevista con José Gutiérrez, [en línea] Radio Monitor, 26 de Marzo de 2004 Disponible en: www.ideasdelcambio.org.

Dentro de los argumentos en contra que expresaron los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las sesiones de discusión, se encuentra el relativo a que; “en la propia Constitución se establece el monopolio de los partidos políticos para la postulación de candidatos a puestos de elección popular”.⁵

Comparece a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶ y el 17 de octubre del 2005 le otorgó medidas cautelares a efecto de que se le permitiera la inscripción provisional como candidato a la Presidencia de la República. El 12 de octubre del 2006 la Comisión aprobó el informe de admisibilidad y fondo No. 113/06, el cual fue notificado al Estado el 21 de diciembre de ese mismo año.

La sentencia de la Corte Interamericana dictada el 6 de agosto de 2008 condena al Estado Mexicano por violar los derechos de protección judicial de Jorge Castañeda Gutman y a realizar modificaciones a la legislación secundaria a garantizar para que a través de dicho recurso pueda cuestionar la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.

En suma, la Corte Interamericana no condena al Estado mexicano por impedir a Jorge Castañeda ejercer sus derechos políticos a través de candidatura independiente, en virtud de que existen formas por las cuales puede ser elegible; tales como ingresar a un partido político e intentar por la vía democrática interna obtener la nominación o ser candidato externo entre otros, pero aclara en su sentencia:

“Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que ad-

⁵ Frente a ello, es preciso señalar que en el mes de Octubre del 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en votación dividida por seis votos contra cinco, que la Constitución sí permite las candidaturas independientes, pero aclaró que es facultad exclusiva de los legisladores decidir si aprueban o permiten que compitan o no candidatos independientes en las elecciones. Este criterio se adoptó al validar las reformas que realizó el Congreso de Yucatán para permitir las candidaturas independientes a los cargos de Gobernador, Diputado local y Ayuntamientos Municipales. Dentro de las reformas que aprobó el Congreso de Yucatán y que entraron en vigor desde el 24 de mayo del 2006, se establece que quienes aspiren a ser candidatos deben contar entre otros requisitos con el respaldo de al menos el 2% del padrón electoral, municipal, distrital o estatal, dependiendo del puesto al que aspiren. Señala también que, al final de la elección, al candidato independiente se le pueden rembolsar hasta el 50% de lo que haya gastado durante su campaña.

⁶ [En línea] Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/castaneda_se_01.doc, Medidas cautelares 2005.

mite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales...⁷

En el mismo tenor, es de considerarse la jurisprudencia expresada por el referido tribunal de derechos humanos con anterioridad en el caso Yatacama; “No existe disposición en la Convención Americana, que permita sostener que los ciudadanos solo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político...”⁸

Al respecto hay que tener presente que la Comisión Interamericana señaló en el Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México, emitido el 24 de septiembre de 1998, dentro del apartado; el derecho de acceso a la contienda electoral, párrafo 446⁹, lo siguiente: “...Hasta ahora no ha sido posible encontrar en México una fórmula que garantice la estabilidad y consolidación del sistema de partidos que resulte compatible con la garantía constitucional que tienen los ciudadanos para ser votados para cargos de elección popular, sin tener que hacerlo obligadamente bajo las siglas de algún partido político”.

VI. Conclusiones

En base a lo ya analizado podemos concluir que la actual Constitución mexicana nunca ha prohibido las candidaturas independientes. Fue la legislación ordinaria reformada la que desconoció esta opción democrática que ya existía, pues al tratarse de una limitante que restringe un derecho constitucional, ésta debe tener fundamento en otra norma constitucional de manera expresa y no sólo provenir de una ley secundaria de inferior jerarquía. Por consecuencia, al no existir límite o intervención, la prohibición establecida en la ley ordinaria resulta de dudosa constitucionalidad.

⁷ Cfr: Caso Castañeda Gudman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Párr. 204.

⁸ Caso Yatacama Vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 e junio de 2005. Párr. 215.

⁹[En línea] Disponible en: www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp/indice.htm

Concluyo retomando el llamado urgente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Jorge Castañeda, al final de su párrafo 204:

“...resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.”

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
12/2008, DE 29 DE ENERO**

**Recurso de inconstitucionalidad frente a la
LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad
efectiva de hombres y mujeres, cuya disposición
adicional segunda modifica la Ley Orgánica del
Régimen Electoral General estableciendo
la paridad en las listas electorales**

María del Pilar Molero Martín-Salas*

* Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo, España.

SUMARIO: I. Planteamiento; II. La paridad electoral; III. ¿Se trata de una medida constitucional?; IV. Antecedentes a la Sentencia del Tribunal Constitucional. Otras leyes en el punto de mira; V. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional; VI. Conclusión.

RESUMEN

En el año 2007 las Cortes Generales españolas aprobaron la Ley Orgánica 3/2007, que tiene como propósito terminar con las manifestaciones discriminatorias por razón de sexo que aún existen, mediante la implementación de medidas preventivas como la introducción de la paridad de género en las listas electorales en los ámbitos autonómicos, local y supraestatal.

Tras haber sido sometida a recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional español resolvió a favor de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General y determinó sus alcances en respecto de la igualdad de género en materia electoral y de libertad de partidos políticos.

A pesar de la implementación de las medidas de equidad, la exigencia que la ley establece requerirá de auxilios mayores para lograr su propósito, y la figura de alternancia de género en las listas electorales podría coadyuvar a ello.

I. Planteamiento

En el año 2007 se aprueba, por la Cortes Generales españolas, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante ley de igualdad). Uno de los principales objetivos que pretende esta ley, como su propio título indica, es terminar con todas las manifestaciones discriminatorias por razón de sexo que aún existen, pues a pesar de haberse conseguido avances muy importantes en la materia, aún no han sido suficientes para alcanzar la igualdad plena y efectiva entre hombres y mujeres. La propia exposición de motivos hace referencia a diversos elementos que demuestran que todavía queda camino por andar hasta que podamos hablar de plena igualdad; la violencia de género, la desigualdad salarial, la dificultad de la mujer para conciliar vida familiar y laboral, la escasa presencia de las mujeres en cargos directivos, políticos o de responsabilidad...

Con la intención de paliar y mejorar esta situación, la ley de igualdad establece una serie de instrumentos jurídicos encaminados no sólo a favorecer la igualdad entre hombres y mujeres, sino que pretende fomentar la presencia de la mujer en distintos niveles, estableciendo medidas preventivas contra las conductas discriminatorias, políticas activas encaminadas a la plena efectividad del principio de igualdad, la creación de diversos instrumentos tales como la Comisión Interministerial de Igualdad, medidas para fomentar la igualdad en la empresa privada, informes del impacto de género...

La aprobación de esta ley de igualdad ha supuesto que numerosas disposiciones legales deban ser modificadas, pues su contenido se ha visto afectado con la aparición de esta nueva regulación, tal es el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial,¹ la Ley General de Sanidad,² la Ley de Enjuiciamiento Civil³ o la Ley de Empleo,⁴ entre otras.

Una de las principales novedades que aporta esta ley, y que ha sido objeto, además, de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de numerosos debates y conflictos políticos y sociales,

¹ Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

² Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

⁴ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo

es la modificación que introduce en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante ley electoral), introduciendo la tan polémica y debatida paridad en las listas electorales.

II. La paridad electoral

Una de las máximas preocupaciones para el legislador es la igualdad entre hombres y mujeres dentro del ámbito político y que se consiga una presencia igualitaria de ambos sexos. Lo que se pretende con la nueva ley es asegurar una representación similar de hombres y mujeres en los cargos de mayor responsabilidad, para ello se opta por la siguiente fórmula, que las listas electorales tengan una composición equilibrada en cuanto a género se refiere.

La Disposición Adicional Segunda de la ley de igualdad introduce una importante modificación en la ley electoral.⁵ La principal novedad se produce por la incorporación del artículo 44 bis⁶ y que en términos

⁵ La Disposición Adicional Segunda dice textualmente lo siguiente: Modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

Se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo artículo 44 bis, redactado en los siguientes términos:

Artículo 44 bis.

1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.

En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico.

Dos. Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 187, redactado en los siguientes términos:

Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes.

Tres. Se añade un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 201, redactado en los siguientes términos:

generales dispone que las candidaturas que se presenten a las elecciones, deberán tener una composición equilibrada de hombres y mujeres, de tal forma que cada uno de los sexos debe suponer como mínimo un cuarenta por ciento del conjunto de miembros que formen esa lista electoral.⁷

La preocupación existente al respecto no sólo se centra en las elecciones generales, sino que también se extiende a otros niveles, pues el ámbito de aplicación de la misma es el más amplio posible, previéndose la misma fórmula de paridad electoral para el ámbito autonómico, local e incluso supraestatal, cuando se trata de la elección de los diputados al Parlamento Europeo. Además, cuando se trata de elecciones autonómicas, la propia ley matiza que las leyes electorales propias de cada Comunidad Autónoma podrán prever otras medidas que favorezcan la mayor presencia de las mujeres en las candidaturas.⁸

No sabemos en que medida esta disposición afectará a la igualdad entre hombres y mujeres, lo que sí es cierto es que ha levantado el recelo entre las diversas fuerzas políticas y que ha suscitado un gran debate social.

Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes.

Cuatro. Se modifica el apartado 2 de la disposición adicional primera, que queda redactado en los siguientes términos:

2. En aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del título I de esta Ley Orgánica:

1 al 42; 44; 44 bis; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6 y 8; 47.4; 49; 51.2 y 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69; 70.1 y 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.2 y 8; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152.

Cinco. Se añade una nueva disposición transitoria séptima, redactada en los siguientes términos:

En las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis solo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes, aplicándose a partir del 1 de enero de ese año la cifra de habitantes prevista en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 187 de la presente Ley.

⁶ Aunque también se hacen pequeñas modificaciones en los artículos 187.2, 201.3 y Disposición Adicional 1ª.2. de la ley electoral.

⁷ Hay tres supuestos en los que no se aplica la medida de paridad, hasta 2011 a los municipios que no superen los 5,000 habitantes (Disposición Transitoria 7ª de la ley electoral), a partir del año 2011 a los municipios que no superen los 3,000 habitantes (artículo 182.2 de la ley electoral) y a las islas que no superen los 5,000 habitantes (artículo 201.3 de la ley electoral).

⁸ En lo que se refiere a las elecciones autonómicas, debemos entender que la regulación que realiza la ley electoral estatal es de mínimos, pues la ley electoral de la Comunidad Autónoma puede mejorar lo previsto en la ley electoral estatal. Veremos más adelante, que esto ya se venía produciendo en determinadas Comunidades Autónomas.

III. ¿Se trata de una medida constitucional?

Como he venido adelantando en párrafos anteriores, la medida impuesta por la ley de igualdad en materia electoral, no ha dejado indiferente a nadie, provocando el conflicto principalmente en el ámbito político. Sin embargo, este tipo de medidas no son una novedad. En la Unión Europea se viene trabajando en los últimos años en este sentido, tratando de incentivar y fomentar la participación de la mujer en la vida pública y representativa, existiendo diversas Recomendaciones y Resoluciones por parte del Consejo de Europa y del Parlamento europeo. También los propios partidos políticos han trabajado en esta línea, pues en la mayoría de sus estatutos internos se prevé la presencia igualitaria entre hombres y mujeres. Sin embargo, cuando estas medidas se han plasmado en una ley y han supuesto una imposición para los partidos políticos, es cuando han surgido los conflictos.⁹

Lo inadecuado de imponer una medida de este tipo ha sido objetado por ciertos sectores políticos desde la misma tramitación de la ley, considerando que sus partidos defienden la necesidad de la presencia equilibrada entre hombres y mujeres, pero esa presencia no debe ser nunca impuesta. Del mismo modo, plantean como posible alternativa para incentivar la presencia de la mujer en la vida política, por ejemplo mayores subvenciones para los escaños obtenidos por mujeres o mayor tiempo gratuito en los medios de comunicación para las candidaturas con mayor equilibrio entre hombres y mujeres.¹⁰

A pesar de las discrepancias que se produjeron durante el *iter parlamentario*, lo cierto es que la ley finalmente se aprobó y la sombra de inconstitucionalidad con respecto a diversos puntos la ha perseguido desde entonces. Son numerosas las dudas que se han planteado en la doctrina en cuanto a la adecuación de la medida a la Constitución,¹¹ así como las opiniones vertidas al respecto.

⁹ En cuanto a esta idea, existe un estudio pormenorizado de la misma en JIMÉNEZ Gluck, D. “Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa”. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

¹⁰ Durante la tramitación de la ley de igualdad, Susana Camarero, diputada del Partido Popular, presentó una enmienda en ese sentido.

¹¹ Cuando aludo a la Constitución me refiero a la Constitución española de 1978, salvo que expresamente diga otra cosa.

Se ha planteado la posible vulneración de los principios generales de igualdad previstos en la Constitución (1.1, 9.2 y 14), y el principio de igualdad que rige en el acceso a cargos públicos y representativos, así como en el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo (23.2 y 68.5), pues se establece el sexo como requisito para ser elegido.

La parte de la doctrina que considera que no existe tal vulneración, normalmente hace alusión a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que defiende la existencia de medidas de discriminación positiva, pues aunque con estas medidas se limita la igualdad de ciertos colectivos, se hace con la finalidad de proteger a otros considerados tradicionalmente como desfavorecidos en una determinada materia. En este caso la menor presencia de la mujer en cargos públicos y representativos legitimaría una medida de este tipo. También se argumenta que aunque la medida fija una reserva, no lo hace a favor de ninguno de los dos sexos, ni favorece al hombre ni favorece a la mujer, por lo que no se puede entender vulnerada la igualdad. Si bien esta afirmación es cierta, debemos entender, y así se deduce de la propia exposición de motivos de la ley de igualdad, que la cuota mínima se reserva para la mujer, pues es el sexo que hasta ahora ha contado con menor representación.

Al hilo de lo anterior, también hay quien considera que la medida impuesta por la ley de igualdad provoca que en determinados lugares se perjudique a la mujer, pues deban reformarse listas electorales que cuenten con un porcentaje de mujeres por encima del 60%. En estos casos la medida perdería la finalidad que pretende, esto es, aumentar la presencia de la mujer en el ámbito político, provocando precisamente el efecto contrario. Esta es la opinión de Caballero Sánchez, quien considera que "...la rigidez de la cuota produce un efecto perverso, como es el de impedir la formación de candidaturas que voluntariamente estén integradas sólo o mayoritariamente por mujeres..."¹² Entiendo que este argumento no tiene el peso suficiente como para entender que la medida es inconstitucional, pues aunque esta situación efectivamente pueda darse, también hay que decir que serán supues-

¹² CABALLERO Sánchez, R. *En*: SÁNCHEZ-URÁN Azaña, Y. (coord.) *Igualdad de hombres y mujeres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Navarra, Thomson/Civitas, 2007. p. 269.

tos muy excepcionales. En la mayoría de los casos ocurrirá al contrario, la mayor representación corresponderá al hombre.

También se ha cuestionado por posible vulneración de la libertad de los partidos políticos en cuanto a su libertad de expresión, libertad ideológica y libertad para formar las candidaturas (6, 16.1, 20.1.a y 22.1). Parte de la doctrina considera que la medida limita la libertad de los partidos políticos en cuanto a su organización y funcionamiento interno, pero además limita su libertad ideológica y de expresión pues puede haber partidos cuyos ideales sean contrarios a la igualdad entre el hombre y la mujer o incluso que defiendan ideas que podemos denominar “machistas”, es el caso de Rey Martínez que considera que las medidas legales que se imponen a los partidos pueden vulnerar su libertad ideológica, sin embargo Ruiz Fernández entiende que las cuotas afectan o limitan la libertad del partido para elaborar las listas, pero se trata de una limitación admisible pues la libertad de los partidos no es absoluta¹³. Considero que esta idea parece razonable, sobre todo si tenemos en cuenta que la propia ley electoral establece límites, como es el caso de las causas de inelegibilidad.

La unidad e indisolubilidad de la Nación española también se ha visto afectada, pues hay quien ha considerado que la medida puede provocar una fragmentación del cuerpo electoral, pues otros grupos sociales podrían reivindicar la existencia de cuotas a su favor, por ejemplo los discapacitados. Belda Pérez-Pedrero dice que “resulta constitucionalmente prohibido quebrar la igualdad jurídica de los elegibles en nombre de la promoción social de la mujer, del hombre, del anciano, del discapacitado, del joven, del marginado, o de la minoría cultural o religiosa, por valiosa o deseable que pueda ser la mejora de su condición. La categoría de ciudadano, a efectos de elegibilidad, es indivisible y el legislador carece de base jurídica para crear diferencias internas dentro de esta categoría”.¹⁴ Sin embargo Sevilla Merino considera que este argumento no es sostenible pues, además de que esa conse-

¹³ Ambas referencias se han tomado de REY Martínez, F. y RUIZ Miguel, A. “Paridad electoral y cuotas femeninas”. *Aequalitas*, Revista Jurídica de Igualdad entre oportunidades entre mujeres y hombres. (1) mayo, 1999. Universidad de Zaragoza,

¹⁴ BELDA Pérez-Pedrero, E. “La paridad electoral como finalidad dissociada de las acciones positivas a favor de un sexo”. *En*: Parlamento y Constitución. Anuario. nº10, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, Años 2006-2007. p. 183.

cuencia no se ha producido en otros países en los que se ha reformado la ley electoral en un sentido similar, “las mujeres no son un grupo, sino el cincuenta por ciento de toda la sociedad”.¹⁵

Parte de la doctrina considera que la medida no es necesaria para conseguir el fin que persigue, esto es, aumentar el número de mujeres en cargos políticos o representativos, pues la propia sociedad está cambiando y poco a poco el número de mujeres va aumentando en estos sectores. “...La situación de incremento constante (se refiere a la participación de la mujer), aunque moderado, en todos los órdenes de representación política no parece que plantee una necesidad imperiosa de introducción de cuotas...”¹⁶

Hay quien, para defender lo acertado de las medidas impuestas por la ley de igualdad en materia electoral, acude a los datos objetivos que se producen tras las elecciones, así encontramos autores que se refieren a un estudio publicado por el Ministerio del Interior en el que se comparan los resultados obtenidos en las elecciones locales celebradas en mayo de 2007 (primeras tras la aprobación de la ley de igualdad) y los obtenidos en las elecciones de mayo de 2003. Este estudio pone de manifiesto que el número de mujeres que han alcanzado concejalía se ha visto incrementado considerablemente, concretamente en el año 2007 hay 2000 concejales mujeres más que en el año 2003.¹⁷ Aunque se trata de datos objetivos que a priori carecen de discusión, y reconociendo a su favor que se trata de un estudio muy pormenorizado y rico en datos, también hay quien objeta que evidentemente si la ley obliga a una paridad en la lista electoral (por cada tramo de 5 miembros) es inevitable que el resultado también sea paritario, y por tanto suponga un aumento de los cargos políticos en manos de la mujer, pero ello no significa que la medida sea totalmente conforme con lo que la Constitución establece y que ese tipo de medidas puedan afectar a la calidad de la política, pues es posible que en ocasiones, y para cumplir con la cuotas exigidas por la ley, deba

¹⁵ SEVILLA Merino, J. *En*: GARRIGUES Jiménez, A. (coord.) *Comentarios a la ley de igualdad*. Valencia, CISS, 2007. p. 583.

¹⁶ CABALLERO Sánchez, R. *En*: SÁNCHEZ-URÁN Azaña, Y. (Coord.) *Igualdad de hombres y mujeres*. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Navarra, Thomson/Civitas, 2007. p. 276.

¹⁷ “*Elecciones Locales 2007. Impacto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*”. Ministerio del Interior, Madrid, 2007.

prescindirse de la persona que se considere mejor para un determinado puesto, con independencia del sexo de la misma. Sin embargo, aunque parezca que lo más lógico es que el número de mujeres con cargos representativos aumente tras la aplicación de la medida, lo cierto es que en las últimas elecciones generales (marzo 2008) el número de diputadas ha sufrido un pequeño descenso con respecto a las anteriores elecciones (marzo 2003). Ello demuestra que en determinados supuestos, a pesar de respetarse la medida, no siempre se consigue que el resultado final sea la mayor presencia de la mujer, por ejemplo, supongamos que en aquellas circunscripciones en las que se deben elegir seis o menos diputados, los partidos políticos cuando elaboran sus listas, deciden poner en los tres primeros lugares a hombres y en los tres últimos a mujeres, de tal forma que cumplan con lo que establece la ley reservando como mínimo un 40% a un sexo por cada tramo de cinco miembros, a la hora de repartir los seis escaños, si los tres primeros de la lista son hombres en todos los partidos, al final puede darse la paradoja de que ninguna mujer consiga ser diputada.

IV. Antecedentes a la sentencia del Tribunal Constitucional. Otras leyes en el punto de mira

El desacuerdo que ha provocado la citada ley de igualdad, en lo que respecta a la modificación operada en materia electoral, se ha producido prácticamente desde su entrada en vigor. La ley fue aprobada en marzo de 2007 y en mayo de ese mismo año se planteaba la primera cuestión de inconstitucionalidad frente a ella.

Presentadas candidaturas para la celebración de elecciones (se trataba de elecciones locales que se celebrarían en mayo de 2007), una determinada Junta Electoral de Zona¹⁸ se niega a realizar la proclamación de una candidatura por no cumplir lo previsto en el artículo 44 bis de la ley electoral (la ya mencionada paridad en las listas electorales). El representante del partido político al que se le niega la proclamación de la candidatura considera que la previsión del artículo 44 bis es inconstitucional y plantea recurso contencioso-electoral ante el Juzga-

¹⁸ La Junta Electoral de Zona es uno de los órganos que forman la Administración electoral en España. La Administración electoral es un conjunto de órganos de la Administración que se encargan de la protección NO jurisdiccional del procedimiento electoral.

do de los contencioso-administrativo nº1 de Santa Cruz de Tenerife, planteándose por el Juez titular del mismo cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que, como máximo intérprete de la Constitución, derima si la normativa en cuestión es o no acorde a la Constitución.

Sin embargo, aunque éstas son las primeras elecciones que se celebran tras la aprobación de la ley de igualdad, y la primera vez que se plantea la duda acerca de su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ya en años anteriores se plantean recursos de inconstitucionalidad frente a normativas autonómicas similares.

La leyes electorales de Castilla-La Mancha¹⁹ y de las Islas Baleares²⁰ fueron modificadas en el año 2002, estableciendo que las listas electorales debían alternar hombres y mujeres (principio de cremallera). El Presidente de aquél momento planteó recurso de inconstitucionalidad frente a ambas. Posteriormente hubo un cambio de gobierno y el proceso en ambos casos se extinguió por desistimiento del abogado del Estado.

Como vemos en estos casos se exige una mayor paridad que a nivel estatal, pues mientras la ley electoral estatal exige una paridad flexible de 40% como mínimo a favor de un sexo y 60% como máximo a favor de otro, esta leyes electorales autonómicas prevén una paridad rígida, estipulando el 50% para cada sexo. Caballero Sánchez considera que “cabe discutir la constitucionalidad de la regla de paridad estricta en las listas electorales. En la medida que constituye una cuota inflexible y sin matizaciones resulta una limitación excesiva de la libertad de configuración de las listas de candidatos...”²¹

La ley electoral de Andalucía²² también se modificó en 2005, estableciéndose la alternancia de hombres y mujeres como fórmula a la hora de elaborar las listas de candidatos. La ley electoral del País Vasco²³, también operó una modificación similar, aunque estableciendo la siguiente fórmula “las listas deben estar integradas al menos por un

¹⁹ Ley 5/1986, de 23 de diciembre

²⁰ Ley 8/1986, de 26 de noviembre

²¹ CABALLERO Sánchez, R. *En*: SÁNCHEZ-URÁN Azaña, Y. (coord) *Igualdad de hombres y mujeres*. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Navarra, Thomson/Civitas, 2007. p. 266.

²² Ley 1/986, de 2 de enero

²³ Ley 5/1990, de 15 de junio

50% de mujeres”. Ambas modificaciones han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional por más de 50 diputados del Partido Popular, aunque a fecha de hoy aún no se ha pronunciado.

En definitiva, dudas en cuanto a la paridad electoral y la reserva de cuotas a favor de un sexo han existido muchas, así como las opiniones doctrinales al respecto, incluso antes de que se aprobara la ley de igualdad, sin embargo hemos tenido que esperar hasta la sentencia 12/2008 del Tribunal Constitucional, para conocer su interpretación al respecto.

V. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional

El 21 de junio de 2007, un grupo formado por más de 50 diputados del Partido Popular, presentan ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad frente a la Disposición Adicional segunda de la ley de igualdad, pues consideran que vulnera determinados preceptos de la Constitución, básicamente los referidos en un punto anterior. El 29 de enero de 2008, el Tribunal Constitucional dicta sentencia en la que resuelve, no sólo el recurso de inconstitucionalidad, sino también la cuestión de inconstitucionalidad que meses antes se había planteado desde un Juzgado en Santa Cruz de Tenerife.

Los fundamentos del Alto Tribunal son claros al respecto y concluye con la desestimación de ambos planteamientos, tanto del recurso como de la cuestión.

-El Tribunal Constitucional en primer lugar alude a los textos de Derecho Internacional así como los producidos en el seno del Consejo de Europa, recordando que estos textos ponen de relieve que la búsqueda de la igualdad formal y material entre hombres y mujeres se considera la piedra angular del Derecho Internacional, si bien estos textos no se pronuncian sobre los instrumentos concretos que deba utilizar cada Estado para conseguir la mencionada igualdad.²⁴

-Aclara que la medida impuesta sólo tiene por destinatarios a aquellos que pueden presentar candidaturas, por lo que la medida no puede ser considerada como una causa de inelegibilidad, además afecta a partidos, coaliciones, federaciones y grupos de electores, por lo que el derecho de sufragio pasivo individual no se ve afectado.²⁵

²⁴ Fundamento jurídico 2°.

²⁵ Fundamento jurídico 3°.

-El Tribunal considera que la ley objeto de recurso establece una fórmula de equilibrio entre sexos, no favoreciendo a uno sobre otro. Las proporciones se establecen por igual para ambos sexos. Además, no se trata de una fórmula estrictamente paritaria, pues no se exige el 50% para cada sexo, si no que se permite el 40%-60%, sin que se establezca que sexo debe cumplir con el 40 y que sexo con el 60.²⁶

-Recuerda el Tribunal que el artículo 9.2. de la Constitución expresa la voluntad del constituyente de conseguir no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad sustantiva, material o real, y que ese mismo precepto encomienda al legislador actualizar y materializar esa igualdad real.²⁷ El Tribunal Constitucional considera que las medidas impuestas a los partidos políticos son un cauce válido para cumplir las exigencias del artículo 9.2.²⁸

-Las previsiones del artículo 44 bis de la ley electoral persiguen la efectividad del artículo 14 de la Constitución en el ámbito de la representación política, en el que las mujeres han estado siempre preteridas. La disposición impugnada, no sólo permite que el partido político cumpla como instrumento para la participación política, sino que además permite que se haga efectiva la libertad que se propugna en el artículo 9.2. de la Constitución.²⁹

-La libertad de presentar candidaturas, al igual que el resto de libertades, no puede considerarse ilimitada, pueden establecerse límites en atención a otros valores como es el caso ya que lo que se protege y persigue con la medida es la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.³⁰

-La normativa que se impugna no impide que haya partidos políticos con ideas contrarias a la igualdad entre hombres y mujeres, o que haya partidos que defiendan ideas “feministas” o “machistas”, lo único que se impone es que para defender esas ideas se debe partir de candidaturas que estén formadas por hombres y por mujeres.³¹

-Puesto que hay una igualdad efectiva en cuanto a división de la sociedad en sexos, lo que se pretende es no desvirtuar esta realidad en el ámbito político por la excesiva presencia de uno de ellos.³²

²⁶ Fundamentos jurídicos 3º y 5º.

²⁷ Fundamento jurídico 4º.

²⁸ Fundamento jurídico 5º.

²⁹ Fundamento jurídico 5º.

³⁰ Fundamento jurídico 5º.

³¹ Fundamento jurídico 6º.

³² Fundamento Jurídico 7.

VI. Conclusión

Las modificaciones que la ley de igualdad ha operado en la ley electoral, imponiendo a los partidos políticos que las listas de candidatos sean paritarias (reservando el 40% de la lista como mínimo para uno de los sexos) han provocado desde su inicio una gran polémica social y política, y lo más importante, las medidas impuestas han estado perseguidas desde su inicio por la sombra de la inconstitucionalidad.

A pesar de la existencia de multitud de opiniones al respecto, lo cierto es que desde enero de 2008 contamos con una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, que si bien no ha terminado con los conflictos que aún siguen existiendo en cuanto a la medida, al menos desde el punto de vista jurídico debemos entender que es totalmente acorde a la Constitución.

Sin embargo, más allá de entender que la medida pueda ser o no constitucional, lo cierto es que a pesar del revuelo y la polémica que la pretendida paridad electoral ha provocado, hay ciertos casos en los que aún cumpliendo con la exigencia que la ley establece, no se conseguirá el objetivo que con ella se pretende, esto es, la mayor presencia de la mujer en la vida política, concretamente me refiero a aquellos casos, con independencia del tipo de elecciones de las que se trate, en los que el territorio en cuestión deba elegir a seis o menos representantes, pues siempre se podrá posicionar en los primeros lugares de la lista a candidatos varones. A medida que el número de representantes a elegir sea mayor también aumentará la eficacia de la medida. Hemos visto que el denominado principio de cremallera (listas formadas por hombre/mujer/hombre/mujer...) ha suscitado mayor polémica si cabe, pues pretende la paridad estricta al 50%, sin embargo, a pesar de las críticas al respecto, no se produciría la situación a la que me he referido anteriormente, pues a pesar de que el número de representantes a elegir sea pequeño, la medida provoca que los sexos aparezcan en las listas de manera intercalada, lo que al menos aseguraría la finalidad que se persigue con la medida, la mayor presencia de la mujer en la vida política y representativa.

MAXIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS

*Eduardo Ramírez Patiño**

SUMARIO: I. Planteamientos del tema; II. Introducción; III. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; IV. Constitución Política del Estado de Sinaloa; V. Tratados internacionales; VI. Principio *pro homine*; VII. Conclusiones.

RESUMEN

Este ensayo está motivado por una decisión del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación donde se reiteró el principio de la maximización de los derechos, como una manera de poner el Derecho al servicio del individuo. En ese sentido, este trabajo examina esa resolución, la Constitución federal, la Constitución del Estado de Sinaloa, los tratados internacionales y la doctrina, para afirmar que la maximización de los derechos es un principio que debe ser una realidad en México. La maximización se da en una interpretación amplia en virtud de la cual los derechos fundamentales sólo están limitados por lo que la Constitución dice de manera expresa; además también se estudia como una de sus manifestaciones el generar más derechos para el hombre.

* Magistrado Supernumerario del Tribunal Estatal Electoral de Sinaloa, doctor en Derecho por la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa y profesor de la misma institución desde 1977.

I. Planteamientos del tema

La idea de este tema surgió por la resolución del expediente SUP-JDC-98/2010, de fecha 13 de mayo del mismo año, correspondiendo el engrose al magistrado José Alejandro Luna Ramos, con un voto particular del magistrado Flavio Galván González.

El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano se interpuso por el entonces candidato a gobernador del Estado de Aguascalientes por el Partido Acción Nacional, ante la negativa de su registro por el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de esa entidad.

El Consejo razonó la negativa del registro, porque el candidato tenía un auto de formal prisión, por lo que, de acuerdo con la fracción II del artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹, se debían suspender sus derechos como ciudadano y con ello el de ser elegido a un puesto de representación popular.

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió revocar la resolución del Consejo de Aguascalientes, en virtud de que, no se colmaba lo dispuesto en el citado artículo 38 de la Constitución, ya que, si bien existía un auto de formal prisión, se había obtenido la libertad bajo caución, por lo que existía la posibilidad material y fáctica de que el candidato pudiera seguir ejerciendo sus derechos ciudadanos.

Al respecto se dieron argumentaciones como la existencia de tratados internacionales y la propia Constitución que recogen el principio de presunción de inocencia, por el cual hasta que se agota el proceso penal se puede estar en posibilidad de determinar la culpabilidad de alguien, por ello debe darse el beneficio de la inocencia y por tanto, no tomar ninguna medida que afecte sus derechos, porque incluso de no ser responsable, esos actos serían irreparables, como es el caso de la situación del candidato señalado.

Además, se citan criterios que han sido tomados por la Sala Superior, por ejemplo la “tesis relevante XV/2007, de rubro: Suspensión de los derechos político-electorales del ciudadano prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional. Sólo procede cuando se prive de

¹ Cuando se mencione un artículo sin señalar su fuente, la referencia será a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

la libertad.”² Aún cuando, como se dice en la resolución de la Sala Superior, ese criterio se derivó de un caso en el cual se demandaba el derecho a votar y no precisamente en relación con el supuesto en análisis que era el de no ser registrado como candidato a gobernador del Estado de Aguascalientes.

Así mismo, motiva la resolución el hecho de que en el auto de formal prisión que se dictó en contra del candidato mencionado, no se declaró de manera expresa que se le suspendían sus derechos políticos-electorales.

Lo cual se resume en el principio de la maximización de los derechos de los ciudadanos, lo cual también debe ser aplicable a los derechos fundamentales, como de manera genérica se anota en este ensayo.

El problema de interpretación se resume en el hecho de que, de manera expresa la Constitución, en la fracción II, del artículo 38, dice que: “Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.” Esto como un supuesto de suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano. Lo cual, en atención a la interpretación literal, toda persona que cuente con un auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal le serán suspendidos su derechos como ciudadano.

Sin embargo, hay que decir que en el párrafo primero de la Constitución se estatuye que sólo podrán restringirse o suspenderse las garantías individuales en los casos y en las condiciones que la misma establece. Además de que, conforme a los tratados internacionales, los derechos fundamentales, más los de orden político, cuando se decide suspenderlos se debe acudir al expediente de que existían causas graves y extremas.

Así entonces, por ejemplo, esta disposición entra en conflicto, como principio, con el de presunción de inocencia contemplado en el artículo 20 de la Constitución, donde la culpabilidad se demuestra con una sentencia que haya causado estado, antes los sujetos son presuntos responsables; con el relativo al de exacta aplicación de la ley penal que pregona el numeral 14, para revisar si lo que procedía era un auto de

² Citada en la página 114 del expediente SUP-JRC-98/2010, de donde se toman los datos expresados en los antecedentes.

formal prisión y en su caso, si en éste se menciona la suspensión de los derechos políticos.

También determinar qué existe en este respecto en materia de tratados internacionales y que beneficien al sujeto que está teniendo el agravio.

Estos serían entre otros, los puntos a resolver y que en la resolución que se cita en este apartado quedó fijado como fundamentación y motivación de la Sala Superior, aplicando de modo principal la interpretación sistemática.

Por eso, en este trabajo se analizarán los fundamentos constitucionales de la maximización de los derechos, además de los contemplados en tratados internacionales y en las tesis de los tribunales federales.

II. Introducción

El tema relativo a la maximización de los derechos fundamentales implica en primer término ensayar los conceptos que le dan vida a esa expresión.

Los derechos fundamentales del hombre, en principio, se consideran aquellos que están consagrados en la Constitución y que de manera tradicional se refieren a la libertad, a la igualdad, a la seguridad jurídica y a la propiedad.

Dentro de ellos, toman el primer lugar los relativos a la libertad, porque esto implica la posibilidad del desarrollo del hombre, así como la manera de interactuar en la sociedad.

También deben considerarse los derechos políticos electorales que están regulados en el artículo 35 de la Constitución y en otras disposiciones de la misma.

Esos derechos también se contemplan en los tratados internacionales y que México ha suscrito por lo cual son parte del derecho nacional.

Aún más, se consideran los que por derecho natural correspondan, aunque no se contemplen de manera expresa en el derecho vigente.

La maximización significa que las personas tienen facultad plena para ejercerlos, sin más limitaciones que lo previsto en la Constitución. En el diccionario se dice que maximizar es: “Buscar el máximo de una función.”³

³ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española”, México: 2009, p. 1470”

Hacer alusión al tema de la maximización de los derechos es retomar a la persona como el elemento fundamental de la sociedad, por encima de sus sectores y de sus organismos, porque requiere darle pleno potencial a su desarrollo para lograr que haya una mejoría del ente social. Esta idea de la preeminencia de la persona considerada en su individualidad, tiene relación con la cita siguiente:

Yo mismo he intentado sugerir que las características formales del discurso moral parecen conducir a dos principios básicos de una concepción liberal de la sociedad: el principio de inviolabilidad de la persona –que proscribía sacrificar los intereses básicos de los individuos sin su consentimiento, ya sea con el propósito de beneficiar a otros o de beneficiar al todo social; y el principio de autonomía de la persona –que establece que la libre elección de los planes de vida individuales es en sí misma valiosa y no debiera ser interferida⁴.

El estar plasmado en la Constitución un apartado de derechos fundamentales, es una posición del iuspositivismo, pero no se debe olvidar que el respeto a la persona en todos sus órdenes también es un postulado de los iusnaturalistas, por considerar al hombre como el centro de sus preocupaciones y con ello de un conjunto de derechos que le garanticen un *status*.

Este planteamiento es retomado después de la Segunda Guerra Mundial, a partir del redescubrimiento de los derechos humanos que fueron menospreciados por los líderes fascistas. En ese sentido se ha dicho que:

Los derechos de los ciudadanos son ‘fundamentales’ no sólo porque sin ellos no serían ciudadanos, es decir, hombres libres, ni el pueblo soberano, esto es, pueblo libre, sino, además, porque tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es, en la propia Constitución. La consecuencia de ello es la eficacia jurídica de tales derechos constitucionales, su aplicación directa por los jueces y la inaplicación de la ley o del acto de los poderes públicos que los vulneren.⁵

⁴ NINO, Carlos Santiago, “Derecho, moral y Política”. Argentina, Gedisa, 2007. p. 136.

⁵ ARAGÓN, Manuel. “Constitución y derechos fundamentales”. En: CARBONELL, Miguel (coord.) Teoría de la Constitución. México, Porrúa y UNAM, 2000. p. 219.

En esta concepción de los derechos fundamentales se observa que se considera una posición iusnaturalista porque se dice que son propios de los hombres libres, pero también está inmerso el positivismo porque los reconoce la Constitución y su eficacia se garantiza por los tribunales. Por tanto, este es un planteamiento que deja de lado la vieja discusión entre iuspositivismo y iusnaturalismo.

La maximización de los derechos implica que debe dársele la mayor extensión a los derechos y minimizar los casos en que se restrinjan.

Esto debe ser manifiesto en un Estado constitucional democrático, donde se postula que lo preside una Constitución. La cual contiene, tradicionalmente dos partes, por un lado la organización del Estado y por el otro, los derechos fundamentales del hombre.

Con esta orientación, se dice que es más importante para la existencia del Estado el que contenga una parte dogmática, porque se ha revaluado al ser humano por encima de la organización estatal.

Por ello, toda Constitución debe tener su catálogo de derechos del hombre, en su caso con la incorporación de los que se consideran de actualidad como el derecho al medio ambiente, al agua, a la cultura, entre otros; además de las prevenciones acerca de la manera de llevarlos a la práctica y de las sanciones que procedan para el supuesto de su infracción.

Esto implica que hay que enumerar los derechos fundamentales, pero además contar con mecanismos para su observancia y para establecer las consecuencias por su incumplimiento. Esto aun cuando no se contenga *in extenso* en la Constitución, pero si las disposiciones genéricas.

Derivado de ello, en la actualidad, aunque siempre el ser humano ha buscado trascender, lo cual se logra cuando cada quien tiene claros los objetivos de vida y busca los elementos para ello, existe un renacimiento de poner al hombre en el centro de los estudios y de las políticas públicas.

Bajo estas premisas, se tiene en México un capítulo de derechos fundamentales, los que por cierto se han ampliado en los últimos tiempos, lo que comprende a diversas materias, de manera particular la electoral.

Sin embargo, esto tiene que generalizarse en todos los derechos,

por ejemplo en la impartición de justicia y en el combate a la pobreza con mayores recursos para este último aspecto.

III. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Ley Suprema contiene un apartado de las denominadas garantías constitucionales, donde, dentro de la clasificación tradicional, se tienen de igualdad, de libertad, de seguridad pública y de propiedad.

Esto en los primeros veintinueve artículos, con exclusión expresa de los numerales 25 y 26, que se refieren a la participación del Estado en la economía y la planeación democrática respectivamente.

Esto sin tomar en cuenta que en los demás artículos de la Constitución existen derechos, como los relativos a la participación política que se regulan como prerrogativas de los mexicanos en el numeral 35, entre otros.

De acuerdo a una opinión generalizada esos derechos del hombre deben ser maximizados al aplicarse en los casos particulares, para poder hablar del respeto a cabalidad de los mismos.

En congruencia con lo anterior se ha dicho que: “Hay ciertos principios que el legislador debería atender al considerar la promulgación de leyes relacionadas con principios morales. Uno de estos es que debería tolerarse el máximo de libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad.”⁶

El artículo primero de la Carta Magna, expresa que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella establece.

En la interpretación de esta disposición cabe señalar que en principio las garantías deben ejercerse a plenitud por todas las personas y que su restricción estará limitada a los supuestos que precise la propia Constitución. En ese sentido se reitera que: “la Constitución otorga de forma universal los derechos contenidos en su texto, los cuales no podrán ser restringidos ni suspendidos, salvo los casos expresamente previstos en las disposiciones constitucionales.”⁷ El autor menciona la

⁶ RIDALL, J.G. “*Teoría del Derecho*”. España, Gedisa, 2008. p. 246

⁷ CARBONELL, Miguel. “*Los derechos fundamentales en México*”. Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006. p. 181

suspensión de las garantías constitucionales prevista en el artículo 29, además de insistir en que cualquier limitación debe estar prevista en la propia Carta Magna.

Las limitaciones que se indican en la mayoría de los artículos que contienen los derechos fundamentales, señalan que serán cuando se afecten los derechos de tercero o el interés público, lo cual es un aspecto que priva para el ejercicio de cualquier derecho, cuando se dice que el derecho de una persona llega hasta donde llega el derecho de los demás.

Por su lado, el interés público tiene que ver con situaciones que importan a la sociedad en general y que es concretizado por el Estado cuando para el cumplimiento de sus funciones pueda chocar con algún derecho de un particular, por ejemplo, la libertad de tránsito se podría limitar para evitar el contagio de alguna enfermedad.

En atención a lo anterior, se puede decir que los derechos fundamentales deben ser disfrutados de manera plena, sin restricciones, excepto bajo las condiciones que la misma Constitución establezca. En ese sentido se dice que:

En consecuencia, el legislador está sometido a los derechos fundamentales, como se expresa en la frase, tan gráfica como bien conocida, de Krüger: “antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, ahora las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales.”⁸

Esto da una idea precisa de que los derechos del hombre sólo tienen los límites que establece la propia Constitución y las leyes se sujetarán a ellos. Ello porque: “Los derechos son *ex Constitutione* y no *ex lege*, pero al legislador le corresponde su desarrollo (reserva de ley), aunque siempre respetando el límite que la Constitución le impone, que es, exactamente, el contenido esencial del derecho fundamental.”⁹

IV. Constitución Política del Estado de Sinaloa

Por decreto número 94, del 1 de abril de 2008, publicado en el Órgano Oficial “El Estado de Sinaloa” el 26 de mayo del mismo año, se

⁸ ARAGÓN, Miguel. *Op. Cit.* p.227

⁹ *Ibid.* p.230

adicionó un título I BIS, denominado “De los derechos humanos”, a la Constitución Política del Estado de Sinaloa, con los artículos 4 Bis, 4 Bis A, 4 Bis B y 4 Bis C.

En el numeral 4 Bis, se dice de manera expresa que en el Estado toda persona es titular de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales.

Esto implica que a diferencia de la Constitución general, en Sinaloa, la Constitución local reconoce, de manera expresa, tres órdenes jurídicos de los que se derivan derechos fundamentales: los contenidos en la Constitución Federal, en los tratados internacionales y en la Constitución sinaloense.

De tal manera que se puede decir que los derechos se han maximizado en su número a favor de las personas ubicadas en su territorio, lo cual es una de las vertientes del tema objeto de este ensayo, para que el hombre disfrute a plenitud de sus derechos humanos.

De ese modo, los derechos que se incluyen en los artículos 4 Bis A y 4 Bis C son, entre otros, la prohibición de la pena de prisión perpetua, que por cierto en el estado de Chihuahua recién se ha establecido en su codificación penal; a no ser sometido sin su libre consentimiento a exámenes y experimentos médicos o científicos, así como a decidir, si es el caso, sobre la difusión de los resultados obtenidos; el derecho a acceder a los cargos públicos; la prohibición de obtener pruebas de forma ilícita; el derecho a ser indemnizado por error judicial; el derecho para acceder al agua; a disfrutar una vida libre de violencia.

En cuanto a los criterios de interpretación de los derechos humanos se contemplan, en el artículo 4 Bis C, principios como el de que: “Los derechos humanos deben interpretarse evitando la contradicción con el texto constitucional y propiciando el sentido que le sea más favorable.”

También se explicitan los compromisos que se tiene con la comunidad internacional, al señalar que:

Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protec-

ción de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así mismo, en la Constitución sinaloense se autoriza recurrir a la ponderación como método para la interpretación de los principios, al decir que:

Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad.

La ponderación es un medio de interpretación que no significa actuar de manera arbitraria ante dos casos donde entran en colisión principios, sino que tiene que seguirse un procedimiento racional para que haya legitimación en la determinación que se adopte.

Al respecto se han señalado tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Por eso, se expresó que en la medida que se dé mayor racionalidad habrá mayor legitimidad de la ponderación.¹⁰

De igual forma, se reitera el principio de que: “Las únicas limitaciones admisibles son las previstas en el texto constitucional, mismas que deberán ser interpretadas restrictivamente.”

Se hace alusión al principio *pro homine*, al prescribir que: “Se deberá optar por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad.”

Finalmente, en el tema de la interpretación, no se queda en la letra de la Constitución, sino que abre las puertas al iusnaturalismo al precisar que: “Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución.”

V. Tratados internacionales

La discusión acerca del lugar que ocupan, dentro del orden jurídico, los tratados que México ha suscrito, ha llegado al nivel de recono-

¹⁰ ALEXY, Robert. “*Teoría de la argumentación jurídica*”. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 349

cer que se encuentran inmediatamente después de la Constitución; el primer lugar corresponde a ésta y luego están los tratados y después las leyes que apruebe el Congreso de la Unión.

Esto implica que, aparte de los derechos fundamentales que la Constitución contempla, forman parte del sistema jurídico mexicano los contenidos en los tratados sobre derechos humanos que se han suscrito, con lo cual se amplía la esfera jurídica de las personas. De ahí que se ha comentado que:

La fuerza de esta idea es la que ha llevado, precisamente, a un proceso de universalización de los derechos con el consiguiente establecimiento de declaraciones internacionales que no sólo enuncian, sino que también protegen los derechos a través de órganos judiciales, internacionales o supranacionales de tutela.¹¹

En ese sentido el artículo 133, que contempla el principio de la supremacía de la Constitución, en la parte conducente expresa que:

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

Al respecto existen múltiples tratados en materia de derechos humanos que en base al numeral 133 citado, incrementan dichos derechos a favor de los mexicanos.

Entre otros tratados se encuentra el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 5, expresa en su párrafo primero que:

Ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

¹¹ ARAGÓN, Manuel. *Op. Cit.* p. 231.

Este párrafo previene que los Estados Partes deberán de respetar los derechos contenidos en el Pacto hasta los límites en él establecidos sin imponer otras restricciones, aún cuando de manera aparente, en una interpretación, se presume que se autoriza al Estado para ello. Por su parte, el segundo párrafo expresa que:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Este párrafo complementa al anterior, porque expresa que si un Estado tiene más derechos de forma interna o bien por formar parte de otros tratados que los contenidos en el Pacto, lo previsto en éste no será un obstáculo para que no se apliquen los derechos superiores previstos en ellos.

Este artículo contiene un principio en materia de tratados sobre derechos humanos, que establece que ninguna disposición contenida en ellos puede ser tomada en consideración para dejar de aplicar una norma de un Estado Parte que contenga un derecho mayor.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, señala también aspectos que amplían el ámbito de los derechos humanos, al establecer en su artículo 29, como normas de interpretación, que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Este principio tiene que ver con los tratados internacionales donde se contienen derechos humanos, los cuales deben ser aplicados aún cuando las legislaciones estatales no los contemplen.

También es de aplicación que si en los Estados existe una ley local o tratado regional que contemple más derechos éste debe predominar.

VI. Principio *pro homine*

Este principio que es a favor de los derechos del hombre, es para buscar precisamente la maximización de los derechos.

Se sostiene que este es el principio guía del tema de la maximización de los derechos fundamentales en general y de manera particular los de carácter político electoral, porque implica que el derecho estará al servicio del hombre, con la idea de que la existencia del orden jurídico sería en vano sino se pusiera en el centro de sus fines a la persona.

Por eso cualquier interpretación que se haga debe tomar en cuenta este principio sin dejar de reconocer la posible colisión con otros principios y con los derechos sociales que podrían violentar la esfera de libertad por ejemplo la de comercio. En relación a ello se ha expresado:

Junto a los tradicionales derechos de libertad, las Constituciones de este siglo han reconocido sin embargo otros derechos vitales o fundamentales: los ya recordados derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la información y similares.¹²

En relación con este principio que es el fundamento principal de la maximización de los derechos, desde el punto de vista quien presenta estas notas, se ha dicho que:

El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.¹³

¹² FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón”. 9ª ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 861

¹³ Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.441 A. PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Octubre de 2004, p. 2385.

En los mismos términos se pronunciaron en la tesis siguiente:

El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.¹⁴

De esta tesis se destaca el principio de aplicar el derecho más favorable al hombre al decir que: “Debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos, y por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.”

De ello se deriva que se acepta la maximización de los derechos fundamentales acudiendo a la norma que contemple más amplitud en cuanto a sus hipótesis o bien, de entre varias normas ubicar a la que le sea más favorable incluidas, diríamos las de derecho natural.

Por otra parte, haciendo uso de la interpretación extensiva, para aplicarse a situaciones diversas a las que de manera expresa se refiere el enunciado jurídico y que tiene que ver con la analogía.¹⁵

En lo que se refiere a limitar los derechos fundamentales, debe acudirse a la interpretación restringida, que dice que sólo deben aplicarse a los casos que menciona la norma o a los que se refiere de manera expresa.

¹⁴ Tribunales Colegiados de Circuito, I.4o.A.464 A. PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Febrero de 2005, p. 1744.

¹⁵ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario jurídico elemental”. 19ª ed. Argentina: Heliasta, 2009. pp. 32 y 204.

VII. Conclusiones

Con los elementos anotados en el cuerpo de este trabajo se puede fundamentar la existencia y la pertinencia del principio de la maximización de los derechos.

Esto aplica a los derechos político-electorales, a los derechos fundamentales contemplados en la denominada parte dogmática de la Constitución, de los derechos fundamentales contenidos en otros artículos de la misma Constitución, así como los que se derivan de los tratados internacionales que ha suscrito México, y en el ámbito local los previstos en la Constitución Política del Estado de Sinaloa.

El hecho de enumerar la Constitución federal, los tratados internacionales y la Constitución de Sinaloa como los ordenamientos que contienen derechos fundamentales no implica que en la discusión doctrinal no puedan ser incluidos otros que son derivados del derecho natural.

Lo anterior se hace con el ánimo de acotar el tema, precisamente en esos ordenamientos, como aquellos que regulan los derechos fundamentales en el país, porque son los que autoriza el numeral 135 de la Constitución.

El tema de la maximización de los derechos, como se desarrolló en estas notas, tiene que ver con el principio *pro homine*, que es poner en primer término a la persona como la preocupación fundamental del Derecho y del Estado, para darle un estatuto que le permita el disfrutar sus derechos para lograr su desarrollo y autonomía en sus objetivos de vida.

Bajo esa premisa se pueden establecer varios criterios que le dan contenido al principio de maximización de los derechos. En primer lugar, el relativo a que los derechos fundamentales deben aplicarse de la manera más amplia posible en favor de la persona y con el menor número de restricciones; en segundo lugar, que la interpretación de las disposiciones que contienen derechos fundamentales deben hacerse de manera extensiva y a contrario *sensu*, no aplicarse la interpretación restrictiva; en tercer lugar, que cada uno de los derechos fundamentales deben interpretarse de manera sistemática con los demás que están contenidos en los diversos ordenamientos jurídicos; en cuar-

to lugar, que el número de derechos fundamentales y el número de sus disposiciones aplicables deben ir *crescendo* en su favor; y en quinto lugar, que los jueces y tribunales deben de tener presente los elementos anotados en este párrafo para que en sus resoluciones maximicen los derechos fundamentales y en su caso los derechos político-electorales.

Estos criterios, como ha quedado precisado, son el resultado del análisis que se realizó en el presente ensayo, donde se involucran aspectos doctrinales, constitucionales, de derecho internacional y tesis de los tribunales.

En ese sentido se apunta la bibliografía, que aunque breve, es muy significativa de autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, J.G Riddall, Carlos Santiago Nino y Miguel Carbonell, doctrinarios que se han destacado en México con estudios en derecho constitucional, entre otros; a nivel Latinoamérica, con trabajos de carácter filosófico; y a nivel mundial en el ámbito de la filosofía del derecho y la argumentación jurídica, es decir todos ellos autoridades en sus respectivas materias.

En cuanto a los ordenamientos jurídicos, la Constitución mexicana, como se ha citado de manera reiterada, en su artículo primero establece el derecho de todo individuo de gozar de las garantías que la misma otorga, las cuales no podrán restringirse si no en los supuestos que ella establezca.

Asimismo, es la propia Constitución la que enumera y le da contenido a los derechos fundamentales de los mexicanos y legitima la aplicación de los tratados internacionales, así como, de todo el orden jurídico derivado de sus fundamentos.

En el caso de la cita que se hace a disposiciones de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, se hace porque se considera que a nivel nacional, a lo menos de manera enunciativa, es de las que contiene un capítulo de derechos humanos que amplían los que previene la Constitución general y reconoce de manera expresa la aplicación de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

Es importante destacar que en este trabajo no se incluyeron, de manera deliberada leyes secundarias que contienen derechos fundamentales, como serían las leyes en materia electoral o los códigos penales, porque la naturaleza de estas notas no lo permitía.

Aunque no se dice de manera expresa en el desarrollo de este ensayo, el documento fundamental dentro del derecho internacional público es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, del cual se han derivado otros tratados internacionales que contienen derechos fundamentales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969, los que por cierto son citados reiteradamente en las resoluciones de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

De estos importantes tratados internacionales se derivan los principios de que ningún convenio entre Estados puede significar que un Estado Parte deje de aplicar algún derecho que le sea más favorable a sus ciudadanos, y por supuesto, que dichos Estados están obligados a darle efectividad a los derechos contenidos en los mismos tratados.

En lo que se refiere a la jurisprudencia y a las tesis relevantes que los altos tribunales de la federación dictan en su momento, hay que reconocer que han ido haciendo camino en el reconocimiento y aplicación de los derechos fundamentales y más aún, les ha correspondido darle forma y contenido a la maximización de los derechos, como sucedió en la resolución del expediente SUP-JDC-98/2010, de 13 de mayo del mismo año, donde se interpretó la fracción II, del artículo 38 de la Constitución, en el sentido de que se autorizara el registro de un candidato a gobernador que tenía en su contra un auto de formal prisión, aduciendo que se encontraba en libertad bajo caución y que por lo tanto, no estaba privado de su libertad y podía, material y fácticamente ejercer su derecho a ser elegido a un cargo de elección popular.

Aunque al finalizar el párrafo anterior se pone énfasis, desde el punto de vista de quien escribe estas notas, en la parte principal de la motivación de la resolución en comentario, no se puede dejar de comentar que la propia resolución contiene otras líneas argumentativas que se han destacado en este documento.

Resaltando de entre ellas la expresión de que se aplicaba el principio de la maximización de los derechos, de que se trataba de que hay que buscar los mecanismos para que los ciudadanos puedan gozar a plenitud sus derechos y de manera muy especial los de carácter político-electoral.

Además, que esa fracción del artículo 38, debe ser interpretada de manera sistemática, por ejemplo, en relación con el artículo 14 y otros de la Constitución Federal. Donde el primero señala que en los asuntos del orden penal debe estar presente el principio de la exacta aplicación de la ley penal, retomando de los considerandos de la resolución aquí comentada que el auto de formal prisión debe de contener los elementos precisos a los que el juez de la causa quiera hacer alusión, como sucedió en la hipótesis en análisis, de que en el auto mencionado no se dijo que se suspendían los derechos del ciudadano que solicitó el juicio para la protección de los derechos político-electorales.

También en una interpretación sistemática de varios numerales de la Constitución federal se deriva el principio de presunción de inocencia, lo cual implica que nadie podrá ser considerado culpable hasta que no se agoten las etapas del proceso penal y se dicte sentencia que cause estado. Por lo cual, en el caso del ciudadano al que se le imputaba un hecho contrario a la ley penal, si sólo le habían dictado un auto de formal prisión no se podría determinar su culpabilidad como para suspenderlo de sus derechos político-electorales.

En conclusión, el principio de la maximización de los derechos fundamentales, y particularmente los de carácter político-electoral, debe ser de aplicación permanente por parte de los tribunales hasta llegar a construir una sólida experiencia jurisprudencial que permita finalmente que ello quede de manera expresa en el texto constitucional, porque sólo de esa manera se hará realidad el principio *pro homine*.

Estas notas se suman a los estudios que se han hecho sobre la materia, pero se deberá seguir profundizando al respecto con otros estudios que recojan otras muchas experiencias que se han dado en territorio nacional y que están a la espera de poder ser estudiadas.

Fuentes consultadas

- ARAGÓN, Manuel. “*Constitución y derechos fundamentales*”. En: CARBONELL, Miguel, (coord.) *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa y UNAM, 2000.
- ALEXY, Robert. “*Teoría de la argumentación jurídica*”. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- CABANELLAS de Torres, Guillermo. “*Diccionario jurídico elemental*”. 19ª ed. Argentina, Heliasta, 2009.
- CARBONELL, Miguel. “*Los derechos fundamentales en México*”. Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y razón*”. 9ª ed. Madrid, Trotta, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. “*Derecho Moral y Política*”. Argentina, Gedisa, 2007.
- RIDDALL, J.G. “*Teoría del derecho*”. España, Gedisa, 2008.
- Real Academia Española. “*Diccionario de la Lengua Española*”. México, 2009.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política del Estado de Sinaloa.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969.

QUID IURIS

Año 6 Volumen 15

Publicación Trimestral del Tribunal
Estatual Electoral de Chihuahua

Se imprimió la última semana del mes
de noviembre de 2011 en la ciudad
de Chihuahua, México.

Cuidado de la edición: Marta Alejandra Treviño Leyva
Diseño de la portada: Miguel Ángel Solís Durán

Acabados finales: *Encuadernaciones* ARI

Producción editorial integral:

Ediciones del Azar A.C.

Calle 17 número 117

Chihuahua, México, 31000.

Tels.: 4-100-584, (Cel.)157-1159

Fax: (614) 415-9283

E-mail: golpededados@hotmail.com

Impreso y hecho en México

