

Quid Iuris

Volumen 21 Año 2013

Publicación trimestral del
Tribunal Estatal Electoral
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

Clasificación:

LC - JA71

Dewey – 324.072

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

EN LA PORTADA: En el municipio de Hidalgo del Parral, Chihuahua, fue edificada una importante joya arquitectónica del Estado, el Palacio de Alvarado. Su construcción data entre los años de 1899 a 1904, cuando su propietario Don Pedro Alvarado, encontró la fuente de inspiración en su esposa Doña Virginia Griensen y contrató al arquitecto de ascendencia francesa Luis Eduardo Rouvier para que elaborara su diseño, artista que combinó para ello los estilos neobarroco, neorrenacentista y neoclásico.

El Palacio de Alvarado tiene en su interior un grandioso patio central rodeado de diversas habitaciones distribuidas en sus dos niveles, las cuales conformaban los dormitorios de la familia Alvarado, las oficinas administrativas y contables de la mina La Palmilla así como las áreas sociales del Palacio; una de las más hermosas es el Salón Rojo, sus cerámicas cuentan con más de cien años. Dicho recinto era donde Don Pedro organizaba diversos eventos sociales, algunos de ellos dirigidos a la beneficencia pública. También se le conocía como el salón de damas, ya que era el lugar en el que se ubicaban las señoritas, quienes esperaban a que acudieran los caballeros para invitarlas a bailar.

Después de convertirse en el minero más rico del norte de México, Don Pedro Alvarado realizó un viaje a la capital del país, en el que visitó al Presidente de la República Don Porfirio Díaz, y dice la leyenda que en la charla que sostuvieron se ofreció a pagar la deuda externa del país, la cual en esa época ascendía a la cantidad de cuarenta y tres millones de libras esterlinas, sin embargo, Don Porfirio tajantemente le respondió que la deuda era de toda la nación, por lo que no era justo que fuese pagada por un solo patriota.

Fotografías

Portada: Cortesía de Coordinación de Comunicación Social, Gobierno del Estado de Chihuahua.

Contraportada: Cortesía de Agenda 2013, Palacio de Alvarado en la Capital del Mundo y propiedad de CIIC-Editorial; Centro Internet Impresión y Copiado.

Publicación trimestral coleccionable
del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua

Calle 33 No. 1510

Colonia Santo Niño

Chihuahua, Chih., México, 31200

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

www.techihuahua.org.mx

quidiuris@techihuahua.org.mx

 @Quid_Iuris

Consejo editorial

José Miguel Salcido Romero

Magistrado Presidente

Socorro Roxana García Moreno

Magistrada

Erick Alejandro Muñoz Lozano

Magistrado

Responsable editorial

Magistrada Socorro Roxana García Moreno

Comité editorial

Lic. Gabriel Humberto Sepúlveda Ramírez

Lic. Patricia Graciela Rojas Nuñez

Lic. César Daniel Baca Romero

Lic. Nohemí Gómez Gutiérrez

Diseño de portada

Ing. Miguel Ángel Solís Durán

Objetivo

Quid Iuris, es una publicación trimestral coleccionable del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, la cual tiene como objetivo la divulgación y fortalecimiento de la cultura democrática a través de la participación de destacados académicos y juristas locales, nacionales e internacionales, quienes con su aportación relacionada con temas del derecho y la política, contribuyen a la consecución del propósito citado.

Contenido

<i>Presentación</i>	11
Artículos inéditos	
<i>Hacia una nueva reforma electoral</i> Leonardo Valdés Zurita	15
<i>Requisitos de elegibilidad y Justicia Constitucional en México</i> Marco Antonio Zavala Arredondo	33
<i>Las candidaturas independientes</i> Federico Landera	75
<i>Características del control de constitucionalidad y convencionalidad realizado por los jueces en materia electoral</i> Raúl Montoya Zamora	99
<i>Derecho al olvido en internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea</i> Mario Hernández Ramos	115
<i>Juan Pablo Viscardo y Guzmán. El filósofo de la Independencia en América.</i> Carlos A. Fernández Baca	149
Recomendaciones editoriales	
<i>Las actas con acuerdo en el procedimiento de inspección tributaria</i>	163
<i>Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	169
<i>Derecho y razón práctica</i>	177
Lineamientos editoriales	181

Presentación

Considerando a la lectura como el camino más viable para llegar al conocimiento, a la libertad y a una vida más justa, el Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua se complace en hacer llegar a sus manos el volumen número 21 de esta colección jurídica *Quid Iuris*, el cual contiene una valiosa compilación de artículos de distinguidas autoridades administrativas, jurisdiccionales y académicas; tanto a nivel nacional como internacional.

Es importante reconocer la sustancial labor del Consejo Editorial, en la que el magistrado presidente José Miguel Salcido Romero, en coordinación con la magistrada Roxana García Moreno, responsable editorial y el magistrado Erick Alejandro Muñoz Lozano trabajan en todo momento comprometidos con la difusión de la cultura democrática, atribución esencial que la ley concede a este Tribunal; resulta también invaluable la participación de todos sus colaboradores quienes desinteresadamente con sus artículos han tenido la intención de apoyar a la difusión de la cultura jurídica, tanto a las instituciones públicas, privadas, educativas y a la sociedad misma. Como resultado de este esfuerzo conjunto es un gusto dar a conocer que nuestra colección se encuentra indexada tanto en el Sistema Regional de Información en *Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex)*; así como en *Vlex* de las más importantes editoriales jurídicas en Internet; en la *Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* y recientemente en *CLASE, Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades*.

Se abre el telón de esta obra con el Consejero Presidente del Instituto Federal Electoral, el Dr. Leonardo Valdés Zurita quien con una amplia perspectiva nos ilustra con su texto llamado "*Hacia una nueva reforma electoral*" un artículo que nos envuelve en un detallado viaje en el proceso de reformas durante los últimos treinta y cinco años, así como de las propuestas que desde su óptica plantea para el futuro proceso electoral federal.

Esta colección doctrinal continúa con el vasto estudio titulado "*Requisitos de elegibilidad y Justicia Constitucional en México*" autoría de Marco

Antonio Zavala Arredondo, magistrado presidente de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el cual señala los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la Sala Superior y por la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en cuanto a la forma en que se ejercita el control de constitucionalidad por las autoridades jurisdiccionales en materia electoral, concluyendo en la importancia de la interpretación que deben realizar los jueces sobre la norma y la independencia de cada uno de los tres poderes, enfatizando en que la defensa de los derechos no sólo es tarea de los juzgadores sino de todos los ciudadanos. En este artículo el autor además de honrarnos con este gran trabajo de investigación, permite al lector sumergirse en este tema de gran trascendencia para el derecho, creando la ilusión de que él mismo se encuentra presente platicando su obra detalladamente.

"Las candidaturas independientes" es como se titula el artículo del Dr. Federico Landera, destacado académico argentino, quien introduce y expone ampliamente este tema de gran relevancia en la actualidad, pues pone a disposición del lector un amplio estudio sobre el derecho que tiene todo ciudadano de contender a un cargo de elección popular.

Por su parte el Dr. Raúl Montoya Zamora, magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Durango, aborda el artículo *"Características del control de constitucionalidad y convencionalidad realizado por los jueces en materia electoral"*, en el cual refiere la importancia de que todo juzgador ejecute el control difuso enfatizando en definir las características del control de convencionalidad y constitucionalidad; mismos que deben ejercitarse por todos los jueces especializados en materia electoral.

Por otro lado, en relación a que en el pasado mes de mayo tanto nativos como migrantes digitales conmemoramos el día mundial del internet, considerado como la herramienta tecnológica más revolucionaria y poderosa de todas, contamos en este tomo con el artículo *"El derecho al olvido en internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea"* autoría del doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca Mario Hernández

Ramos, tema que se acerca a una realidad general y ofrece una visión sobre el derecho de la protección de datos y el derecho a la intimidad, este artículo nos documenta como la legislación española y europea han tratado este asunto tan imperante en la actualidad relacionado con el derecho de disponer y poder excluir los datos personales en el internet.

Por su parte Carlos A. Fernández Baca reconocido abogado e historiador chihuahuense nos guía por una interesante excursión hacia el pasado sobre la vida de "*Juan Pablo Viscardo y Guzmán. El filósofo de la Independencia en América*" quien es por pocos conocido, pero debe ser por muchos valorado y recordado pues su pensamiento y trabajo libertador fue fundamental para la Independencia de los pueblos de América.

Finalmente, dado que el libro es uno de los representantes más claros e importantes de la cultura, en este ejemplar nos enriquecemos con tres recomendaciones bibliográficas como "*Las actas con acuerdo en el procedimiento de inspección tributaria*" de Luis María Romero Flor, "*Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*" de Edgar Corzo Sosa, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Pablo Saavedra Alessandri, y "*Derecho y razón practica*" de Robert Alexy, mismos que vale la pena considerar como próxima lectura a realizar.

Resulta de gran satisfacción el contar con trabajos de tan alto grado académico y de investigación en el interior de este ejemplar, no sin restarle importancia a la belleza arquitectónica presentada en su exterior, un lugar digno de visitar, que sin duda deja grandes recuerdos y que transporta a través del tiempo y del espacio, al igual que la lectura misma a una profunda riqueza cultural y espiritual.

Nohemí Gómez Gutiérrez
Integrante del Comité Editorial
Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua

HACIA UNA NUEVA REFORMA ELECTORAL

*Leonardo Valdés Zurita**

SUMARIO:

1. Breve recuento; 2. Reforma electoral 2007-2008; 3. La reforma electoral que viene; A) Ajustes a la legislación electoral; B) Adecuaciones al modelo de comunicación política; C) Recuento de votos; D) Voto de los mexicanos en el extranjero; E) Procedimiento especial sancionador (PES); 4. Bibliografía.

*Consejero Presidente del Instituto Federal Electoral. Doctor en Ciencia Social, con especialidad en Sociología por el Centro de Estudios Sociológicos de El Colegio de México.

Recibido: 25 de marzo de 2013
Aceptado: 29 de marzo de 2013

Resumen:

Este texto realiza un breve análisis sobre el proceso de transición de la democracia mexicana, las características de la reforma como mecanismo jurídico y político, su incidencia en los cambios institucionales, así como los contenidos trascendentes de las reformas electorales aprobadas durante los últimos treinta y cinco años. Después de este recorrido, se abordan las propuestas que podrían ser consideradas dentro de la eventual reforma electoral, que se apruebe previo al inicio del proceso electoral federal 2014-2015.

Palabras clave: reforma electoral, procesos electorales, sistema político, legislación electoral, Instituto Federal Electoral.

Abstract:

This text provides a brief analysis about the mexican democracy transition process, the reform characteristics, its legal and political mechanism, its incidence in the institutional changes, as well as the transcendental contents of the electoral reforms that have been approved during the previous thirty five years.

After this tour, we will discuss about different proposals that could be considered in the current electoral reform that will be approved before the 2014-2015 federal electoral process.

Key words: electoral reform, electoral process, political system, electoral legislation, Federal Electoral Institute.

1. Breve recuento

Una de las enseñanzas más importantes del proceso de transición a la democracia en México es aquella que demuestra que en materia electoral no existe reforma definitiva. En los últimos 35 años los cambios en el orden institucional obedecieron básicamente a las transformaciones políticas y sociales del país, y por ende, al creciente pluralismo en la sociedad mexicana.

La reforma constitucional y el ajuste continuo a la legislación electoral, permitió en un periodo relativamente corto, abrir los espacios legislativos a nuevos partidos políticos, arribar a un sistema de representación mixto con dominante mayoritario y experimentar condiciones de competencia electoral fincadas en el financiamiento público a los partidos y su acceso a radio y televisión de acuerdo a un principio de equidad.

Por la vía pacífica, a través de los consensos al interior de la Cámara de Diputados y el Senado de la República, la reforma constitucional en materia política definió los principios rectores de la función electoral; dispuso el ámbito de competencia y el diseño de las instituciones encargadas de organizar los comicios a nivel federal y resolver en el ámbito jurisdiccional las controversias que se presentan en esta materia.

De este modo, a pesar de los conflictos sociales y políticos de las décadas de los sesenta y setenta, el país avanzó por un proceso de transición a la democracia que, a diferencia de lo que sucedió en España, Europa del Este y América del Sur, fue producto de la sincronización de lo que denomino los dos motores que impulsaron el cambio político en el país: el desarrollo del pluralismo político en la sociedad y los procesos de reforma constitucional que modificaron el régimen político y el sistema electoral mexicano.

Así, el país experimenta desde 1977 un proceso de apertura gradual y una evolución permanente de su sistema electoral. A partir de ese año y hasta

2007¹ se han aprobado un total de nueve reformas electorales a la normatividad vigente.

Manuel Alcántara y Flavia Freidenberg han destacado que las características de la transición mexicana, "a diferencia de otras, son que fue votada, que no rompió de lleno con el régimen anterior, sino que el cambio fue paulatino y gradual, y que el diseño de nuevas instituciones, la definición de las reglas del juego, estuvo dada por la recuperación de las existentes".²

Por ello, la reforma electoral representa en México el mecanismo jurídico más eficaz dentro del proceso de transición a la democracia, ya que establece reglas claras de acceso al poder público y propicia los acuerdos legislativos, encaminados a generar condiciones de convivencia más democráticas. Asimismo, constituye por excelencia un instrumento de negociación política utilizado por el gobierno, los partidos políticos y la sociedad para estudiar iniciativas de ley, analizar posiciones con relación a diversos temas, integrar visiones distintas y alcanzar un marco normativo proclive a promover elecciones más competitivas en el país.

De esta manera, la reforma electoral favoreció a las condiciones de normalidad democrática que experimenta el país. Actualmente las personas asisten regularmente a votar durante las elecciones organizadas periódicamente para renovar los distintos órganos de gobierno.

A través de los cambios en el orden institucional y de la competencia electoral marcada por la participación de los ciudadanos en las urnas, se configuró un nuevo mapa político en el país. A diferencia de otros momentos en la historia, ahora la ciudadanía elige gobernantes de acuerdo a preferencias políticas y a la evaluación que realiza sobre el desempeño de la gestión pública en los tres niveles de gobierno.

¹ Las reformas electorales que se consideran fueron aprobadas en 1977, 1986, 1989-1990, 1993, 1994, 1996, 2002, 2005 y 2007

² ALCÁNTARA, Manuel y FREIDENBERG Flavia. "Desarrollo nacional, cambios de gobierno y procesos electorales: México, América Central y el Caribe".

En: Reformas económicas y consolidación democrática, Madrid, Síntesis, 2006, p. 311

Mediante el sufragio, la competencia electoral se transforma en alternancia política y gobiernos divididos y, por ende, la pluralidad constituye la constante en la integración del Congreso de la Unión y de los congresos locales de los estados de la República. A diferencia de lo que pueda afirmarse, en la actualidad los ciudadanos continúan asociándose políticamente para registrar partidos políticos ante las autoridades electorales.

Mientras al 31 de enero de 2013, un total de 50 organizaciones de ciudadanos solicitaron su registro como partido político para competir en las elecciones federales de 2015, Hurtado y Arellano destacan que en México "en el lapso comprendido entre 1977 y 2005, 52 entidades (sic) solicitaron su registro como partido político, de éstas 23 lo obtuvieron, y 12 de éstas tuvieron su origen en una asociación o agrupación política nacional."³

De esta manera, los datos en esta materia demuestran el interés de la ciudadanía por participar en política y dentro de los procesos de toma de decisiones, así como la confianza en las reglas mediante las cuales los ciudadanos mexicanos compiten por el poder público.

En cuanto al ámbito electoral, los cambios institucionales propiciaron que los comicios dejaran de ser una responsabilidad gubernamental, así como el fortalecimiento de un régimen plural de partidos políticos y condiciones de competencia desarrolladas sobre el principio de equidad.

Desde hace más de 20 años la organización de las elecciones es una tarea de Estado que se apoya en la participación ciudadana; además de haber alcanzado un padrón electoral confiable y una credencial para votar con fotografía que garantiza seguridad y certeza en la identificación de los ciudadanos; la recepción del sufragio y la supervisión del proceso electoral, son actividades que se encuentran bajo la responsabilidad de ciudadanos seleccionados por sorteo para fungir como funcionarios de mesas

³ Hurtado Javier y Arellano Ríos Alberto. "Las agrupaciones políticas nacionales (APN) y el registro condicionado de los partidos políticos en México". Revista Política y Gobierno del CIDE, segundo semestre de 2012, p.328.

directivas de casilla y de ciudadanos que intervienen en los comicios como consejeros electorales.

A partir de la década de los noventa las reformas electorales ampliaron el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los partidos políticos, además de extender el universo de electores y reconocer el voto de los mexicanos residentes en el extranjero; fortalecieron el régimen de partidos políticos mediante el financiamiento público y el acceso a radio y televisión.

La reforma electoral 1989-1990, transformó profundamente el sistema electoral mexicano. La creación del Instituto Federal Electoral (IFE) marcó una notable diferencia con respecto a la forma en que se organizaban los comicios federales en el país.

Por primera vez en la historia, la preparación, organización y supervisión del proceso electoral federal, recayeron en un organismo público de carácter autónomo. De esta manera, la nueva institución configuró una estructura orgánica caracterizada por ámbitos de competencia claramente definidos y avanzó gradualmente hacia un esquema de pesos y contrapesos dentro de la toma de decisiones.

En un principio, el IFE se conformó por un Consejo General; una Junta General Ejecutiva; una Dirección General y por las Direcciones Ejecutivas del Registro Federal de Electores, Prerrogativas y Partidos Políticos, Organización Electoral, Servicio Profesional Electoral, Capacitación Electoral y Educación Cívica, y Administración. Por otra parte, en las entidades federativas y en el ámbito distrital, se integraron 32 Juntas Locales Ejecutivas y 300 Juntas Distritales Ejecutivas.

Aunque originalmente el Secretario de Gobernación integraba el Consejo General del IFE en calidad de representante del Poder Ejecutivo y presidía las sesiones de ese máximo órgano de dirección, la reforma electoral de 1990 aprobó una conformación mucho más plural de dicho órgano colegiado. Además de los representantes del Poder Legislativo y de los

partidos políticos nacionales, el Consejo General fue integrado por seis Consejeros Magistrados, figura sin precedente dentro de la legislación electoral mexicana.

Como señala Andreas Schedler, la participación de los Consejeros Magistrados en el Consejo General, significó la inclusión de una "figura de experto independiente e imparcial, fiel de la balanza de fuerzas partidistas".⁴ Con la transformación de la figura de Consejero Magistrado a Consejero Ciudadano en 1994 y luego a Consejero Electoral en 1996, el Consejo General del IFE fue experimentando paulatinamente un proceso de ciudadanización que concluyó con la reforma de 1996 y la salida del Secretario de Gobernación de la Presidencia de ese máximo órgano de dirección.

La fiscalización de los recursos de los partidos políticos fue otra de las aportaciones más representativas de los procesos de reforma llevados a cabo durante la década de los noventa.

Como un precedente dentro de las iniciativas encaminadas a fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas en México, se fijaron topes a los gastos de campaña y, desde 1993 los partidos políticos, presentan ante el Instituto Federal Electoral, informes sobre sus ingresos y gastos.

A raíz de los ajustes a la normatividad interna en esta materia y de la especialización de las tareas que desarrolla el IFE sobre este tema particular, actualmente la fiscalización comprende una etapa en donde recibe diversos informes sobre ingresos y gastos, otra que implica procesos de revisión y auditoría y, una más, vinculada al régimen sancionador aplicable. De esta manera, el Instituto Federal Electoral, a través de la Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos (UFRPP), recibe de los partidos sus informes anuales, trimestrales, de

⁴ SCHEDLER Andreas. "Las Comisiones y la pirámide: notas sobre la conflictiva recentralización del poder en el IFE". *Revista Política y Gobierno*, Vol. VI, (1), p.192, primer semestre de 1999.

precampaña y de campaña electoral, sobre el origen de sus ingresos y la distribución de sus gastos.

A través de la UFRPP, el Instituto revisa sus finanzas, esquemas contables y balanzas de comprobación. Recurre sin limitación alguna a información de carácter bancaria, fiscal y fiduciaria, proporcionada al amparo de los convenios que suscribe con el Servicio de Administración Tributaria, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales.

Aunque los avances en materia electoral eran acordes al desarrollo de la democracia mexicana, los actos anticipados de campaña, la intervención de instancias ajenas al proceso electoral y la inequidad en la contratación de propaganda electoral en los medios de comunicación electrónicos, constituyeron antecedentes que el Congreso de la Unión consideró para promover cambios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y a la legislación secundaria en materia electoral.

1. Reforma electoral 2007-2008

De este modo, la última reforma electoral aprobada por el Congreso de la Unión, entre 2007 y 2008, tuvo como propósito desarrollar elecciones menos onerosas y más equitativas. La reforma busco ajustar las condiciones de competencia y para ello comprendió esencialmente cuatro vertientes:

- a. Fortalecer el régimen de partidos políticos mediante la afiliación individual y la prohibición de la afiliación de carácter gremial.
- b. Reducir el financiamiento y los plazos para el desarrollo de campañas electorales.
- c. Avanzar hacia un modelo de fiscalización sobre el funcionamiento de una nueva Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos y la revisión de las finanzas de los partidos sin la protección que ofrecen en el sistema financiero mexicano los secretos bancario, fiscal y fiduciario.

- d. Desarrollar nuevas condiciones de acceso a radio y televisión, por parte de los partidos políticos y de las autoridades electorales del país.

Con relación al nuevo modelo de comunicación política que dispuso la última reforma electoral, cabe destacar que el IFE se convirtió en la única autoridad encargada de administrar, distribuir y monitorear los tiempos oficiales en radio y televisión, destinados a la difusión de propaganda político-electoral, en los procesos electorales federales y locales.

2. La reforma electoral que viene

A partir de las nuevas condiciones de competencia, de la regulación de nuevos sujetos obligados establecidos por la ley, de las experiencias que dejaron las elecciones federales de 2009 y 2012, y de las tendencias de desarrollo que muestra la democracia mexicana, el país nuevamente se encamina hacia una nueva reforma electoral de gran calado, que además de ajustar diversos procedimientos desarrollados durante los últimos cinco años, incorporará dentro de la legislación electoral nuevas figuras de democracia participativa aprobadas en el año de 2012.

A diferencia de otras reformas en materia electoral, aquélla que sea aprobada antes del inicio del proceso electoral federal 2014-2015, se inscribe dentro de una reforma política que reconoce, entre otros aspectos, las candidaturas independientes y la consulta popular; además, de una nueva ley federal de telecomunicaciones encaminada a establecer nuevas funciones de regulación y administración del espacio radioeléctrico del país.

Disponer sobre formas de participación alternativa en la democracia mexicana y avanzar hacia un nuevo modelo de regulación en el sector de las telecomunicaciones, incidirá notablemente en los ajustes que experimente la legislación electoral, así como en el ámbito de competencia

del IFE con relación a los sujetos obligados que actualmente regula en materia de radio y televisión.

Por otra parte, el análisis y la aprobación de una reforma electoral previa al inicio del próximo proceso electoral federal, se llevará a cabo en el marco de la ausencia de mayorías en el Congreso de la Unión y del impulso del Pacto por México, acuerdo suscrito por algunos partidos políticos nacionales y encaminado a promover las reformas estructurales que requiere el país bajo un enfoque de integralidad.

A) Ajustes a la legislación electoral

Si bien estos factores serán determinantes en las modificaciones a la normatividad electoral, el Instituto Federal Electoral documenta desde 2009 posibles ajustes al marco legal con el propósito de cubrir vacíos jurídicos y perfeccionar las disposiciones aprobadas en la última reforma electoral.

Con independencia de las iniciativas que se presenten en el seno del Congreso de la Unión, resulta deseable que la próxima reforma electoral tenga un carácter integral y considere, entre otros aspectos, la aprobación de legislación secundaria y el ajuste a algunas disposiciones en materia de radio y televisión.

A partir de los vacíos legales que mostró la aplicación de la legislación electoral durante los dos últimos procesos electorales, resulta conveniente considerar dentro de la reforma electoral la aprobación, por lo menos, de las siguientes leyes.

- a. Ley Reglamentaria del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b. Ley sobre el Derecho de Réplica.
- c. Ley General de Partidos Políticos.
- d. Ley de Participación Ciudadana.

Además del registro y el ejercicio de prerrogativas que actualmente regula el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), una eventual Ley General de Partidos Políticos tendría que considerar el desarrollo de los principios y prácticas vinculadas a la democracia interna de los partidos y un esquema integral de transparencia que podría estar bajo la jurisdicción del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

Asimismo, convendría reflexionar en torno al porcentaje de votación mediante el cual un partido político mantiene su registro, recibe financiamiento público y tiene acceso a los órganos legislativos. Quizá el análisis podría considerar el 2% de la votación para mantener el registro, el 4% para obtener financiamiento público y el 6% para acceder al poder legislativo.

Con relación al financiamiento público y con el propósito de reducir el gasto de los partidos políticos, podría reducirse de 65 a 50 el porcentaje del salario mínimo vigente en el Distrito Federal que se multiplica por el número de ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Incluso, -como sucede en Alemania- el legislador podría condicionar el financiamiento de los partidos a la votación que obtuvieran en cada proceso electoral.

En cuanto al proceso de fiscalización las aportaciones de la reforma podrían considerar reducir los plazos para la entrega y revisión de los informes de precampaña y campaña electoral e incluir disposiciones encaminadas a desarrollar una plataforma tecnológica capaz de verificar y registrar los movimientos financieros de precandidatos y candidatos de los partidos políticos y de aquellos registrados en forma independiente.

En síntesis, una nueva Ley General de Partidos Políticos contribuiría al fortalecimiento y transparencia del régimen de partidos en México. Recientemente, Daniel Zovatto resaltó que "la sostenibilidad de la democracia, su profundización y consolidación, demandan el fortalecimiento e institucionalización de los partidos políticos... La experiencia comparada de América Latina evidencia que para lograr la

consolidación de la democracia, el crecimiento económico y el desarrollo, importa, y mucho, la calidad de las instituciones y de la política".⁵

En cuanto a una eventual Ley de Participación Ciudadana, las disposiciones tendrían que regular necesariamente las candidaturas independientes y la consulta popular. Si bien ambas figuras fueron incorporadas recientemente a nivel constitucional, en el país se registran antecedentes que resulta conveniente señalar.

Mientras la Constitución Política del estado de Yucatán permite la participación de los partidos políticos y de los ciudadanos independientes en las elecciones estatales y municipales, en 2009 se propuso que para el registro de las candidaturas independientes a cargos de elección popular, debía acreditarse el aval del 1% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral de la demarcación respectiva. En este sentido, durante 2010 el Partido de la Revolución Democrática, el Partido del Trabajo y el Partido Convergencia propusieron que el 1% fuera sobre listado nominal.

De esta manera, José Antonio Crespo advierte que "en un distrito legislativo, ese requisito implica que se puede acceder a la candidatura con un número relativamente pequeño de firmas, aproximadamente 2 mil 600".⁶ Asimismo, Crespo estima que para la elección presidencial la cifra ascendería a cerca 750 mil.⁷ De este modo, de considerarse el Listado Nominal de 79.4 millones de electores registrado en el proceso electoral federal de 2012, el número de firmas hubiera ascendido a 794 mil firmas.

De igual manera, la regulación de las candidaturas independientes requiere necesariamente definir dentro de la legislación secundaria aspectos relacionados con la representación de dichos candidatos ante los órganos

⁵ ZOVATTO Daniel. "La regulación de los partidos políticos en América Latina". En: Ávila Ortiz, Raúl (et. al.) (coords). ¿Hacia una ley de partidos políticos? Experiencias latinoamericanas y prospectiva para México, México, IJ-UNAM, IDEA e Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, p.63.

⁶ CRESPO José Antonio. "Participación política y ciudadanía". En: Negretto, Gabriel. Debatiendo la reforma política, Claves del cambio constitucional en México, México, CIDE, 2010, p. 284

⁷ Idem. p.285

del IFE, con un modelo especial de financiamiento público y fiscalización, con la limitación del financiamiento privado, con acceso a los tiempos oficiales de radio y televisión para la difusión de propaganda político electoral, con las obligaciones de transparencia, con las causales para el retiro de candidaturas y con los términos del sistema de medios de impugnación aplicable.

En cuanto a las consultas populares dispuestas por el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la reforma tendrá necesariamente que definir y precisar las reglas para la organización de este instrumento de participación ciudadana, las actividades a desarrollar durante la jornada electoral, el procedimiento de escrutinio y cómputo en las mesas directivas de casilla, los cómputos en los consejos del IFE, los supuestos para declarar la validez de las consultas populares y los medios de impugnación que se considerarán para este tipo de elección.

B) Adecuaciones al modelo de comunicación política

Derivado de la última reforma electoral, durante las pasadas elecciones el Instituto Federal Electoral mantuvo una estrecha relación institucional con 2 mil 335 emisoras de radio y televisión. Se pautaron un total de 43 millones 756 mil 493 promocionales de partidos políticos y autoridades electorales y se registró un cumplimiento del 97.08%, por parte de la industria de radio y televisión.

Si bien el saldo es positivo pese a las condiciones en que comenzó a funcionar el nuevo modelo de comunicación política, resulta imprescindible que los ajustes a la legislación electoral precisen con mayor detalle los supuestos que prohíben la contratación y/o adquisición de tiempos de radio y televisión por parte de los sujetos obligados.

A efecto de volver más eficiente el proceso de distribución de promocionales pautados, con base en diversos criterios emitidos por el

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, podría resultar viable incorporar en la ley la obligación de transmitir por cada título de concesión o permiso, el pautado ordenado por el IFE.

Del mismo modo, con el propósito de agilizar el modelo de comunicación política que opera desde 2008, es oportuno considerar la acumulación de tiempos oficiales para el desarrollo de debates y transmisión de mensajes de inicio y cierre de campaña electoral, así como explorar la posibilidad de otorgar a los partidos políticos la libre asignación de sus tiempos en radio y televisión. Finalmente, en aras de mayor certidumbre, podría contemplarse la difusión de los informes de los servidores públicos en términos de la legislación vigente y fuera del periodo de campañas políticas.

C) Recuento de votos

Durante 2012 el IFE, por primera vez en su historia, recontó 241 mil 790 paquetes electorales de las tres elecciones a nivel federal. Es decir, durante el proceso electoral pasado el recuento fue 5.7 veces mayor con respecto a 2009 y se recontó el 56% de las casillas.

Fechas de conclusión de los cómputos en 2012		
Fechas	Número de Distritos.	Porcentaje
Jueves 5	1	0.3%
Viernes 6	111	37%
Sábado 7	180	60%
Domingo 8	8	2.7%
TOTAL	300	100%

Fuente: Dirección Ejecutiva de Organización Electoral

Tipo de elección	Promedio de tiempo de duración de los cómputos
Presidente	24:48 hrs.
Diputados	19:18 hrs.
Senadores	14:33 hrs

Fuente: Dirección Ejecutiva de Organización Electoral

A partir del número de paquetes electorales recontados en la elección federal de 2012, del esfuerzo humano que representó realizar los cómputos distritales y los recuentos de votos dentro del plazo dispuesto por la ley, resulta imprescindible que el legislador ajuste el COFIPE, con la finalidad de abrir la posibilidad de integrar más de 5 grupos de trabajo al interior de los Consejos Distritales del IFE, para la realización de dicho recuento de votos.

Asimismo, es menester que la ley considere la participación del personal de la rama administrativa en la integración de esos grupos de trabajo y revisar los plazos en torno al desarrollo de las sesiones de cómputo distrital y recuento de votos.

D) Voto de los mexicanos en el extranjero

En los pasados comicios, el IFE recibió por segunda vez en una elección presidencial los votos emitidos por ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero. Dentro de los plazos establecidos por la ley y de acuerdo a las determinaciones de su Consejo General, el IFE recibió 40 mil 737 votos emitidos, es decir, 25% más de los captados en los comicios presidenciales de 2006.

Si bien el voto postal abrió el camino para permitir el ejercicio del sufragio más allá de las fronteras nacionales, las características sociodemográficas y el número de mexicanos residentes en el extranjero –particularmente en los Estados Unidos–, exigen revisar este modelo de votación, a fin de

avanzar hacia medidas que faciliten el registro y el envío de solicitudes de inscripción al listado nominal de electores residentes en el extranjero, y que permitan establecer convenios con servicios postales o mensajería para el envío de documentación electoral relacionada con el voto en el extranjero.

De la misma manera, es factible explorar modalidades de votación electrónica (máquinas automatizadas de votación o internet) para recibir el sufragio de los mexicanos residentes en el extranjero.

En 2012 el IFE probó en dos ocasiones el prototipo de boleta electrónica que viene desarrollando desde 2003. Los resultados que trajo consigo la utilización de la boleta electrónica en la Consulta Infantil y Juvenil 2012, así como en una prueba piloto realizada durante la jornada electoral del pasado 1° de julio, representó una etapa más hacia la modernización que lleva a cabo el IFE sobre los procedimientos vinculados a la emisión y recepción del sufragio en nuestro país.

De acuerdo con Michel Álvarez, Gabriel Katz y Julia Pomares, "casi 30 países alrededor del mundo están este momento atravesando un momento de prueba o implementación del voto electrónico, y en por lo menos 10 países este tipo de voto es ya el método principal usado para elegir a representantes nacionales".⁸

En el futuro seguramente constituirá una modalidad de votación encaminada a transformar nuestra democracia, a expandir los derechos políticos de las y los mexicanos, a automatizar las elecciones y a facilitar los procesos de decisión política.

E) Procedimiento especial sancionador (PES)

Finalmente en cuanto al sistema de medios de impugnación vigente, es deseable que la eventual reforma electoral considere delimitar el PES al

⁸ ÁLVAREZ R. Michael y KATZ Gabriel, (et. al.). "Evaluando tecnologías electorales nuevas en América Latina". En: Ayala Sánchez, Alfonso. Democracia en la era digital. México, IJ-UNAM y Congreso de Veracruz, 2012, p.97

proceso electoral federal, así como las conductas irregulares que se investigan y resuelven, a través de éste medio de impugnación, es decir, la compra de tiempos oficiales, violación al 134 constitucional, incumplimiento de pautas, denigración y difusión de propaganda electoral.

En el caso de los concesionarios de la radio y la televisión, es conveniente precisar el régimen de prohibiciones en la contratación de tiempos de radio y televisión, y considerar toda propaganda política distinta a la establecida por la legislación electoral vigente, como pueden ser los productos integrados y los infomerciales.

Asimismo, podría analizarse ampliar los plazos y los montos de las sanciones en el caso de los concesionarios y permisionarios de la radio y la televisión, explorar la posibilidad de incluir un catálogo de sanciones y precisar el ámbito de competencia de los órganos locales del IFE.

Además de los tópicos analizados en esta presentación, es muy probable que la reforma incluya también algunas disposiciones vinculadas a la Cédula de Identidad Ciudadana, la tipificación de diversos delitos electorales y la creación de un Instituto Nacional de Elecciones.

Con independencia de los alcances de la próxima reforma electoral, invariablemente la calidad de la democracia mexicana estará relacionada con la civilidad democrática que reconoce las reglas del juego y la voluntad expresada en las urnas, así como con el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática en el país.

3. Bibliografía

ALCÁNTARA, Manuel y FREIDENBERG Flavia. "*Desarrollo nacional, cambios de gobierno y procesos electorales: México, América Central y el Caribe*". En: Reformas económicas y consolidación democrática, Madrid, Síntesis, 2006.

ÁLVAREZ R. Michael y KATZ Gabriel, (et. al.). "*Evaluando tecnologías electorales nuevas en América Latina*". En: AYALA Sánchez, Alfonso. Democracia en la era digital. México, IIJ-UNAM y Congreso de Veracruz, 2012.

CRESPO José Antonio. "*Participación política y ciudadanía*". En: NEGRETTO, Gabriel. Debatiendo la reforma política, Claves del cambio constitucional en México, México, CIDE, 2010.

Idem.

HURTADO Javier y ARELLANO Ríos Alberto. "*Las agrupaciones políticas nacionales (APN) y el registro condicionado de los partidos políticos en México*". Revista Política y Gobierno del CIDE, segundo semestre de 2012.

SCHEDLER Andreas. "*Las Comisiones y la pirámide: notas sobre la conflictiva recentralización del poder en el IFE*". Revista Política y Gobierno, Vol. VI, (1), p.192, primer semestre de 1999.

ZOVATTO Daniel. "*La regulación de los partidos políticos en América Latina*". En: ÁVILA Ortiz, Raúl (et. al.) (coords). ¿Hacia una ley de partidos políticos? Experiencias latinoamericanas y prospectiva para México, México, IIJ-UNAM, IDEA e Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República.

REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO*

Marco Antonio Zavala Arredondo**

Wenn [...] ein Gericht berufen würde [...] die Frage zu entscheiden: ist die Verfassung verletzt oder ist sie nicht, so wäre damit dem Richter zugleich die Befugniß des Gesetzgebers zugewiesen; er wäre berufen, die Verfassung autenthisch zu interpretieren oder materiell zu vervollständigen.

—Otto v. Bismarck

Fragmento del discurso pronunciado ante el parlamento prusiano el 22 de abril de 1863.***

SUMARIO:

I. Introducción; II. El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; III. El criterio de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; IV. El criterio de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; V. Reflexiones finales; VI. Bibliografía.

* Una primera versión de este texto se presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a fin de acreditar el ensayo referido en el numeral 3 del punto primero del acuerdo número 11/2012, de 29 de noviembre de 2012, por el que se determina el procedimiento para integrar quince ternas de candidatos a magistrados de Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

** Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado Presidente de la Sala Regional de la II Circunscripción Plurinominal con sede Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las opiniones aquí vertidas son responsabilidad exclusiva de quien las formula. El autor agradece a Javier Martín Reyes el auxilio brindado en la confección final del documento.

*** KOHL, Horst (ed.). «Die politischen Reden des Fürsten Bismarck». Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, tomo 2 (1862-1865), 1892. p. 172. La traducción de la cita sería la siguiente: «Si [...] a un tribunal se le concede [...] la facultad de decidir cuando existe una violación a la Constitución, entonces se le estarían otorgando las facultades propias del legislador, pues estaría llamado a realizar una interpretación auténtica o incluso a complementarla materialmente». La traducción propuesta se ha visto mejorada con las sugerencias de Andrés Vázquez Murillo, quien también ha tenido que lidiar con la tipografía gótica de la publicación.

Recibido: 20 de febrero de 2013
Aceptado: 25 de febrero de 2013

Resumen:

Si se acepta que las normas constitucionales revisten la forma de principios, que el test de proporcionalidad es la metodología adecuada para interpretarlas y aplicarlas, y que la utilización de éste no conlleva una solución única a todos los problemas, entonces una de las tareas apremiantes de la jurisdicción electoral consiste en definir con claridad la forma en que ha de realizarse el control de constitucionalidad respecto de los actos emitidos por las instancias estatales que cuentan con una legitimidad democrática en su origen. En el presente artículo se analizan tres criterios – sostenidos por diversas instancias encargadas de dicho control en México– en los que la *litis* versó sobre la constitucionalidad de diversos requisitos de elegibilidad. Con base en ello, se ofrece una reflexión final sobre la forma en que podrían construirse métodos interpretativos que –sin mengua del deber de los jueces como garantes últimos de los derechos fundamentales– reconozcan los espacios de definición que a cada uno de los poderes corresponde.

Palabras clave: requisitos de elegibilidad, constitucionalidad, acción de inconstitucionalidad, inelegibilidad.

Abstract:

If the constitutional standards take the form of principles, the proportionality test is the appropriate methodology to interpret and apply them and the usage of it does not lead to a unique solution to all the issues, then one of the electoral jurisdiction immediate tasks is to define with clarity the way the constitutional control should be done regarding the acts issued by the state agencies that have a democratic legitimacy of origin. There are three criteria analyzed in this article- supported by various agencies responsible for such control in Mexico- in which the *litis* referred to about the constitutionality of diverse eligibility requirements. Based on that, a final reflection about how the interpretative methods could be built are given, without dismissing the duty of the judges as final guarantors of fundamental rights- acknowledging the definition areas belonging to each corresponding power.

Key words: eligibility requirements, constitutionality, unconstitutional action, ineligibility.

I. Introducción

Hace poco más de una década, Garzón Valdés sostuvo que, desde una concepción normativa, la función principal de los jueces consiste en "garantizar la estabilidad del respectivo sistema político".¹ También argumentó que en contextos propios de las democracias incipientes, en las que usualmente las sociedades son económicamente heterogéneas, los jueces de los tribunales supremos deben concentrar su función de garantes de la calidad democrática en "la adopción de un paradigma material en la interpretación de los principios constitucionales especialmente aquellos vinculados con la igualdad".² Sin embargo, advirtió, el control de la calidad democrática debe limitarse a las cuestiones vinculadas con los principios básicos del sistema (lo que él denomina el "voto vedado"), sin intervenir en aquellos aspectos que el ordenamiento –mejor dicho, la Constitución– reserva a la negociación política entre los partidos políticos que integran el parlamento, pues de lo contrario la "juridización de la política frustrará la actividad parlamentaria y erosionará el principio básico de la decisión según el principio de la mayoría".³

Algunos años después, Bayón expuso sus reservas a que los jueces deban tener, como propuso Garzón Valdés, un papel preponderante en la consecución de la igualdad material o al establecimiento de una sociedad económicamente homogénea (en tanto requisito indispensable para la consolidación de la democracia), pero sin desconocer su importancia para combatir el abuso o la corrupción de los poderes:

[...] a mi modo de ver la independencia del Poder Judicial debe plasmarse en el respeto al principio de legalidad, la promoción de la seguridad jurídica y la imparcialidad en la aplicación de la ley. A eso (nadas más, pero tampoco nada menos) creo que debería ceñirse en realidad "el papel del Poder Judicial en la transición a

¹ GARZÓN Valdés, Ernesto. «El papel del poder judicial en la transición a la democracia». *Jueces para la Democracia*, (454) : p. 45, noviembre de 2002. Con posterioridad, el estudio se publicó en *Isonomía*, (18): pp. 27-46, abril de 2003, y en MALEM, Jorge; OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), «La función judicial. Ética y democracia». Barcelona, TEPJF – Gedisa – ITAM, 2003. pp. 129-145.

² GARZÓN Valdés, Ernesto, *op. cit.*, 2002. p. 51.

³ *Idem.*

la democracia". Me parece, por el contrario, que actuar como "promotores de la igualdad material" —o hacer prevalecer su criterio sobre las delicadas decisiones que puede requerir la "justicia transicional"— tiene que ver más con el activismo que con la independencia judicial. Y el activismo judicial sólo a veces favorece la causa de los derechos y siempre, en cambio, daña a la democracia.⁴

Las opiniones de Garzón Valdés y de Bayón reflejan con claridad la inevitable tensión resultante del "triumfo póstumo de Kelsen sobre Schmitt",⁵ con la consagración, a nivel global, de la garantía jurisdiccional de la Constitución,⁶ derivada de la insuficiencia de los controles parlamentarios o políticos y el desplazamiento de la ley, en tanto expresión de la "voluntad general", como el articulador de los derechos y libertades desde una posición privilegiada, sintetizada en la expresión "principio de legalidad".⁷

⁴ BAYÓN, Juan Carlos. "Algunos comentarios sobre "El papel del poder judicial en la transición a la democracia"". *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30): pp. 69 y 70, 2007.

⁵ ARAGÓN REYES, Manuel. "La justicia constitucional en el siglo XX: balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI". En: AA. VV., *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 203. Para un análisis comparado de las ideas de estos autores, véase: Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, FCE – IJ-UNAM, 2009. Por su parte, en relación a las tensiones producidas por la concurrencia de los modelos democrático y constitucional, véase: SALAZAR Ugarte, Pedro. "La democracia constitucional. Una radiografía teórica". México, FCE – IJ-UNAM, 2006.

⁶ Jackson y Tate destacan que los casos que ejemplifican el control de la constitucionalidad de las leyes (y su impacto en las políticas públicas) pueden incrementarse hasta incluir prácticamente cualquier país que cuente con una judicatura independiente. Jackson, Donald W. y Tate, C. Neal, "Comparative Judicial Review and Public Policy". Westport, Greenwood Press, 1992. p. 11. Sobre los alcances de la justicia constitucional en el orbe y sus distintos modelos, pueden consultarse como referencia: FERNÁNDEZ Rodríguez, José Julio. "La justicia constitucional europea en el siglo XXI". Madrid, Tecnos, 2002; ROUSSEAU, Dominique. "La justicia constitucional en Europa". trad. esp. de Isabel Ortiz Pica, Madrid, CEPC, 2002; GONZÁLEZ Rivas, Juan José. "Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional". Madrid, CEPC, 2001; y LÖSING, Norbert. "La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica". trad. esp. de Marcela Piazzola Gil, Madrid, Konrad Adenauer Stiftung - Dykinson, 2002.

⁷ "El llamado "principio de legalidad" es hoy, en efecto, completamente insustituible para el funcionamiento del Estado [...] Pero, por debajo de esa apariencia externa, han surgido dos fenómenos que han afectado gravemente a la situación privilegiada de la ley. Uno es el resuelto destacamiento sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, de una norma suprallegal [la Constitución]". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas". Madrid, Civitas, 1999. pp. 39 a 40. Especialmente en la concepción francesa, que acabaría por influir a la Europa continental tras la Revolución Francesa, el legislador se erigiría como "el auténtico intérprete de los derechos del hombre". STARCK, Christian. "Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales". Madrid, Dykinson, 2011. p. 250. Tocante al proceso de debilitamiento del papel de la ley, véase a: PRIETO Sanchís, Luis. "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional". En su: *Ley, principios, derechos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, 1998. pp. 5-45.

En la actualidad, pues, cada interpretación judicial de la ley debe tener en consideración los principios constitucionales,⁸ tarea que ha supuesto una dificultad notable, pues la intelección de los textos constitucionales, pese a compartir algunos de los problemas que se presentan en la interpretación de las leyes,⁹ constituye una actividad con perfiles propios, tanto por la especial estructura abierta que identifica a las normas constitucionales, como por la variedad de métodos interpretativos (diversos a los tradicionales que son insuficientes a estos propósitos) y la inexistencia de criterios homogéneos en su aplicación.¹⁰ A profundizar la diferenciación ha venido la transformación en la concepción de los derechos fundamentales, que sin perder el carácter liberal de derechos públicos subjetivos,¹¹ ahora también se les entiende como principios objetivos que recogen un sistema de valores, el cual orienta la actuación de todos los entes públicos y que condiciona, inclusive, todo el orden social. Esta doctrina tiene su origen en los trabajos de Smend publicados en el primer tercio del siglo XX, la cual sería asumida posteriormente por el Tribunal

⁸ ALEXY, Robert y DREIER, Ralf. "Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany". En: MACCORMICK, D. Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth – Ashgate, 1991. p. 112.

⁹ En términos generales, las complicaciones pueden derivarse del "lenguaje de la ley" (ambigüedad de las palabras empleadas, vaguedad de los términos lingüísticos o la utilización de conceptos jurídicos indeterminados con poco contenido descriptivo y abiertos en su determinación valorativa –*valuative openness*–) o a factores provenientes de la estructura del sistema legal (las antinomias normativas y las lagunas jurídicas, así como, en los sistemas jurídicos codificados, la consistencia y coherencia, la falta de completitud del derecho escrito y la eventual obsolescencia de la codificación). *Ibid*, pp. 74 y ss.

¹⁰ Véase, para un panorama de estos temas, a HESSE, Konrad. "La interpretación constitucional". En su: *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid, CEC, 1992. pp. 31-54. También consultable en una recopilación que, con el mismo título, han publicado en el 2011 el CEPC y la Fundación Coloquio Europeo, con la selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez (pp. 57-75); STERN, Klaus. "Derecho del Estado de la República Federal Alemana". trad. esp. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1987. pp. 280 a 304; BÖKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Los métodos de la interpretación constitucional". En su: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. esp. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. pp. 13-43; DÍAZ Revorio, Francisco Javier. "La "Constitución Abierta" y su interpretación". Lima, Palestra, 2004. pp. 231 a 276; y SAGÜÉS, Néstor Pedro. "La interpretación judicial de la Constitución". 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. pp. 143-163.

¹¹ En relación a la noción de derecho subjetivo, véase JELLINEK, Giorgio. "Sistema dei diritti pubblici subbietivi". trad. italiana a la 2ª ed. alemana de Gaetano Vitagliano, Milano, Società Editrice Libreria, 1912; y DABIN, J., "El derecho subjetivo". trad. esp. de Francisco Javier Osset, Granada, Comares, 2006.

Constitucional Federal alemán y, desde esta plataforma, difundida al resto de Europa y a los países latinoamericanos.¹²

Efectivamente, la dotación de contenido axiológico a las normas constitucionales, especialmente las relativas a derechos fundamentales, ha traído consigo el alejamiento "a la lógica de la subsunción y la propensión de la jurisprudencia de los tribunales a la justicia del caso

¹² Sobre las ideas de Smend véase: SMEND, Rudolf, "Derecho constitucional y Constitución". trad. esp. de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985. pp. 225 a 235; BRAGE Camazano, Joaquín. "Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn". En su: Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, México, IJ-UNAM, 2005. pp. XI-LX; y BRAGE Camazano, Joaquín. "La doctrina de Smend como parte de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11): pp. 95-123, enero-junio de 2009. De la jurisprudencia alemana destacan las sentencias en los casos *Elfes* (BVerfGE 6, 32) y *Lüth* (BVerfGE 7, 198): Menzel, Jörg (comp.), *Verfassungsrechtsprechung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 76 a 83 y 97 a 107, y las traducciones parciales consultables en SCHWABE, Jürgen. "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes". trad. esp. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009. pp. 56-59 y 202-207. Véase también: LUCAS Verdú, Pablo. "El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)". Madrid, Reus, 1985. pp. 170 y ss.; HÄBERLE, Peter. "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales". trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003. pp. 7 y ss.; HÄBERLE, Peter. "La libertad fundamental en el Estado constitucional". trad. esp. de Jürgen Saligmann y César Landa, Granada, Comares, 2003. pp. 31 y ss.; HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales". En: BENDA et al., "Manual de Derecho Constitucional". trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP – Marcial Pons, 1996. pp. 89-94; PÉREZ ROYO, Javier. "Curso de Derecho Constitucional", 12ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010. pp. 195 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis María. "Sistema de derechos fundamentales". 2ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005. pp. 42-44; VIERA DE ANDRADE, José Carlos. "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001. pp. 109-166; QUEIROZ, Cristina M. M. "Direitos Fundamentais (Teoria Geral)", Coimbra, Coimbra Editora, 2002. pp. 68-75; GOMES Canotilho, J.J. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003. pp. 1253-1261; PACE, Alessandro. "Problemática delle libertà costituzionali. Parte generale". 2ª ed., Pavoda, CEDAM, 1990 (reimpresión 2001). pp. 20 y ss.; PIZZORUSSO, Alessandro. "Lecciones de Derecho constitucional". trad. esp. de Javier Jiménez Campo, Madrid, CEC, 1984. tomo I, pp. 101 y ss. (por cuanto analiza los derechos de libertad conjuntamente con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional por su interacción recíproca y su dependencia de los desarrollos normativos ulteriores); ALONSO García, Enrique. "La interpretación de la Constitución". Madrid, CEC, 1984. pp. 277 y ss.; GAVIRIA Díaz, Carlos. "Sentencias. Herejías constitucionales". Bogotá, FCE, 2002. pp. 63-71; y SILVA Meza, Juan N. y SILVA García, Fernando. "Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional". México, Porrúa, 2009. pp. 23 y ss. Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen prescripciones que son deudoras de esta concepción específica de los derechos fundamentales, por cuanto los deberes estatales de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por este instrumento, así como de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos, son consecuencia directa del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico en su conjunto. Véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

concreto."¹³ En la medida en que se entiende que esas normas constitucionales tienen la naturaleza de principios¹⁴ y que en la generalidad de las situaciones jurídicamente relevantes pueden concurrir –incluso con finalidades aparentemente opuestas– dos o más normas-principio, la tendencia para la solución de esta clase de conflictos ha venido encontrándose en la consideración imparcial de "los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas",¹⁵ como si se tratara de antinomias contingentes o en concreto.¹⁶

Por ello no sorprende que, en los últimos cincuenta años, en el enjuiciamiento de la regularidad constitucional de las leyes y de la actuación de las autoridades se haya afianzado destacadamente, como parámetro de control, el principio de proporcionalidad.¹⁷ Esta herramienta permite analizar si una intervención pública es, primero, susceptible de alcanzar la finalidad perseguida; segundo, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los gobernados; y, tercero, proporcional (en sentido restricto) o equilibrada por derivarse de dicha medida más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre los otros bienes o valores constitucionalmente involucrados.¹⁸

¹³ LARENZ, Karl. "Metodología de la ciencia del derecho". trad. esp. de la 4ª ed. alemana por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994. p. 141. Prieto Sanchís advierte que "ponderación y subsunción son cosas distintas", pero no que "sean incompatibles o que haya que optar por una y otra", pues en un esquema ordinario de aplicación de las normas se presentan en fases sucesivas (subsunción "en sentido débil" —ponderación—subsunción). Véase: PRIETO Sanchís, Luis. "Apuntes de teoría del Derecho". Madrid, Trotta, 2005. pp.149 y s.

¹⁴ Principios tanto en su entendimiento como normas fundamentales y como normas estructuralmente indeterminadas. Véase al respecto: GUASTINI, Riccardo. "Teoría e ideología en la interpretación constitucional" trad. esp. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2007. pp. 73 y ss.

¹⁵ PRIETO Sanchís, Luis. "Justicia constitucional y derechos fundamentales". Madrid, Trotta, 2003. p. 191.

¹⁶ *Ibid.*, p. 178. También en PRIETO Sanchís, Luis. "Apuntes...". *op. cit.*, pp. 143 y ss.

¹⁷ De hecho, el test de proporcionalidad es más antiguo que la Constitución alemana de Bonn, pues fue desarrollado a finales del siglo XIX por los tribunales administrativos en casos en los que la ley concedía discreción a la policía o regulaba sus actividades de forma muy vaga. GRIMM, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, (2): pp. 384 y ss, primavera de 2007.

¹⁸ Sobre el tema, véase: BARNES, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, (135): pp. 495-535, septiembre-diciembre 1994; STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, (47): pp. 73-165, 2008.; y BERNAL Pulido, Carlos. "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales". 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007. La doctrina judicial estadounidense no ha desarrollado un método equivalente al test de proporcionalidad, pues la ponderación

Al paso de los años, la consolidación de la ponderación como técnica en Alemania no ha evitado algunas de las críticas que desde un principio se le han achacado: el aumento de la inseguridad jurídica, la imprevisibilidad e incluso arbitrariedad en los casos límite y la sustitución del legislador por el Tribunal Constitucional.¹⁹ Esta corriente cuenta con exponentes de la talla de Habermas²⁰ y Böckerförde,²¹ aunque sus críticas han encontrado réplica en la autorizada pluma de Alexy, defensor de las normas constitucionales de derechos fundamentales como mandatos de optimización y del test de proporcionalidad como vehículo adecuado para enjuiciar sus limitaciones y concreciones.²²

Todo lo anterior se trae a colación con el único propósito de ofrecer el marco teórico-práctico sobre el que se desarrolla este trabajo. En términos generales, se analizarán tres criterios sostenidos por distintas instancias encargadas del control jurisdiccional de la regularidad constitucional de

o *balancing* podría identificarse solamente con el tercero de los elementos del llamado también principio de proporcionalidad. Sobre el origen y evolución de la ponderación en los EE. UU., véase a: ALEINIKOFF, Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing". *The Yale Law Journal*, vol. 96, (5), abril 1987, pp. 943-1005. Existe versión castellana: ALEINIKOFF, T. Alexander. "El derecho constitucional en la era de la ponderación". trad. esp. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, Palestra, 2010. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en México, pueden consultarse: VILLASEÑOR Goyzuela, Claudia Alejandra. "Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana". México, Porrúa – ELD – Universidad Complutense de Madrid, 2011; y SÁNCHEZ Gil Rubén. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana". En: CARBONELL, Miguel y GRANDÉZ Castro, Pedro P. (eds.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, pp. 217-256.

¹⁹ OSSENBUHL, T.. "Abwägung im Verfassungsrecht". *Abwägung im Recht*, Erbuth, W. (Hrsg.), Carl Heymanns, Köln, 1996. p. 33 (citado por González Pascual, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2010, p. 61).

²⁰ HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso", 6ª ed., Madrid, Trotta, 2010. pp. 326 y ss.

²¹ BÖCKERFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali". En su: Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoría della costituzione e di diritto costituzionale, trad. it. de Omar Brino y otros, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 209-262.

²² ALEXY, Robert. "A Theory of Constitutional Rights". trad. ing. de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002. pp. 388-425; la traducción española al "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", a cargo de Carlos Bernal Pulido, se publicó por primera ocasión en la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, año 22, (66): pp. 13-64, septiembre-diciembre 2002; después apareció monográficamente por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004; para finalmente ser incorporada en la 2ª ed. española de la "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid, CEPC, 2007. pp. 511-562. Fragmentos de la defensa realizada por Alexy también se encuentran en: ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", En: Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, III-UNAM, 2006, pp. 1-18.

las leyes electorales, en torno al derecho a ser votado. Estos pronunciamientos muestran nítidamente las complejidades inherentes al despliegue de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales como derechos subjetivos y principios objetivos, así como de su tutela a través de los controles abstracto y concreto.

El derecho de sufragio, en su vertiente pasiva, se encuentra reconocido en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), cuando se afirma que es derecho del ciudadano "[p]oder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley".²³ En los criterios que aquí se analizan y comentan, la *litis* versó sobre la constitucionalidad de algunos de los requisitos de elegibilidad previstos para ser electos a ciertos cargos representativos.

El primer criterio está contenido en la acción de inconstitucionalidad 32/2011, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) 8 de diciembre de 2011,²⁴ y en la que se estudiaron los requisitos de elegibilidad contemplados en la legislación de Morelos. El segundo corresponde a la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SMTEPJF), al resolver el 28 de junio de 2012 el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SM-JDC-591/2012 y los juicios de revisión constitucional electoral SM-JRC-24/2012 y SM-JRC-25/2012, en los que se estudió la regularidad constitucional de los requisitos establecidos en la legislación de San Luis Potosí.²⁵ Finalmente, el tercer criterio es el que sostuvo la Sala Superior (SSTEPJF) el 21 de noviembre del mismo año, al resolver

²³ El decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 9 de agosto de 2012, incorporó a esta fracción, como segundo enunciado, el derecho específico de partidos políticos y ciudadanos para solicitar el registro de candidaturas ante la autoridad electoral. El derecho a ser "nombrado para cualquier empleo o comisión [...] teniendo las calidades que establezca la ley", que anteriormente acompañaba a la prerrogativa ciudadana de ser votado en la primera fracción de este precepto constitucional, ahora se encuentra en la fracción VI. Como las sentencias aquí comentadas se refieren a situaciones acontecidas al amparo de la redacción anterior del artículo 35 constitucional, toda referencia a este dispositivo deberá entenderse realizada al texto vigente en aquel entonces.

²⁴ La sentencia fue publicada en el *DOF* el 16 de febrero de 2012.

²⁵ Todas las sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación son consultables en su página web: www.te.gob.mx.

el recurso de reconsideración SUP-REC-238/2012, relativo a los requisitos de elegibilidad en Tabasco.

En los casos mencionados se advierte el empleo, en mayor o menor medida, del test de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad de diversas disposiciones que establecen requisitos de elegibilidad impuestos a ciudadanos que, concomitantemente, tienen la calidad de servidores o funcionarios públicos. Las sentencias ilustran cómo la amplia diversidad de enfoques a partir de los cuales se acomete la aplicación del juicio de proporcionalidad condiciona el resultado dicho ejercicio, incluso cuando las normas analizadas guardan gran similitud. A partir de los elementos advertidos se ofrecerá una reflexión final, un simple esbozo, sobre el derrotero que podría construirse para delinear con mejor precisión el tema, en aras de ir construyendo métodos que –sin mengua del deber de los jueces y tribunales como garantes últimos de los derechos humanos– permitan el ejercicio de las atribuciones constitucionales que están reconocidas por la propia Constitución a otras instancias estatales, especialmente las que cuentan con una legitimidad democrática en su origen.²⁶ Pero antes de realizar el análisis de los referidos criterios, conviene hacer alguna precisión relacionada con el concepto de "requisitos de elegibilidad".

Como los ordenamientos jurídicos son el producto de contextos y circunstancias históricas, sociales, políticas e institucionales,²⁷ las distintas

²⁶ La preocupación, como esperamos haber expuesto con claridad, no es gratuita ni se trata de alguna ocurrencia personal que encierre prejuicios propios de estadios ya superados, sino un tema que reiteradamente es abordado por autores de reconocida prosapia. Véase, por ejemplo, a: SCHNEIDER, Hans Peter. «*Jurisdicción constitucional y separación de poderes*». En su: *Democracia y Constitución*, trad. esp. de Angela Collado y otros, Madrid, CEC, 1991, pp. 195-222; SCHNEIDER, Hans Peter, «*El tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política*», *Revista Vasca de Administración Pública*, (31): pp. 103-106, 1991; HÄBERLE, Peter. «*El tribunal Constitucional como poder político*». En: HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional* (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán), trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, México, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 91-123; y HESSE, Konrad. «*Los límites funcionales de la justicia constitucional*». En su: *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid, CEC, 1992, pp. 177-188.

²⁷ Como en forma certera alerta ARAGÓN Reyes, Manuel. «*Derecho electoral: Sufragio activo y pasivo*». En: Nohlen, Dieter *et. al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2ª ed., México, IIDH – Universidad de Heidelberg – International IDEA – TEPJF – IFE – FCE, 2007, pp. 186 y 187.

realidades normativas poco se compadecen de los tipos puros acuñados por la doctrina. Tal es el caso del Derecho positivo mexicano, en donde la expresión "requisitos de elegibilidad", recogida tanto en los textos legislativos como en la doctrina y en la jurisprudencia, comprende no sólo las prohibiciones en las cuales se tutela la equidad en la contienda electoral y la libertad del sufragio, sino en general, toda aquella calidad exigida constitucional y legalmente al amparo de la fracción II del artículo 35 de la CPEUM, e incluso, aquellas circunstancias previstas en la normatividad como constitutivas del derecho de sufragio pasivo. Consecuentemente, con esta frase se aluden aspectos de capacidad, inelegibilidad, incompatibilidad e inhabilidad, lo que ha producido una delimitación confusa.²⁸ Más aún, en los últimos años la noción de "requisitos de elegibilidad" se ha extendido en nuestro país para abarcar las exigencias previstas en los estatutos de los partidos políticos que modulan y condicionan la participación de los ciudadanos en los procesos internos de selección de candidatos; cuestión que parecen aceptar, sin mayor problema, tanto un sector de la doctrina,²⁹ como las máximas instancias judiciales del país en la materia.³⁰

Tomando en cuenta lo anterior, no es ocioso enfatizar que aquí empleamos la expresión "requisitos de elegibilidad" en su connotación estricta, es decir, como aquellos límites o condiciones impuestos al derecho de sufragio pasivo en aras de garantizar la igualdad de oportunidades de los distintos contendientes en una elección.

²⁸ Sobre esta cuestión ya nos hemos ocupado anteriormente y propuesto una sistematización conforme al Derecho mexicano. ZAVALA Arredondo, Marco Antonio. "Comentario al Artículo 55". En: AA. VV., Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, México, Cámara de Diputados – SCJN - Senado de la República – IFE – TEPJF - Miguel Ángel Porrúa, 2012, tomo III, pp. 687-745.

²⁹ PICCATO Rodríguez, Antonio Octavio. "El sufragio pasivo". En: SERRANO Migallón, Fernando (coord.), Derecho Electoral, México, Facultad de Derecho de la UNAM – Porrúa, 2006, pp. 89 y ss.

³⁰ Por parte de la SCJN, la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas, resuelta de 8 de julio, publicada en el *DOF* el 3 de octubre siguiente. Sólo el Ministro Sergio A. Valls Hernández rechazó un entendimiento extensivo de la expresión "requisitos de elegibilidad" en el ámbito interno de los partidos políticos. Véase su voto particular publicado en el *DOF* el 3 de marzo de 2009. Por cuanto a la SSTEPJF, consúltese la sentencia dictada en el SUP-JDC-370/2005, de 6 de julio de 2005.

II. El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Normalmente, en las acciones de inconstitucionalidad el análisis de normas que inciden de alguna forma u otra en el ejercicio del derecho a ser votado se ha centrado en verificar si la norma objeto de impugnación encuadra dentro del concepto de "calidad" del artículo 35, fracción II, de la CPEUM; o bien, si la "calidad" requerida se ajusta a los parámetros de razonabilidad por virtud de los cuales se justifique la restricción a un derecho fundamental.

Sin embargo, en la acción de inconstitucionalidad 32/2011,³¹ la SCJN declaró la invalidez del artículo 117, fracción V, párrafo primero, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos,³² por considerar que se violentó el principio de igualdad y no discriminación, al excluir, sin causa justificada, a los empleados del Poder Legislativo Local de la obligación de separarse de sus cargos, con al menos 90 días antes del día de la elección, para poder ser electo –válidamente– miembro de un ayuntamiento o ayudante municipal. Lo novedoso de este precedente de la SCJN es la manera en la cual es estudiado el requisito (negativo) de elegibilidad materia de la controversia, pues se centra en analizar la norma a la luz del principio (genérico) de igualdad, y no –al menos no de manera

³¹ El proyecto fue aprobado por unanimidad de 11 votos en relación con los resolutivos, aunque con salvedades de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza. Formularon votos concurrentes los señores Ministros Ortiz Mayagoitia, Aguilar Morales y Aguirre Anguiano, los cuales se publicaron en el *DOF* en la misma fecha. A luz de las intervenciones de los Ministros que formularon salvedades durante la discusión del asunto (véase la versión taquigráfica del jueves 8 de diciembre de 2011, consultable en www.scjn.gob.mx), las consideraciones torales, las que definen el sentido de lo resuelto, no tendrían carácter vinculante, de acuerdo con lo sostenido en la jurisprudencia 94/2011, de rubro «**JURISPRUDENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. TIENE ESE CARÁCTER Y VINCULAN AL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CUANDO SE APRUEBAN POR OCHO VOTOS O MÁS**» (9ª Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 12). Lo anterior se corrobora en la publicación de la ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (10ª época, libro X, tomo 1, julio de 2012, Pleno y Primera Sala, p. 34), en donde se indica que el considerando quinto se aprobó por mayoría de 6 votos, con las salvedades de los Ministros Aguirre Anguiano y Aguilar Morales.

³² También se declaró la invalidez, como consecuencia, del artículo segundo transitorio del decreto número 1371, publicado en el *Periódico Oficial 'Tierra y Libertad', órgano del gobierno del Estado Libre y Soberano de Morelos*, el 19 de octubre de 2011.

directa— a partir del principio (específico) de equidad en la contienda electoral, en el que se suele encuadrar la justificación de los requisitos de elegibilidad "en sentido estricto".

Conviene tener presente que la Constitución de Morelos preveía, antes de la reforma, como requisito de elegibilidad, "[n]o ser funcionario o empleado de la Federación, del Estado o de los Municipios si no se separan de sus respectivos cargos noventa días antes del día de la elección". Merced de la modificación al artículo 77, fracción V, se mantuvo el deber de separación con la antelación indicada para los funcionarios o empleados de la Federación o de los municipios, mientras que en el ámbito estatal se circunscribió la exigencia a los funcionarios o empleados "del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial".

El Partido Acción Nacional (PAN), actor en la acción de inconstitucionalidad, planteó que la nueva disposición contravenía a la Carta Magna, pues implicaba un "trato desigual de dos situaciones jurídicas iguales". En última instancia, lo que el partido actor planteaba con el tratamiento diferenciado de los funcionarios y empleados del Poder Legislativo Local, respecto del resto, es que también los recursos humanos y materiales de los que los legisladores [...] disponen —y que igualmente provienen del erario— pueden destinarse al propósito aludido; habida cuenta que los legisladores también ejercen recursos públicos en el ejercicio de sus actividades, como sucede con los fondos que reciben para ciertas actividades de atención a la sociedad.

Como se ve, en el fondo, el alegato descansaba en la eventual conculcación del principio de equidad en la contienda electoral.

La SCJN acogió en lo sustancial los argumentos del partido demandante, como resultado de aplicar un "test de igualdad [...] únicamente en relación con los ciudadanos que, además, tienen la calidad de servidores públicos y no con respecto a los ciudadanos que no tienen esa calidad".³³ En el

³³ Es importante destacar que la SCJN empleó el test de razonabilidad o proporcionalidad bajo un escrutinio estricto, por tratarse de una norma que tiene una importante proyección en los derechos humanos de índole político-electoral reconocidos por la CPEUM y los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

juicio de proporcionalidad, que no pasó de su primera fase, se concluyó que la medida legislativa diferenciadora no era idónea para la consecución de la finalidad pública pretendida –la preservación de la integridad o funcionamiento de los poderes públicos– en virtud de que las razones con las cuales se sustentó la reforma "son aplicables a todos ellos [los servidores públicos], sean del orden federal, estatal o municipal, por lo que no resulta constitucionalmente razonable y, por lo tanto, válida, la desigualdad normativa que se establece".³⁴

III. El criterio de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Como viene siendo ya una constante en la justicia electoral mexicana –así como en otras materias– los criterios asumidos por los tribunales son

Debe destacarse también el método empleado por la SCJN para analizar la violación al principio de igualdad, que de entre los distintivos enfoques que ofrece una visión comparada, se aproxima más a una de las vertientes jurisprudenciales actuales del Tribunal Constitucional Federal alemán –aplicación del principio de proporcionalidad, en lugar del criterio original, tomado de las ideas de Leibholz, y cercano a la doctrina judicial norteamericana en el tema, que reducía el examen a constatar si había o no arbitrariedad en la medida, es decir, la inexistencia de un fundamento razonable, objetivo y claro–. Véase al respecto: VILLACORTA Mancebo, Luis. «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)». *Revista de Estudios Políticos*, (130): pp. 35-75, octubre-diciembre 2005; BERNAL Pulido, Carlos. «El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional». En su: *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 255-283; FROMONT, Michel. «Los cambios de jurisprudencia en la Corte Constitucional Federal de Alemania», en AA. VV., *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho*, Madrid, European Research Center for Comparative Law – Dykinson, 2012, pp. 192-194; GAVARA de Cara, Juan Carlos. «Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad». Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005; y CHEMERINSKY, Erwin. «Constitutional Law». 3ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2009, pp. 717-748.

³⁴ Debe advertirse que, en la parte final del considerando quinto en la acción de inconstitucionalidad 32/2011, por momentos se hacen afirmaciones que involucran la corrección de la medida legislativa tildada de inconstitucional, pero en relación con el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, como si lo que se estuviere analizando es la restricción en sí misma del derecho político-electoral. Así, por ejemplo, se encuentran afirmaciones como la siguiente: «dado que lo que se pretende es mantener la integridad o funcionamiento de los poderes públicos, la medida legislativa que interfiere con el derecho fundamental a ser votado no es idónea para alcanzar el fin propuesto». Y es que, en propiedad, no se analizaba la «interferencia» en el ejercicio del derecho a ser votado, porque desde el punto de vista de esta prerrogativa ciudadana, habría poco lugar para discutir que la reducción del universo de servidores públicos involucrados en el requisito de elegibilidad se traducía en menor interferencia del derecho. La SCJN se propuso analizar los planteamientos de invalidez a partir del principio de igualdad, lo que requería el análisis relacional de dos situaciones, y constatar a partir de la comparación si la diferenciación era objetiva y constitucionalmente válida, así como idónea y proporcional. Consúltense: RUBIO Llorente, Francisco. «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción». En su: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Madrid, CEC, 1997, p. 608.

invocados (con mejor o peor fortuna) en casos análogos, especialmente cuando se presentan circunstancias que pueden redundar en un beneficio directo para quien presenta la demanda.³⁵ Es el caso de lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 32/2011, cuyas consideraciones han sido sacadas del contexto en el que fueron expuestas, para pretender que se declaren inelegibles a candidatos ganadores, aun cuando la razón por la cual se pretenda la inelegibilidad no se encuentre prevista en forma explícita en la legislación aplicable.³⁶ En términos generales, se ha argumentado que la interpretación constitucional de la SCJN permite concluir que – como exigencia para garantizar la igualdad de oportunidades en la campaña electoral para los contendientes– los legisladores se encuentran imposibilitados de ser electos válidamente, al igual que otros servidores públicos (éstos sí contemplados en la norma).

Así parece haberlo entendido la SMTEPJF, al resolver los juicios identificados con las claves SM-JDC-591/2012, SM-JRC-24/2012 y SM-JRC-25/2012, que requerían definir el alcance normativo del artículo 118, fracción II, de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, según el cual, están impedidos para ser miembros propietarios o suplentes de los ayuntamientos, "[l]os funcionarios de nombramiento estatal o municipal con atribuciones de mando y en ejercicio de autoridad".³⁷ En los tres asuntos, distintos actores (un ciudadano en un caso, partidos políticos en los otros) habían intentado –infructuosamente– en las dos instancias de la jurisdicción electoral estatal, obtener la revocación de los registros de los candidatos a presidentes municipales de Rioverde, Ciudad Valles y Huehuetlan, por considerarlos inelegibles ya que, aseguraban, tenían la calidad de diputados locales y no se habían separado definitivamente del encargo con la anticipación prevista por la Constitución de la entidad.

³⁵ Especialmente cuando se presenta lo que Hasen llama "margen de litigio". HASEN, Richard L. *The Voting Wars. From Florida 2000 to the Next Election Meltdown*, New Haven & London, Yale University Press, 2012. pp. 131 y ss.

³⁶ Véanse, por ejemplo, las sentencias correspondientes a los expedientes SX-JIN-6/2012 (de 24 de julio de 2012), SUP-REC-95/2012 (de 15 de agosto de 2012), SUP-REC-96/2012 (de 15 de agosto de 2012), SX-JRC-39/2012 (de 22 de agosto de 2012), SG-JRC-558/2012 y acumulados (de 28 de septiembre de 2012) y SUP-REC-221/2012 (de 30 de septiembre de 2012).

³⁷ Salvo que, precisa el segundo párrafo del propio precepto, se separen de sus cargos 120 días antes del día de la elección.

Una vez que la SMTEPJF constató que, en forma indebida, la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí no estudió los planteamientos de los actores, al calificarlos de inoperantes, revocó la resolución impugnada y procedió a estudiar, en plenitud de jurisdicción, los agravios del recurso de reconsideración local. El análisis de los motivos de disenso de los actores condujo a la SMTEPJF a acoger los planteamientos y, en consecuencia, a declarar inelegibles a los candidatos impugnados, revocar sus registros y a ordenar su sustitución.

Importa aquí destacar el desarrollo argumentativo que le permitió a la SMTEPJF arribar al sentido anunciado; específicamente, tres pronunciamientos concretos que resultan relevantes para nuestros efectos. Debe dejarse apuntado, no obstante, que si bien la conclusión de la Sala Regional se presenta como si fuese consecuencia de una interpretación extensiva, en ocasiones ciertos pronunciamientos hacen que la construcción considerativa se acerque a la de una integración normativa mediante el argumento por analogía.³⁸ Lo anterior, porque su propuesta metodológica, así como las afirmaciones que sustentan la decisión, conllevan formulaciones normativas derivadas directamente de la CPEUM y, en tal virtud, con carácter general y vinculante para el legislador ordinario al momento de configurar las restricciones a las que debe estar sujeto el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos que cuentan con el carácter de servidores públicos de cierto rango y jerarquía, a fin de garantizar, según sostiene la SMTEPJF, la equidad en la contienda, en tanto presupuesto para contar con elecciones libres y auténticas.

El postulado sobre el que descansa la determinación de inelegibilidad consiste en que, para la SMTEPJF,

atendiendo a una interpretación sistemática y funcional de los artículos 1, 41, base I, párrafo tercero, 116, fracción IV, inciso f), y 134, de la Constitución Política de los Estados Unidos

³⁸ Sobre las posiciones en la doctrina respecto a la distinción o identidad de la analogía con la interpretación extensiva, véase a FALCÓN Y TELLA, María José. *"El argumento analógico en el derecho"*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Civitas, 1991. pp. 123 y ss.; y a SALGUERO, Manuel. *"Argumentación jurídica por analogía"*. Madrid, Marcial Pons, 2002. pp. 219 y ss.

Mexicanos; 1º, 2, 23 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y 1, 2, 6, 7, 8, 118 y 124 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, se establece que para garantizar la efectiva vigencia de los principios de igualdad y equidad en la contienda, el artículo 118, fracción II, de la Constitución de San Luis Potosí, debe interpretarse de manera que dentro de la expresión "*funcionarios de nombramiento estatal o municipal con atribuciones de mando y en ejercicio de autoridad*" queden comprendidos los diputados locales.³⁹

Esta posición parte de reconocer que el enunciado contenido en el artículo 118, fracción II, de la Constitución Estatal no explicita su alcance normativo, esto es, no establece con claridad quiénes son los destinatarios de la norma, ante lo cual es necesario efectuar una operación interpretativa. Semejante interpretación –se dice en las sentencias de la SMTEPJF– ha de realizarse dentro del contexto normativo mexicano, del cual se obtiene, a partir de los artículos 1; 41, base I, párrafo tercero, y 116, fracción IV, inciso f), de la CPEUM, el deber estatal de atenuar aquellas ventajas que pudieren producir asimetrías en los contendientes de una elección, lo cual se traduce en la necesidad de la intervención estatal al derecho fundamental de sufragio pasivo, mediante la imposición de límites o modalidades.

Establecido este contexto, la SMTEPJF rechaza emplear, por insuficiente, la interpretación gramatical, no obstante que con la misma es factible determinar que los "funcionarios" a los cuales se refiere el precepto son aquellos que desempeñan una función pública, con cierta jerarquía y cuentan con poder de mando y decisión. Lo anterior, porque el concepto "nombramiento" admite dos acepciones válidas, a saber: la designación derivada de la voluntad de una persona *motu proprio*, y aquella que proviene de las votaciones populares. Se recurre, entonces, a la interpretación sistemática del dispositivo en estudio con los artículos 26 y 47 de la propia Constitución Estatal, relativos a las prerrogativas de los ciudadanos potosinos y a los requisitos de elegibilidad de los diputados

³⁹ Énfasis en el original.

locales, que le permite reconocer a la Sala Regional que la Constitución distingue entre "cargos de elección popular" y "aquellos que se obtienen por nombramiento".

Sin embargo, enseguida puntualiza que con una "interpretación armónica" de las mismas disposiciones, "queda claro que el poder constituyente local determinó que con independencia [d]el origen o método para acceder al cargo [...] la restricción de libertades se produce cuando se actualicen ciertas atribuciones del puesto". Dichas atribuciones son, en palabras de la propia Sala Regional, "que el ejercicio de la función lleve implícita la delegación de la fuerza del Estado, a través de un poder de mando sobre la sociedad, mismo que se traduce en una relación de supra a subordinación, acompañada de la posibilidad de establecer derechos, e imponer obligaciones a la comunidad".

La conclusión sería resultado, merced de una interpretación funcional, de advertir que "estas incompatibilidades" tienen un efecto inmediato en el desarrollo de una elección, al suponer un desequilibrio en el principio de igualdad y el derecho de todo ciudadano de la entidad que aspire al ejercicio del poder público, por lo que la Constitución Local privilegia el establecimiento de condiciones óptimas para la contienda electoral, "haciendo a un lado todo vestigio de desequilibrio democrático". Y aquí la SMTEPJF apoya esta afirmación con una especie de argumento *a fortiori*,⁴⁰ cuando agrega que el Constituyente Local "estimó que no resultaba viable que un presidente municipal, por ejemplo, accediera al cargo de diputado", de lo cual se deduce que "no se encuentra razón suficiente para permitir que un legislador local pretenda ocupar un puesto de elección municipal, sin que se elimine o reduzca al mínimo [...] estos elementos desequilibrantes, mediante la suspensión temporal de los atributos del cargo que ocupaba".

⁴⁰ Sobre el argumento *a fortiori*, véase: EZQUILAGA Ganuzas, Francisco Javier. "La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho". México, TEPJF, 2006. pp. 133 y ss.

Una vez que la SMTEPJF arriba a este punto, lleva a cabo un test de proporcionalidad que le permitirá concluir que la restricción del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos que tengan la calidad de diputados locales constituye una medida que responde a un fin constitucionalmente legítimo, es idónea y necesaria, además de ser "la menos restrictiva al derecho fundamental, frente a otras alternativas".

La articulación efectuada por la SMTEPJF muestra como el conjunto de razones expresadas no se encuentran circunscritas al supuesto normativo en estudio (funcionarios de nombramiento *estatal o municipal* con atribuciones de mando y en ejercicio de autoridad), pues incluso más adelante afirma que

el que un contendiente al cargo de alcalde en el Estado de San Luis Potosí, goce de los atributos de mando, poder, autoridad e imperio, de manera continua hasta la jornada electoral, supondría una ventaja indebida que pudiera mermar considerablemente las posibilidades reales de acceso al poder público de cualquier ciudadano potosino que no cuenta con los beneficios descritos, lo que impactaría el derecho político-electoral de los participantes a ser votados en condiciones de igualdad.

Si se relaciona esta concepción con la aseveración de que las causas de inelegibilidad son siempre necesarias ante un probable escenario de "asimetría" entre los contendientes, parecería que, en realidad, los Magistrados de la SMTEPJF tenían en mente una configuración específica del deber de restricción del derecho fundamental a ser votado directamente exigible de la CPEUM. Esta lectura se fortalece cuando en la sentencia se advierte que

si bien el poder legislativo tiene libertad de configuración normativa para regular las instituciones jurídicas a través de un andamiaje jurídico, tal libertad al igual que los derechos humanos tiene límites, tales como el bloque de constitucionalidad, o los propios derechos humanos, así como la preeminencia del Estado democrático a través de elecciones populares, libres, auténticas y periódicas. Por tanto, *también los sub-principios de reserva de ley y tipicidad,*

*son derrotables para hacer respetar estas máximas constitucionales del Estado mexicano.*⁴¹

Para concluir, la SMTEPJF puntualizaría:

Hay que destacar que en el sentido propuesto por esta Sala Regional se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad relativa al expediente 32/2011, aprobada por unanimidad de once votos. Dicho asunto estuvo relacionado con la reforma al artículo 117, fracción V, de la Constitución Local del Estado de Morelos, que excluyó del régimen de impedimentos para ocupar el cargo de alcalde a los diputados locales.

Derivado de lo anterior, el máximo Tribunal de nuestro país, sostuvo que la exclusión en mención trastocaba los principios de igualdad y equidad en la contienda, produciendo discriminación. Las consideraciones que soportan tal sentencia, en términos de los artículos 43 y 73 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son obligatorias para esta Sala Regional.

Empero, como ya se mencionó, la SCJN declaró la invalidez del artículo 117, fracción V, párrafo primero, de la Constitución de Morelos por encontrar violación al principio de igualdad, al no justificarse por el Poder Constituyente Local la diferenciación de trato entre los servidores del Poder Legislativo y el resto de empleados y funcionarios públicos de la entidad, mas no por sostener que los legisladores –siempre y en todos los casos– deben separarse de sus cargos para ser postulados como candidatos, y de esta forma garantizar la equidad en la contienda, como si

⁴¹ Énfasis añadido. La SMTEPJF negaría, con posterioridad, la derrotabilidad de los "sub-principios de reserva de ley y tipicidad", cuando en un juicio de inconformidad le fue propuesta la inelegibilidad del candidato electo a diputado federal, por contener siendo diputado local sin haberse separado del puesto. En ese caso, sostuvo que los artículos 55, fracciones IV a VII, y 59 de la CPEUM, y 7, párrafo 1, incisos b) al f), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales no permiten "como en el caso de la Constitución Local de San Luis Potosí, darse a las hipótesis restrictivas un alcance tal, que implique considerar como requisitos negativos de elegibilidad supuestos que no se encuentren contemplados por la norma". En la legislación de San Luis Potosí se interpretó un "precepto legal abierto [...] y no concreto como acontece con los dispositivos federales". Véase la sentencia relativa al expediente SM-JIN-7/2012, de 31 de julio de 2012.

se tratare de un mandato derivado directamente, con ese grado de concreción, de la CPEUM.⁴²

Ciertamente, en la parte considerativa correspondiente al contexto normativo previo al estudio del caso concreto, la SCJN sugiere la existencia de una relación conceptual entre los requisitos de elegibilidad (al menos el involucrado en el litigio constitucional) y el artículo 134, párrafos séptimo y noveno, de la CPEUM, a partir de un argumento formulado por el partido actor.⁴³ Tras enfatizar el contexto normativo del artículo 134 constitucional,⁴⁴ y sin que ello implique que –de no separarse de sus cargos– los funcionarios y empleados del Congreso Estatal hagan uso indebido de recursos públicos, la SCJN sostiene que

esa condición, por sí misma, implica que seguirán percibiendo y disponiendo, al menos sus precepciones, prestaciones y apoyos durante ese tiempo, lo que no sucedería con los demás servidores públicos, además de que ciertos y determinados servidores públicos del Poder Legislativo del Estado de Morelos, en razón de sus atribuciones conferidas, investidura oficial o jerarquía tienen una proyección o una capacidad de gestión directa entre la ciudadanía, como los diputados, que no tienen otros servidores públicos.

Si bien los requisitos de elegibilidad y las prohibiciones apuntadas del artículo 134 de la CPEUM convergen en el principio de neutralidad que debe observar el Estado (en todas sus manifestaciones) respecto de los competidores en unos comicios,⁴⁵ las normas que involucran a una y otras

⁴² De hecho, como se detalla en la nota al pie núm. 31, las consideraciones contenidas en la acción de inconstitucionalidad, aquellas a que se refiere la SMTEPJF, no fueron votadas por cuando menos 8 votos, por lo que no tienen carácter vinculante, contrariamente a lo señalado en las sentencias motivo del comentario.

⁴³ El PAN señaló en su demanda: "Por cuanto a la restricción, consistente en que todos los funcionarios o empleados públicos deban separarse de sus cargos noventa días antes del día de la elección, hay que destacar que *ello tiene sustento en lo dispuesto por el artículo 134 de la Constitución Federal*, en el que se establece que todos los servidores públicos, sin importar el poder y orden jurídico al que pertenezcan, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos" (énfasis añadido).

⁴⁴ Retoma en lo sustancial, si bien no se cita en la ejecutoria, lo sustentado en las acciones de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, así como en la acción de inconstitucionalidad 55/2009.

⁴⁵ GRIMM, Dieter. "Los partidos políticos". En: BENDA *et. al.*, Manual de Derecho constitucional, trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP – Marcial Pons, 1996. p. 415.

figuras parecen obedecer a una lógica distinta. Las prohibiciones del artículo 134 enfatizan el mandato contenido en el primer párrafo de este precepto, el cual ordena que, en todos los niveles de gobierno, los recursos públicos se administren con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez "para satisfacer los objetivos a los que estén destinados". Por el contrario, como destacó el Ministro Ortiz Mayagoitia,⁴⁶ las causas de inelegibilidad tienen más bien un carácter prudencial, por cuanto

están directamente destinadas a evitar que un candidato pueda prevalecerse de una posición de poder para favorecer su elección, bien porque desde la misma pueda ejercer presiones o influencia abusivas sobre el conjunto del electorado o una parte de él en beneficio de su candidatura y en perjuicio de restantes, bien porque pueda de cualquier forma romper la igualdad de oportunidades que debe existir entre las distintas candidaturas.⁴⁷

Para la adopción de la causa de inelegibilidad es necesario que exista una situación de notoriedad o preeminencia intensa y de cierta generalización por parte de un funcionario público, de tal suerte que se estime suficiente su sola postulación y concurrencia a los comicios para generar una situación de falta de oportunidades para el resto de candidatos. Las causas de inelegibilidad no tienen como finalidad –al menos no en forma directa o preponderante– hacer cumplir el mandato constitucional de que *todos* los servidores públicos apliquen con imparcialidad "los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos".

Por el contrario, las causas de inelegibilidad buscan eliminar aquellos casos en los cuales pudiera estarse en presencia de una influencia abusiva (la derivada de una posición de poder), que redunde negativamente en la libertad del sufragio en "sentido objetivo",⁴⁸ esto es, con independencia de que se realicen o no conductas atentatorias de la libertad de elección y,

⁴⁶ En el voto concurrente formulado respecto de la sentencia de la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 32/2011.

⁴⁷ SÁNCHEZ Muñoz, Óscar. "La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales". Madrid, CEPC, 2007. p.93.

⁴⁸ *Idem*.

por ende, de la igualdad de oportunidades. Así es posible también advertirlo cuando se revisan las causas de inelegibilidad contempladas en la CPEUM para las elecciones de presidente, diputados o senadores al Congreso de la Unión, que en modo alguno excluyen de la posibilidad de participar, genéricamente, a los servidores públicos, ni siquiera a ciertos segmentos de éstos, sino que de manera particularizada indican, supuesto por supuesto, qué funcionarios públicos son inelegibles en caso de no separarse con la anticipación que para cada caso se prevé.⁴⁹

Esta última característica –la precisión en las normas constitucionales que contienen requisitos de elegibilidad en sentido estricto– parece jugar un papel importante en la sentencia de la SSTEPJF que a continuación se analizará.

IV. El criterio de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

La sentencia dictada en el recurso de reconsideración SUP-REC-238/2012 marca una separación con la manera en la que tradicionalmente venían interpretándose las causales de inelegibilidad. En ese asunto la SSTEPJF confirmó la resolución dictada por la Sala Regional Xalapa del propio Tribunal (SXTEPJF), que inaplicó el artículo 15, fracción IV, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, aunque por razones diversas a las sostenidas por la mencionada Sala Regional.⁵⁰ Dicho artículo establece, en lo que interesa, que para ser diputado se requiere "[n]o ser [...] funcionario federal, a menos que permanezca legalmente separado definitivamente de su cargo desde sesenta días naturales antes del inicio del registro de candidatos de que se trate". Inicialmente, el Tribunal Electoral de Tabasco había declarado inelegible a un candidato que contendió siendo diputado federal,⁵¹ pues concluyó

⁴⁹ Véanse los artículos 55, fracciones IV a VI, 58 (que remite al 55) y 82, fracciones IV, V y VI de la CPEUM. En la misma lógica de individualizar las causas de inelegibilidad se encuentra el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (artículo 7).

⁵⁰ La sentencia de la SXTEPJF es la correspondiente al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con la clave SUP-JDC-5476/2012, de 16 de octubre de 2012.

⁵¹ Sentencia emitida el 29 de agosto de 2012, en el expediente TET-JI-50/2012-1 y su acumulado TET-JI-51/2012-1. La resolución se encuentra consultable en la página web del Tribunal Electoral de Tabasco: www.tet.gob.mx.

que dicho cargo se encuentra comprendido dentro de la expresión "funcionario federal" empleada por el artículo 15 citado. El candidato perjudicado promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano contra la sentencia del Tribunal Estatal. En la demanda planteó que la "limitación impuesta en la Constitución del Estado de Tabasco de ser funcionario federal debe de inaplicarse en su caso, toda vez que el cargo para el que fue electo es votado bajo el principio de representación proporcional, y no puede afectar al principio de equidad, al no efectuar campaña".

La SXTEPJF declaró fundado el planteamiento y, por ende, inaplicó el artículo 15, fracción IV, de la Constitución Estatal, por considerar que "esa disposición normativa no es armónica con los artículos 1 y 35 fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", al exigir la separación del cargo. En esencia, la Sala Regional consideró que, como los candidatos a cargos de representación proporcional no se presentan ante la ciudadanía para solicitar el voto a su favor, "la interpretación más favorable para el actor nos lleva a señalar que es indistinto, en el caso particular, si ocupa o no un cargo como funcionario federal, porque no se generaría un desequilibrio en la equidad de la contienda".⁵²

La inaplicación condujo a la revocación de la sentencia del Tribunal Estatal y, por ende, a la confirmación de la constancia de asignación expedida. Contra la sentencia de la SXTEPJF, el Partido del Trabajo interpuso recurso de reconsideración ante la SSTEPJF y planteó, entre otros argumentos, el indebido análisis de constitucionalidad realizado a la fracción IV del artículo 15. Ello, tanto por considerar relevante una situación específica del caso –la candidatura de representación proporcional– como por estimar que la expresión "funcionarios federales" sólo comprende a aquellos con una particular jerarquía, manejo de recursos y grado de influencia.

⁵² La lectura de las consideraciones de la SXTEPJF muestra que, más que tratarse de una inaplicación, el razonamiento se asemeja al de una interpretación conforme, que dejaría salvada la constitucionalidad del precepto en tanto se aplique con la connotación apuntada.

En su sentencia, la SSTEPJF comienza por afirmar que "no acoge la totalidad de los razonamientos expresados por la Sala Regional responsable". En específico, se aparta del criterio consistente en que los candidatos a cargos de representación proporcional no realicen campaña electoral,⁵³ por lo que anuncia la realización de un "estudio integral" de la regularidad constitucional del artículo 15, fracción IV, de la Constitución de Tabasco, a fin de atender el agravio, el cual será finalmente desestimado, al concluirse de cualquier forma que el diseño desarrollado en este precepto, introducía una restricción excesiva del derecho fundamental consagrado en el artículo 35, fracción II, de la CPEUM y 23, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como es usual en los asuntos que involucran restricciones a la prerrogativa ciudadana a ser votado,⁵⁴ la SSTEPJF recuerda que se está en presencia de un derecho fundamental de base constitucional y configuración legal, "en cuanto deben establecerse en la ley las calidades (circunstancias, condiciones, requisitos o términos) para su ejercicio por parte de los ciudadanos (artículo 35, fracción II), según se desprende de la interpretación gramatical de dicho precepto, así como de su interpretación sistemática y funcional con otras disposiciones constitucionales aplicables". En la ejecutoria se precisa que la libertad de configuración legislativa, encuentra límites en la razonabilidad de la medida y la proporcionalidad con el fin perseguido.

⁵³ De hecho, el diferendo de opinión daría lugar a la denuncia de contradicción de criterios registrada con la clave SUP-CDC-7/2012, resuelta en sesión pública de 5 de diciembre de 2012, por mayoría de 6 votos, con el voto en contra del Magistrado Flavio Galván Rivera. En la resolución se fijó como criterio que debe prevalecer, con el carácter de jurisprudencia, el contenido en la tesis de rubro "**CANDIDATOS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PUEDEN REALIZAR ACTOS DE CAMPAÑA EN PROCESOS ELECTORALES (LEGISLACIÓN FEDERAL Y SIMILARES)**".

⁵⁴ La primera ocasión en que la SSTEPJF desarrolla, *in extenso*, su doctrina del derecho a ser votado como derecho fundamental de base constitucional y configuración legal es con motivo de la resolución del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con la clave SUP-JDC-37/2001, dictada el 25 de octubre de 2001. Véase la sentencia, los votos concurrente y aclaratorio, así como la versión stenográfica de la sesión pública en "*El derecho a ser votado y las candidaturas independientes (caso Michoacán)*". TEPJF, México, 2002.

Para la SSTEPJF el empleo de la expresión "funcionario federal" para restringir un derecho fundamental se aparta de los principios de razonabilidad y proporcionalidad,

en la medida que no establece alguna precisión concreta para acotar la restricción de derechos fundamentales, puesto que al comprender en su contexto semántico a los funcionarios federales, no realiza alguna distinción que permita identificar cuáles de los funcionarios federales son los que quedan comprendidos en el ámbito de la prohibición o disposición restrictiva, generando una interpretación que no es acorde con la dimensión que debe corresponder a un derecho fundamental.

Lo anterior, como consecuencia de haber asumido –a diferencia de otros casos en el pasado⁵⁵– que con la connotación "funcionario federal", en el orden jurídico nacional, "se hace referencia a toda persona que preste un servicio público a la Federación".

Así, se razona en el fallo, el principio de razonabilidad implicaba que el legislador eligiera una descripción más concreta del ámbito de la restricción sin utilizar un término de tal amplitud, a efecto de precisar cuál es el "segmento de funcionarios federales que estarían en el supuesto de la norma", pues de lo contrario "comprende a todos los estratos de un nivel de gobierno", situación incompatible con

la idea de que tratándose de requisitos de elegibilidad de ciudadanos que ejercen la función pública de legisladores, la normatividad atinente ha de imponer los mínimos requisitos en cuanto al acceso de un cargo público, a efecto de privilegiar el derecho fundamental a ser votado, así como el reconocimiento a la experiencia adquirida en el desarrollo de la tarea de legislar,

⁵⁵ Véase, por ejemplo, la tesis LXVIII/98, de rubro: "ELEGIBILIDAD DE LOS CANDIDATOS A MIEMBROS DEL AYUNTAMIENTO. LOS CONCEPTOS DE 'FUNCIONARIO' Y 'EMPLEADO' PARA EFECTOS DE (LEGISLACIÓN DE MICHOACÁN)" (*Compilación 1997-2012. Jurisprudencia y tesis en materia electoral*, TEPJF, México, 2012, vol. 2, tomo I, p. 1081 y s.). En esta tesis se sustenta el criterio, a partir de un análisis funcional, de que el término "funcionario" se relaciona con las atinentes a decisión, titularidad, poder de mando, y representatividad, mientras que el de empleado está ligado a tareas de ejecución y subordinación, mas no de decisión y representación.

de ahí que, a efecto de dotar de razonabilidad y objetividad a la exigencia legal sea dable que las disposiciones legislativas no establezcan restricciones excesivas o gravosas en cuanto a los requisitos para acceder a un cargo público en tanto que el establecimiento de condiciones o exigencias de esa índole, puede restringir de manera relevante al derecho fundamental a ser votado, consagrado tanto en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en el artículo 23, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en términos de lo dispuesto en el artículo 1º de la norma fundamental.

V. Reflexiones finales

¿Qué nos dicen estos criterios, en su conjunto, sobre el control de constitucionalidad de los requisitos de elegibilidad? Por una parte, el criterio de la SSTEPJF es de particular importancia, pues sus repercusiones van más allá del caso concreto en el que se emitió. En efecto, la consecuencia de concluir que la legislación de Tabasco es inconstitucional por la vaguedad con la cual está construido el enunciado normativo conduce, en los hechos, a excluir de ese supuesto normativo de inelegibilidad a todo funcionario federal,⁵⁶ que en el futuro podrá alegar a su favor el precedente, tanto en el estado de Tabasco como en cualquier otra legislación estatal que recurra a una expresión genérica similar, como es el caso del artículo 77, fracción V, de la Constitución de Morelos, analizado por la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 32/2011 desde otra perspectiva.

Asimismo, del criterio de la SSTEPJF se derivaría el deber, a cargo de los poderes legislativos federal, estatales y del Distrito Federal, de que los requisitos de elegibilidad o causas de inelegibilidad en sentido estricto se encuentren regulados con precisión y no a través de fórmulas demasiado genéricas, extremo que es más consecuente con el mandato de optimización

⁵⁶ Salvo que el ciudadano de que se trate se ubique en otro supuesto normativo. Por ejemplo, véase el propio artículo 15, fracción III, de la Constitución de Tabasco.

de los derechos humanos incorporado a la CPEUM con la reforma del 10 de junio de 2011.

Por otra parte, en la acción de inconstitucionalidad 32/2011 – específicamente, en el estudio de la regularidad constitucional de los requisitos de elegibilidad a la luz del principio de igualdad entre ciudadanos que tengan la calidad de servidores públicos–, la SCJN ha aceptado que el legislador debe argumentar y razonar suficientemente la inclusión de ciertos funcionarios públicos que se encuentran impedidos de contender –en tanto continúen detentando la titularidad de su cargo– especialmente si hay otros empleos o funciones públicas de cualidades similares, a fin de resultar compatible con el test de proporcionalidad empleado por la SCJN, que siguió un escrutinio estricto. Desde esta perspectiva, los criterios de la SCJN y la SSTEPJF no se contraponen sino que, por el contrario, son complementarios, pues la conclusión de la SSTEPJF responde a esa exigencia de individualizar los altos cargos que, por sus particulares características, podrían quebrantar –sin que para ello deban realizarse actos concretos– la equidad en la contienda.

En este sentido, como lo sostuvo en sus sentencias la SMTEPJF, goza de un lugar preponderante el deber estatal de atenuar aquellas ventajas que pudieren producir desigualdades entre los contendientes de una elección; deber que, de ser necesario, habrá de traducirse en la intervención estatal al derecho fundamental de sufragio pasivo, mediante la imposición de límites o modalidades. Este deber específico se inserta dentro del más genérico que es la configuración de las reglas a las que habrá de sujetarse el proceso electoral, en el cual confluyen los derechos y prerrogativas de partidos políticos y ciudadanos, que para algunos autores supone una auténtica dimensión constitucional del proceso mismo.⁵⁷

Es precisamente esta atribución la que ejerce el legislador cuando regula las causas o requisitos de elegibilidad y, por lo mismo, debe contar con un peso específico al momento de definir el método para analizar la

⁵⁷ Por ejemplo, AZPITARTE Sánchez, Miguel. "La dimensión constitucional del procedimiento electoral", *Teoría y Realidad Constitucional*, (10-12): pp. 425-443, 2º semestre 2002 - 1º semestre 2003.

constitucionalidad, en abstracto, de normas que limiten el derecho a ser votado para garantizar la equidad en la contienda,⁵⁸ como fue expresado en una disidencia al seno de la SCJN.⁵⁹ En esta línea de pensamiento, el escrutinio a emplear para el juzgamiento de la corrección constitucional de normas que limiten el derecho de sufragio pasivo en aras de mantener la igualdad de oportunidades entre los contendientes debiera, en principio, partir del reconocimiento del alto grado de libertad de configuración con que cuenta el legislador, con la consecuente carga argumentativa y, en su caso, probatoria, para aquel que cuestione su falta de idoneidad con la Ley Fundamental.⁶⁰

Existen además razones para pensar que, *prima facie*, el legislador democrático se encuentra en mejores condiciones que el juez para

⁵⁸ Para apoyar esta afirmación resulta importante la tesis aislada CII/2010 de la Primera Sala de la SCJN, que lleva por rubro: "**PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO**" (9ª época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXII, septiembre de 2010, pág. 185). A continuación se transcriben los apartados del texto de dicha tesis que, para los efectos del presente trabajo, resultan más relevantes: "la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez constitucional a ser especialmente exigente cuando deba determinar si ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado. La necesidad de distinguir la intensidad con la cual deben evaluarse las distinciones legislativas que se impugnen obedece al diseño y contenido mismo del texto constitucional: los principios democrático y de división de poderes, informadores de la estructura estatal, implican que los poderes públicos son titulares de un listado de facultades de creación normativa con distintos grados de libertad de configuración, cuyos contornos en cada caso concreto deben ser cuidadosamente explorados por el juez constitucional. De esta manera, mientras que en algunas cuestiones las autoridades tienen un margen relativamente acotado para desplegar sus facultades legislativas [...] en otras tendrán facultades que podrán desplegar con gran amplitud [...] Individualizar la relación, materia o ámbito sobre el cual se proyectan los reclamos de igualdades, por tanto, necesario para determinar qué tan intenso o qué tan laxo debe ser el escrutinio que debe realizar esta Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la labor legislativa, y debe ser el primer paso del análisis constitucional en materia de igualdad [...] Esta operación interpretativa debe empezar por la atenta consideración del contenido del artículo 1o. de la Constitución Federal, que insta a ser especialmente exigente con el legislador en dos hipótesis básicas: a) cuando la norma legal analizada utiliza para la configuración de su contenido normativo los criterios clasificatorios allí enumerados y b) cuando la norma legal analizada tiene una proyección central sobre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Federal".

⁵⁹ Voto de minoría que formulan los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y José Fernando Franco González Salas en la acción de inconstitucionalidad 74/2008, fallada por el Pleno de la Suprema Corte el 12 de enero de 2010. Publicado en el *DOF* el 20 de abril de 2010.

⁶⁰ Podría hablarse en estos casos de la aplicabilidad de un "escrutinio débil", que suele asignarse en ámbitos normativos en los que el legislador "se mueve con mayor frecuencia y, por lo mismo, donde dispone de amplios márgenes de apreciación o de decisión, como en la economía". REYES Martínez, Joel. *"El juicio de igualdad. Una herramienta ausente en la argumentación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación"*. México, Tesis de maestría, Universidad Panamericana, 2011. p. 46.

determinar, conforme las particulares circunstancias de la entidad de que se trate, los cargos que están en posibilidad de incidir negativamente en la igualdad de oportunidades con que deben concurrir a los comicios los partidos, coaliciones y candidatos. En este contexto, los elementos que resulten relevantes para un estado en el sur del país pudieren no serlo para otro localizado en el norte o, incluso, en la misma región, pero con un contexto social, político y cultural distinto.

Por su parte, el control concreto de la constitucionalidad de las normas reguladoras de requisitos de elegibilidad en sentido estricto debiera enfocarse a un esquema similar al del control abstracto, es decir, a ponderar en el caso concreto la pertinencia de la medida restrictiva con la debida diferencia a la producción normativa del legislador, por las razones recién apuntadas, pero en modo alguno a realizar interpretaciones extensivas o a integrar jurisprudencialmente una norma prohibitiva por vía analógica, por lo siguiente.

Las intervenciones estatales en un derecho fundamental, por vía legislativa o de un acto administrativo, siempre suponen un hacer del Estado —o, dicho de otra forma, una conducta o acción que se define por sí misma—, razón por la cual, en caso de verificarse su inconstitucionalidad, la consecuencia consiste en la anulación del acto o la expulsión de la norma del ordenamiento (que equivale a la acción contraria de la conducta o actividad definida en sentido positivo). Por el contrario, como pone de relieve Grimm, la omisión estatal —que en la materia que tratamos sería la ausencia de previsiones que regulen los requisitos de elegibilidad en sentido estricto— se muestra como una conducta inespecífica:

Cuando dicha omisión resulta inconstitucional, tampoco existe una actuación contraria constitucionalmente definida, sino sólo una multitud de opciones conforme la Constitución. Por tanto, los derechos fundamentales como deberes positivos de actuación no determinan, por principio, de forma jurídica fundamental la consecuencia jurídica de la inaplicación anticonstitucional de un deber de protección.⁶¹

⁶¹ GRIMM, Dieter. "*Constitucionalismo y derechos fundamentales*". trad. esp. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006. p. 171.

Ante este escenario, Grimm plantea dos soluciones posibles en su búsqueda por encontrar una fórmula que disminuya las pérdidas de certeza provocadas por la "explosión" de los alcances de los derechos fundamentales como deberes de protección. La primera consistiría en que la sentencia que constatará la inconstitucionalidad de la omisión reconociera la existencia del deber estatal de actuación y dejara al legislador el modo en que debe cumplirlo. Sin embargo –repite quien fuera Magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán– habría en esta solución "una reducción precipitada del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales",⁶² dado que éstos no se encuentran vacíos de contenido. En la segunda salida, Grimm plantea que los jueces limiten su actuación a la definición del contenido mínimo de los derechos fundamentales en su vertiente objetiva, lo que podría lograrse, añade, encontrando la prestación o disposición estatal cuya falta tornaría el derecho fundamental de que se trate enteramente "indigente" para su titular: La Ley, al positivizar directamente dicho mínimo indispensable, actúa de modo no constitutivo, sino declarativo. De lo que se sigue que, en caso de omisión del legislador, la administración o los tribunales de justicia han de conceder directamente el mínimo de los derechos fundamentales. Ciertamente están, además, limitados de modo estricto a ese mínimo; la justificación de pretensiones que lo excedan corresponde sólo al legislador.⁶³

En este contexto, sólo podría pensarse en la posibilidad de que un tribunal reconozca el incumplimiento del legislador por la falta de previsión de requisitos de elegibilidad en sentido estricto, ante la inexistencia total de éstos en la Constitución (Federal o Local) y en la legislación electoral aplicable, mas no por la ausencia de regulación de un caso o supuesto específico. Si así se hiciera por parte de algún tribunal –salvo en el caso de situaciones que atenten contra la práctica constitucional y política constantes y que, por inverosímiles, repugnen la idea misma de ser ordinariamente previstas–⁶⁴ se estarían invadiendo facultades que

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibid.*, p. 172.

⁶⁴ Piénsese, por ejemplo, en que el Presidente de la República en funciones solicite y obtenga su registro como candidato a una diputación o senaduría. En sentido estricto, este supuesto no se encuentra regulado por el artículo 55 de la CPEUM como impedimento para poder contender y ser electo válidamente.

constitucionalmente competen a otra rama o poder del Estado. Además, en la práctica se estaría concretizando una norma (fundamental) en pleno proceso electoral, en contravención del espíritu del artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la CPEUM.⁶⁵

Debemos estar conscientes que, como lo recordara el juez Holmes, la vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia.⁶⁶ Sin embargo, esto no significa abdicar en la búsqueda de fórmulas que procuren la certeza o previsibilidad de las relaciones jurídicas, pues se trata de una de las finalidades más importantes de todo ordenamiento jurídico. Si se acepta que las normas constitucionales, especialmente las relativas a derechos fundamentales, revisten las formas de principios o, empleando las palabras de Alexy, que son mandatos de optimización que no tienen un contenido unívoco; que la forma metodológicamente adecuada para enfrentar la interpretación y aplicación de tales normas es a través del test de proporcionalidad;⁶⁷ y que la utilización de éste no conlleva una única solución a los problemas o conflictos normativos que se presentan,⁶⁸ entonces una de las tareas apremiantes de la jurisdicción electoral –dada

⁶⁵ Que establece: "Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales".

⁶⁶ HOLMES, Oliver Wendell. "The Common Law". Nueva York, Barnes & Noble, 2004. p. 1. La obra fue publicada originalmente, en 1881, por Little, Brown and Company, Boston.

⁶⁷ La enorme influencia del principio de proporcionalidad en las últimas décadas no le ha hecho inmune a las críticas sobre su uso y abuso. Por ejemplo, se ha sostenido, con argumentos atractivos, que los resultados obtenidos en famosas sentencias relacionadas con la aplicación de los derechos fundamentales podrían alcanzarse de igual forma –e incluso con mejor argumentación– mediante el ejercicio de la subsunción. Véase: GARCÍA Amado, Juan Antonio. "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica". En: Alexy, Robert *et. al.*, Derechos sociales y ponderación, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. pp. 249-331. Lo que se halla en el fondo de la discusión, como advierte De Asís Roig, es que el principio de proporcionalidad se construye fundamentalmente en el ámbito de la elaboración de las normas y que "señala [...] la necesidad de tener en cuenta varios criterios interpretativos (como por ejemplo, y de forma directa, el sistemático, teleológico y el sociológico) en los problemas que cada uno de ellos posee en el ámbito de la interpretación constitucional, y que derivan en general de la relativa indeterminación de las normas constitucionales". DE ASÍS Roig, Rafael. "La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete". En: PECES-BARBA Martínez, Gregorio y Ramiro Avilés, Miguel Ángel (coords.), La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después, Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" – Universidad Carlos III de Madrid – Marcial Pons, 2004. p. 293.

⁶⁸ De hecho, puede plantearse el escenario de que la pluralidad de agentes u operadores jurídicos desarrolle distintos tipos de ponderación, según las reglas de legitimación al amparo de las cuales opere. Véase: ORTEGA, Luis. "La ponderación en el marco del pluralismo". En: Ortega, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords.). Ponderación y derecho administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 9-18.

la particular importancia que en la materia tiene el principio de certeza—radica precisamente en definir la manera en que deben efectuarse los juicios de corrección respecto de la interpretación, concreción o actualización de las normas constitucionales previamente realizada por las instancias estatales que cuentan con una legitimidad democrática en su origen.⁶⁹

La estabilidad a largo plazo del modelo constitucional depende, en buena medida, del reconocimiento de los espacios de definición que a cada uno de los poderes corresponde. No se trata de una tarea sencilla, por supuesto, la de reconocer que la defensa de los derechos no es una tarea reservada para unos cuantos, sino que, por el contrario, corresponde a todos, empezando por los propios ciudadanos.

Lo importante, en síntesis, es evitar los peligros de lo que Carlos de Cabo ha denominado "hiperconstitucionalización", ésto es

el entendimiento tanto de que en la Constitución debe buscarse la solución de todos los problemas como de que la Constitución extiende su aplicación directa a todos los ámbitos, lo que (aparte de la subversión técnica del sistema de fuentes que puede implicar) conduce a estimar que todo está ya decidido [...] y, por tanto, se excluyen o reducen considerablemente las posibilidades del principio democrático y de una ciudadanía activa.⁷⁰

⁶⁹ De Otto plantea la cuestión a partir del tipo de argumentos que a cada instancia corresponde emplear en su toma de decisiones: "Lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable racionalmente a partir de los *finés* que persigue y, en consecuencia, la opción por una u otra alternativa se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los actos: se hace esto y no lo otro para producir unas consecuencias y evitar otras y alcanzar así el fin que se invoca como fundamento del acto. La decisión en la que se aplica derecho, y en concreto la decisión jurisdiccional, se basa en un modelo argumentativo distinto. La decisión sólo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en *premisas* que a su vez gocen de aceptación, y eso significa que es preciso poner a un lado tanto las opiniones puramente profesionales del juzgador como las particularidades extrajurídicas del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo". DE OTTO, Ignacio. "Derecho constitucional. Sistema de fuentes". Barcelona, Ariel, 1987 (reimpresión 2001). p. 289.

⁷⁰ DE CABO Martín, Carlos. "Sobre el concepto de la ley". Madrid, Trotta, 2000. p. 13. El mismo fenómeno de hipertrofia, pero desde la perspectiva de las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales, lo denuncia Böckenförde, quien acude a un trabajo de Bettermann titulado "Hypertrophie der Grundrechte". Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Diritti fondamentali...*, *op. cit.*, p. 210.

VI. Bibliografía

ALEINIKOFF, Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing". *The Yale Law Journal*, vol. 96, (5): pp. 943-1005, abril 1987, (Existe versión castellana: *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. esp. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, Palestra, 2010).

ALEXY, Robert. "A Theory of Constitutional Rights". trad. ing. de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002. (Existe versión castellana: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007.)

_____. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". trad. esp. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, (66), septiembre-diciembre 2002.

_____. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". En: ANDRÉS Ibañez, Perfecto y ALEXY, Robert, Jueces y ponderación argumentativa, México, IJ-UNAM, 2006.

ALEXY, Robert y DREIER, Ralf. "Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany". En: MACCORMICK, D. Neil y SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth - Ashgate, 1991.

ALONSO García, Enrique. "La interpretación de la Constitución". Madrid, CEC, 1984.

ARAGÓN Reyes, Manuel. "La justicia constitucional en el siglo XX: Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI". En: AA. VV. *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*. México, UNAM - IJ, 1998.

_____. "Derecho electoral: Sufragio activo y pasivo". En: NOHLEN, Dieter *et. al.* (comps.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2ª ed., México, IIDH - Universidad de Heidelberg - International IDEA – TEPJF - IFE - FCE, 2007.

AZPITARTE Sánchez, Miguel. "La dimensión constitucional del procedimiento electoral". *Teoría y Realidad Constitucional*, (10-12): pp. 425-443, 2º semestre 2002 - 1º semestre 2003.

BARNES, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario". *Revista de Administración Pública*, (135): pp. 495-535, septiembre-diciembre 1994.

BAYÓN, Juan Carlos. "Algunos comentarios sobre "El papel del poder judicial en la transición a la democracia"". *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30).

BERNAL Pulido, Carlos. "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En su: *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales". 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007.

BÖKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Los métodos de la interpretación constitucional". En su: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. trad. esp. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____. "Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali". En su: *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoría della costituzione e di diritto costituzionale*. trad. it. de Omar Brino y otros, Milano, Giuffrè, 2006.

BRAGE Camazano, Joaquín. "Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de Weimar y Bonn". En: SMEND, Rudolf. *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, México, IJ-UNAM, 2005.

_____. "La doctrina de Smend como parte de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11). enero-junio de 2009,.

CHEMERINSKY, Erwin. "Constitutional Law". 3ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2009.

CÓRDOVA Vianello, Lorenzo. "Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente". México, FCE – IJ-UNAM, 2009.

DABIN, J. "*El derecho subjetivo*". trad. esp. de Francisco Javier Osset, Granada, Comares, 2006.

DE ASÍLS ROIG, Rafael. "*La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete*". En: PECES-BARBA Martínez, Gregorio y RAMIRO Avilés, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" – Universidad Carlos III de Madrid – Marcial Pons, 2004.

DE CABO Martín, Carlos. "*Sobre el concepto de la ley*". Madrid, Trotta, 2000.

DE OTTO, Ignacio. "*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*". Barcelona, Ariel, 1987 (reimpresión 2001).

DÍAZ Revorio, Francisco Javier. "*La "Constitución Abierta" y su interpretación*". Lima, Palestra, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. "*Sistema de derechos fundamentales*". 2ª ed., Madrid, Thomson – Civitas, 2005.

EZQUIAGA Ganuzas, Francisco Javier. "*La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*". México, TEPJF, 2006.

FALCÓN Y TELLA, María José. "*El argumento analógico en el derecho*". Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ Rodríguez, José Julio. "*La justicia constitucional europea en el siglo XXI*". Madrid, Tecnos, 2002.

FROMONT, Michel. "*Los cambios de jurisprudencia en la Corte Constitucional Federal de Alemania*". En: AA. VV. *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho*. Madrid, European Research Center for Comparative Law - Dykinson, 2012.

GARCÍA Amado, Juan Antonio. "*El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*". En: ALEXY, Robert *et. al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

GARCÍA de Enterría, Eduardo. "*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*". Madrid, Civitas, 1999.

- GARZÓN Valdés, Ernesto. "El papel del poder judicial en la transición a la democracia". *Jueces para la Democracia*, (454), noviembre de 2002.
- GAVARA de Cara, Juan Carlos. "Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad". Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005.
- GAVIRIA Díaz, Carlos. "Sentencias. Herejías constitucionales". Bogotá, FCE, 2002.
- GOMES Canotilho, J. J. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". 7ª ed. Coimbra, Almedina, 2003.
- GONZÁLEZ Pascual, Maribel. "El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos". Cizur Menor, Civitas - Thomson Reuters, 2010.
- GONZÁLEZ Rivas, Juan José. "Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional". Madrid, CEPC, 2001.
- GRIMM, Dieter. "Los partidos políticos". En: BENDA *et. al.* Manual de Derecho constitucional. trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996.
- _____. "Constitucionalismo y derechos fundamentales". trad. esp. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006.
- _____. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence". *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, (2): pp. 383-397, primavera de 2007,
- GUASTINI, Riccardo. "Teoría e ideología en la interpretación constitucional". trad. esp. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2007.
- HÄBERLE, Peter. "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales". trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.
- _____. "La libertad fundamental en el Estado constitucional". trad. esp. de Jürgen Saligmann y César Landa, Granada, Comares, 2003.
- _____. "El tribunal Constitucional como poder político". En: HESSE Konrad y HÄBERLE, Peter. Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán). trad. esp. de

Joaquín Brage Camazano, México, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

HABERMAS, Jürgen. "*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*". 6ª ed. Madrid, Trotta, 2010.

HASEN, Richard L. "*The Voting Wars. From Florida 2000 to the Next Election Meltdown*". New Haven & London, Yale University Press, 2012.

HESSE, Konrad. "*La interpretación constitucional*". En: Escritos de Derecho Constitucional, trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed. Madrid, CEC, 1992.

_____. "*Los límites funcionales de la justicia constitucional*". En su: Escritos de Derecho Constitucional. trad. esp. de Pedro Cruz Villalón, 2ª ed., Madrid, CEC, 1992.

_____. "*Significado de los derechos fundamentales*". En: BENDA *et al. Manual de Derecho Constitucional*. trad. esp. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996.

HOLMES, Oliver Wendell. "*The Common Law*". Nueva York, Barnes & Noble, 2004.

JACKSON, Donald W. y TATE, C. Neal. "*Comparative Judicial Review and Public Policy*". Westport, Greenwood Press, 1992.

JELLINEK, Giorgio. "*Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*". trad. italiana a la 2ª ed. alemana de Gaetano Vitagliano, Milano, Società Editrice Libreria, 1912.

KOHL, Horst (ed.). "*Die politischen Reden des Fürsten Bismarck*". Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1892.

LARENZ, Karl. "*Metodología de la ciencia del derecho*". trad. esp. de la 4ª ed. alemana por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.

LÖSING, Norbert. "*La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*". trad. esp. de Marcela Piazzola Gil, Madrid, Konrad Adenauer Stiftung - Dykinson, 2002.

LUCAS Verdú, Pablo. "*El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*". Madrid, Reus, 1985.

- MENZEL, Jörg (comp.). "*Verfassungsrechtsprechung*". Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.
- ORTEGA, Luis. "*La ponderación en el marco del pluralismo*". En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords.). *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- PACE, Alessandro. "*Problemática delle libertà costituzionali. Parte generale*". 2ª ed. Pavoda, CEDAM, 1990 (reimpresión 2001).
- PÉREZ ROYO, Javier. "*Curso de Derecho Constitucional*". 12ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio Octavio. "*El sufragio pasivo*". En: SERRANO MIGALLÓN, Fernando (coord.). *Derecho Electoral*. Facultad de Derecho, México, UNAM, Porrúa, 2006.
- PIZZORUSSO, Alessandro. "*Lecciones de Derecho constitucional*". trad. esp. de Javier Jiménez Campo, Madrid, CEC, 1984.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. "*Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional*", En su: *Ley, principios, derechos*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, 1998.
- _____. "*Justicia constitucional y derechos fundamentales*". Madrid, Trotta, 2003.
- _____. "*Apuntes de teoría del Derecho*". Madrid, Trotta, 2005.
- QUEIROZ, Cristina M. M. "*Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*". Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- REYES MARTÍNEZ, Joel. "*El juicio de igualdad. Una herramienta ausente en la argumentación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*". Tesis de maestría, México, Universidad Panamericana, 2011.
- ROUSSEAU, Dominique. "*La justicia constitucional en Europa*". trad. esp. de Isabel Ortiz Pica, Madrid, CEPC, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. "*La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*". En su: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Madrid, CEC, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "*La interpretación judicial de la Constitución*". 2ª ed. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

SALAZAR Ugarte, Pedro. "*La democracia constitucional. Una radiografía teórica*". México, FCE – IIJ-UNAM, 2006.

SALGUERO, Manuel. "*Argumentación jurídica por analogía*". Madrid, Marcial Pons, 2002.

SÁNCHEZ Gil, Rubén. "*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*". En: CARBONELL, Miguel y GRANDÉZ Castro, Pedro P. (eds.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima, Palestra, 2010.

SÁNCHEZ Muñoz, Óscar. "*La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*". Madrid, CEPC, 2007.

SCHNEIDER, Hans Peter. "*El tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política*". *Revista Vasca de Administración Pública*, (31): pp. 103-106, 1991.

_____. "*Jurisdicción constitucional y separación de poderes*". En su: *Democracia y Constitución*. trad. esp. de Angela Collado y otros, Madrid, CEC, 1991.

SCHWABE, Jürgen. "*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*". *Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. esp. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

SILVA Meza, Juan N. y SILVA García, Fernando. "*Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*". México, Porrúa, 2009.

SMEND, Rudolf. "*Derecho constitucional y Constitución*". trad. esp. de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985.

STARCK, Christian. "*Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*". Madrid, Dykinson, 2011.

STERN, Klaus. "*Derecho del Estado de la República Federal Alemana*". trad. esp. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1987.

STONE Sweet, Alec y MATHEWS, Jud. "*Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*", *Columbia Journal of Transnational Law*, (47).

TEPJF . "*El derecho a ser votado y las candidaturas independientes (caso Michoacán)*". México, TEPJF, 2002.

VIERA de Andrade, José Carlos. "*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*". 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2001.

VILLACORTA Mancebo, Luis. "*Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)*". *Revista de Estudios Políticos*, (130), octubre-diciembre 2005.

VILLASEÑOR Goyzuela, Claudia Alejandra. "*Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*". México, Porrúa – ELD - Universidad Complutense de Madrid, 2011.

ZAVALA Arredondo, Marco Antonio. "*Comentario al Artículo 55*". En: AA. VV., *Derechos del pueblo mexicano. México a través a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados – SCJN - Senado de la República – IFE – TEPJF - Miguel Ángel Porrúa, 2012, tomo III.

LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

*Federico Landera**

SUMARIO:

I. Entendiendo el sufragio; II. La Constitución Mexicana de 2012; III. Igualdad entre iguales; IV. El caso de México y un análisis de las posibles regulaciones legales; V. Conclusiones; VI. Fuentes de consulta.

* Profesor de Derecho constitucional en la Universidad Austral, Argentina. Director de Paradoxía Consultores.

Recibido: 21 de febrero de 2013
Aceptado: 25 de febrero de 2013

Resumen:

En agosto de 2012 fue reformada la fracción II del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se incorporó un elemento novedoso a los derechos político-electorales del ciudadano, la posibilidad de contender a un cargo de elección popular sin la necesidad de ser postulado por un partido político. El presente trabajo tiene por objeto señalar diversos escenarios a los que se pueden enfrentar tanto el legislador federal como las legislaturas locales al momento de adecuar la normatividad electoral para regular las llamadas "Candidaturas Independientes".

Así pues en el trabajo se señala la necesidad de proteger bienes jurídicos como la equidad en la contienda, establecer formas de financiamiento, porcentaje de adeptos como requisito necesario para poder postularse entre otros; todo esto sin perder de vista la maximización del derecho político-electoral del ciudadano.

Palabras clave: partidos políticos, candidatos, financiamiento, candidaturas independientes.

Abstract:

In august of 2012 The article 35 fractions II of the United Mexican States Constitution was reformed and a new element was incorporated to the citizen's political and electoral rights, the possibility to contend for a popular election position avoiding the need to be postulated through a political party. This work aims to point out different scenarios that a federal legislator and a local one could be facing in time to adapt the electoral normativity in order to regulate the so called "Independent Nominations".

This, we point out the need to protect the legal goods as well as equity in the contention, establish funding ways, a percentage of adherents as necessary requirement in order to postulate others; all that without losing sight of the maximization of the citizen's political and electoral right.

Key words: political parties, candidates, funding, independent nominations.

I. Entendiendo el sufragio

El derecho de sufragio tiene dos facetas claras, de acuerdo al lugar que se ocupe en un momento determinado. Por un lado, se trata de la facultad reconocida a determinados sujetos de emitir su opinión sobre una determinada materia y, por el otro, la facultad de determinados sujetos de ofrecer una propuesta que será sometida a consideración de un número determinado de sujetos.

Acotando el sufragio a comicios orientados a la selección de las autoridades en un sistema representativo, podemos decir que se trata de la facultad de unos sujetos para presentarse como candidatos a ocupar dichos puestos y de otros para votar de acuerdo a su preferencia.¹

En un Estado de derecho, ambas fases del mismo derecho se regulan de manera tal que sus contornos queden armónicamente definidos y las interrelaciones subjetivas que se produzcan sean contempladas a fin de maximizar los efectos que de su ejercicio se deriven.

Profundizando en la temática cabría cuestionarse si es que el sufragio tiene un límite intrínseco que deba ser contemplado. En principio podríamos decir que, hipotéticamente, toda persona libre podría ejercer su derecho de sufragio en ambos sentidos. Luego, los sistemas jurídicos, de acuerdo a diferentes etapas históricas y por diferentes motivos sociológicos o científicos, limitan el ejercicio de determinados derechos a personas que, se supone, no cuentan con la capacidad suficiente para ejercer dichos derechos, por ejemplo a los menores.²

Por otra parte, de acuerdo al cargo público que busque ocuparse a través de una elección, se suelen establecer requisitos que garanticen mínimamente la idoneidad de aquellos que podrían ocuparlo, ya que se busca que quien lo ejerza, lo haga adecuadamente desde el punto de vista técnico y moral

¹ ARAGÓN, Manuel. "Candidaturas Independientes". En: NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. 2da Edición, México, CFE, 2007, p. 188

² Ibid p. 188

(que cuente con determinados estudios, madurez, experiencia, sustento económico, etc.).³

Poniendo estos conceptos en contexto podemos observar que cuando las distintas sociedades comienzan a cuestionarse el rol y funcionamiento de los partidos políticos, quienes en muchos sistemas preservan el monopolio de la presentación de candidatos, surgen como opción, entre otras, las candidaturas independientes, instituto que encuadra perfectamente en el modelo democrático pero que necesariamente debe ser debidamente incorporado al cuerpo normativo existente de modo que se logre un efectivo y justo funcionamiento de las mismas.⁴ Está claro que las reglas electorales que se establezcan condicionarán el impacto real que tenga este nuevo tipo de candidatura, surgiendo así variaciones en su implementación de país en país.⁵ Se abre de este modo un gran debate sobre su conveniencia y efectiva aplicación que es el que intentaremos abordar a continuación, aplicado al caso mexicano.

II. La Constitución Mexicana de 2012

El Capítulo IV de la Constitución Federal –De los Ciudadanos Mexicanos-, delimita la ciudadanía mexicana a la adquisición de determinadas características personales y prevé sus derechos, obligaciones y las eventuales suspensiones excepcionales.

Particularmente, el artículo 35 –los derechos de los ciudadanos-, prevé en su numeral II que aquel que reúna las características para ser considerado ciudadano puede "ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley".⁶

El reconocimiento del derecho a ser votado, aspecto pasivo del sufragio universal, como una derivación natural del sistema republicano que

³ Ibid 189

⁴ DE LA PEZA, J. L. "Candidaturas Independientes". En: NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. 2da Edición, México, CFE, 2007. pp. 613-626.

⁵ ABRAMSON et al. (2008) "Third-Party and Independent Candidates in American Politics: Wallace, Anderson, and Perot". Political Science Quarterly, Vol. 110, No. 3 (Autumn, 1995), pp. 349-367.

⁶ Artículo 35, apartado II, primera parte, de la CM.

garantiza la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, es de larga data. Puede observarse un buen desarrollo sobre las diferentes formas en que ha sido regulado el sufragio pasivo en el país, la incorporación de los partidos políticos en la historia política mexicana y su fuerte apoyo institucional como una forma de progresar cualitativamente respecto a la democracia nacional en un reciente trabajo de Mariana Hernández Olmos.⁷

Durante muchos años se discutió sobre la amplitud del sufragio pasivo y la legitimidad de una regulación legal que, con base en el reconocimiento del derecho de todos los ciudadanos a ser votados cumpliendo los requisitos legales, pueda establecer una vía específica y asociativa para la participación en comicios, como ha sido hasta el momento el artículo 218 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE).

El debate transitó las más altas esferas jurisdiccionales, llegando inclusive a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), la cual se manifestó a favor de la legalidad de la limitación del sufragio pasivo y la libertad de los estados para establecer requisitos específicos y razonables dentro de su sistema jurídico.

Lo mismo sucedió respecto a las Constituciones y leyes locales que regularon de un modo amplio el sufragio pasivo, permitiendo a los ciudadanos presentarse como candidatos a cargos locales, sin la participación en partidos políticos, ni la necesidad de ser postulados por éstos. En este caso, también se decidió que, dentro del ámbito de sus competencias, los estados son soberanos y ello implica la capacidad de elegir sus autoridades del modo que lo crean conveniente, siempre que respete el sistema democrático y respete los derechos fundamentales reconocidos expresamente en la Constitución.

⁷HERNÁNDEZ Olmos, Mariana. "*La importancia de las candidaturas independientes*". México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

Ahora bien, en el año 2012 la reforma constitucional incorporó un elemento novedoso dentro de los derechos de los ciudadanos, tal vez una aclaración que cambió profundamente el sentido en que se ha resuelto el tema hasta el momento. El nuevo artículo 35, apartado II continúa, luego de la fracción citada anteriormente, del siguiente modo: "El derecho a solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación".⁸

Luego del debate constitucional antes mencionado, la última reforma vino a plasmar de un modo expreso el derecho de los ciudadanos para presentarse como candidatos en todas las elecciones de manera independiente, pero claro, siempre dentro de los requisitos, condiciones y términos que establezca la legislación. Vale decir que también lo harán en base a toda la normativa dentro de sus respectivas competencias, ésto es, las Constituciones estatales y las normas locales que en consonancia se dicten.

Empero dicha legislación siempre deberá ser razonable, de manera que las condiciones y requisitos que regulen la presentación de candidaturas independientes no cercenen el derecho reconocido ni generen desigualdades injustificadas.

Acercándonos a un año de la reforma constitucional, los estados se encuentran estudiando las diferentes alternativas regulatorias, a fin de garantizar el derecho de los ciudadanos independientes en las elecciones locales que se avecinan. Cada uno de los estados cuenta con un amplio abanico de opciones, no obstante lo cual, deberán tenerse en cuenta ciertos elementos a fin de lograr una legislación que tome como base una correcta interpretación constitucional y evite, ante posibles reclamos de particulares y partidos políticos, dilaciones o controversias que podrían evitarse *a priori*.

⁸ Ibidem, segunda parte.

III. Igualdad entre iguales

Con anterioridad a la última reforma constitucional, las máximas autoridades jurisdiccionales del país debieron resolver diferentes controversias sobre las presentaciones de candidaturas independientes, lo que los llevó a analizar el texto constitucional, particularmente sobre este punto.

Si bien es cierto, que dicha jurisprudencia deberá ser revisada en cuanto al fondo de la cuestión, principalmente por las incorporaciones que cambiaron sustancialmente el texto interpretado en forma expresa, aún quedan algunos lineamientos que deberíamos tener en cuenta a fin de buscar el sentido que, probablemente, seguirían dichos organismos si tuvieran que resolver nuevas controversias.

Claro que no podríamos tomar esta interpretación como una derivación directa de las tesis previas, y por ende obligatorias desde el punto de vista constitucional. Empero, es de suponer que la lógica, la metodología de interpretación y el hilo argumental se mantendrán en la misma línea.

En primer lugar, por tratarse de un derecho fundamental reconocido por la Constitución Mexicana, en consonancia con el artículo 1 de la misma, éste debe ser interpretado "*de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*" (Artículo 1 de la Constitución Mexicana).

A fin de encontrar el sentido correcto que deberá otorgarse al derecho de sufragio pasivo, reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debemos tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que éstos resultan la última instancia de interpretación y obligatorios para los estados que participen en el litigio.

En efecto, la CIDH ha tenido oportunidad de emitir un fallo sobre este tema en el Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos y, en aquella oportunidad, interpretó el alcance con que debe ser comprendido el referido artículo 23 de la Convención. En dicha oportunidad y, sobre lo que aquí interesa, manifestó:

197. Como se ha señalado, la Convención Americana, al igual que otros tratados internacionales de derechos humanos, no establece la obligación de implementar un sistema electoral determinado. Tampoco establece un mandato específico sobre la modalidad que los estados partes deben establecer para regular el ejercicio del derecho a ser elegido en elecciones populares.

198. La Corte observa que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras; mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, o bien el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes. En la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes.

200. Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de los partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. La Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente, de cómo se regulen los aspectos mencionados anteriormente de las candidaturas independientes o de la regulación de las candidaturas presentadas por partidos.

201. Las candidaturas independientes pueden regularse de manera que faciliten y amplíen el acceso al derecho a ser votado, pero también puede ocurrir que para inscribir candidaturas independientes se establezcan requisitos mayores que los establecidos para nominar a un candidato por un partido político. El sólo hecho de permitir candidaturas independientes no significa que se trate del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado. Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad.

Ahora bien, una vez desentrañado el sentido del derecho reconocido en la norma convencional, pasemos a resaltar algunos aspectos relacionados con la normativa constitucional. Una primera observación, que deriva del análisis de las tesis previas a la reforma constitucional del año 2012, es la necesidad de analizar el texto constitucional teniendo en cuenta su letra, pero buscando el sentido de cada norma a la luz de la totalidad del cuerpo constitucional.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho en su tesis 53/2009 de rubro: **CANDIDATURAS INDEPENDIENTES, CIUDADANAS O NO PARTIDARIAS. EL ARTÍCULO 218, PÁRRAFO 1, DEL SUP-JDC-494/2012 CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES ES CONSTITUCIONAL** que *"De conformidad con una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales aplicables, el artículo 218, párrafo 1 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, al tenor del cual corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular, no conculca el derecho fundamental a ser votado, teniendo las calidades que establezca la ley, contenido en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que esta disposición constitucional no puede interpretarse aisladamente en relación con el artículo 41 constitucional, sino que es necesario interpretarla sistemática y armónicamente, en concordancia con la jurisprudencia P/J. 2/2004 del Tribunal en Pleno*

de la Suprema Corte de Justicia de la nación, de rubro: "GARANTÍAS INDIVIDUALES. SI SU EJERCICIO SE RELACIONA CON EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ELECTORAL, SU INTERPRETACIÓN DEBE CORRELACIONARSE CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 116, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.", de manera que se alcance un punto de equilibrio entre el derecho fundamental a ser votado y las bases constitucionales de la función estatal de organizar las elecciones, es decir, que se armonicen, de ser posible, el referido derecho fundamental y otros bienes o valores constitucionales protegidos, destacadamente el sistema constitucional de partidos políticos y los principios constitucionales de la función estatal electoral, sin hacer realidad uno en detrimento del otro" (el destacado nos corresponde).

Por su parte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la sentencia identificada como SUP-JDC-0494/2012, luego de recordar la Tesis antes mencionada, explicó que "(...) aún cuando dicha tesis resulta válida y aplicable al caso, conviene tener presente que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la reforma constitucional del sistema de derechos humanos de dos mil once, ha reconocido la inclusión de nuevas normas al sistema jurídico mexicano de protección de derechos humanos al igual que su aplicación directa, por lo que es necesario que este Tribunal estudie el planteamiento hecho valer por el actor, lo cual se realiza conforme con la nueva normativa constitucional.

Lo anterior, en la inteligencia de que, con motivo de la reforma constitucional invocada, las bases normativas establecidas en el artículo 41, párrafo segundo, de la Constitución Federal, conforme a las cuales la renovación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, no tuvieron modificación alguna. En efecto, la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el diez de junio de dos mil once, en el Diario Oficial de la Federación, no importó una modificación a los siguientes aspectos regulados en el artículo 41, párrafo segundo, constitucional: el estatuto

constitucional de los partidos políticos como entidades de interés público; el derecho de los partidos nacionales a participar en las elecciones estatales, municipales y del Distrito Federal; los fines constitucionales de los partidos políticos; la libertad autoorganizativa de los partidos políticos; el régimen de financiamiento de los partidos políticos; el derecho de los partidos políticos al uso de manera permanente de los medios de comunicación social; el nuevo modelo constitucional de comunicación social (radio y televisión); la duración de las precampañas y de las campañas; la función estatal de organizar las elecciones libres, auténticas y periódicas; y los principios constitucionales rectores en materia electoral, entre otros aspectos.

En particular no se modificaron las bases fundamentales del sistema constitucional de partidos políticos y del sistema electoral federal."

Si bien las circunstancias son diferentes y el texto constitucional al que se refiere la sentencia precitada del TEPJF es el artículo 1, mientras aquí tratamos sobre el artículo 35, parecería que existe un paralelo entre dicha situación y la aquí analizada, ya que sólo se ha realizado una modificación respecto a la enumeración expresa de sujetos habilitados para presentar candidaturas, mientras se ha mantenido intacto el artículo 41.

Claro que en aquel momento se trató de causas en las que se reclamó la aplicación del derecho general a ser votado, mientras que en la actualidad el texto expreso habilita a los particulares a hacerlo. Aunque probablemente la resolución de la controversia sería diferente por ese solo hecho, nos interesa en esta oportunidad buscar los parámetros constitucionales más adecuados para una futura regulación legal.

Recapitulando los postulados jurisprudenciales anteriores, podemos decir que:

1) El derecho a ser votado puede ser regulado de diferentes formas en cada estado, en tanto no se restrinja a punto tal de negarlo.

- 2) Un estado puede establecer un monopolio para la presentación de candidaturas por parte de partidos políticos, o bien puede habilitar a los particulares a hacerlo.
- 3) La habilitación de ambas opciones pueden estar sujetas a diferentes requisitos, siendo que no siempre la habilitación para particulares resulta más favorable para el ejercicio del derecho.
- 4) Al analizar un derecho fundamental, es imprescindible cotejar el texto completo de la Constitución, a fin de dotarlo de un sentido completo, sistemático, armónico y acorde con la jurisprudencia.
- 5) La omisión del constituyente al modificar sólo una parte del sistema electoral, no puede ser entendida como un olvido o un error, sino que debe analizarse el sentido en su conjunto.

Por ello, siguiendo una interpretación sistemática del texto constitucional, es menester analizar los capítulos siguientes de su texto, en busca de otras normas que permitan interpretar adecuadamente el sentido y los límites del derecho reconocido, a fin de lograr una interpretación lógica que no desconozca otros elementos relevantes del sistema electoral mexicano.

Un punto que nos pareció relevante resaltar es la posible diferencia en cuanto a la extensión del derecho y las prerrogativas reconocidas a los diferentes sujetos electorales.

En este momento son reconocidos como sujetos capaces de ejercer el derecho al sufragio pasivo –ser candidatos o presentar candidatos- los partidos políticos como ente público no estatal y los particulares en forma independiente; y de aquí surgen una serie de interrogantes que podemos sintetizarlos en los siguientes: ¿El texto constitucional trata de igual modo a ambos sujetos? ¿Existen elementos distintivos entre ambos sujetos de derecho? ¿Podrían establecerse diferencias en el trato de ambos sujetos sin violentar el derecho fundamental de igualdad?.

A nuestro modo de ver, el texto constitucional marca una clara diferencia de trato entre ambos sujetos electorales. Puede observarse que el Constituyente ha reconocido el derecho de los ciudadanos particulares y

de los partidos políticos para postular candidatos, empero, mientras a los primeros les reconoce dicho derecho a los segundos los considera de "interés público" y les garantiza financiamiento estatal y espacios publicitarios a fin de impulsar su creación, sostenimiento y crecimiento.

Pareciera que existe un primer indicio que nos inclinaría a analizar con minuciosidad el respeto del derecho a la igualdad de trato ante la ley, ya que existen dos sistemas jurídicos que tratan de un modo diverso a los mismos sujetos de derechos. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis 2a./J. 42/2010, de carátula: **IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA**, ha dicho que *"La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. Por tanto, el primer criterio para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente."*

Esto no quiere decir que las normas legales que regulen los derechos de los particulares necesariamente deberán ser diferentes en todos los aspectos respecto a la presentación de candidaturas por parte de los partidos políticos, ni en relación a la campaña electoral, empero pareciera que en algunos aspectos que se desprenden del propio texto constitucional, deberá haber necesariamente una diferencia, por ejemplo en la presentación

de candidatos a diputados nacionales por el principio de representación proporcional, entre otros.

La clave será analizar hasta qué punto puede llegar dicho trato diferenciado y si existe, para su regulación, algún indicio en el texto constitucional.

En primer lugar debemos aclarar que la igualdad ante la ley, tal como la concebimos, se trata de una igualdad entre iguales, dentro de las mismas o similares circunstancias. Claramente la Constitución y las leyes pueden establecer diferencias de trato siempre que dicho trato diferenciado se sustente en características razonables. En el mismo sentido la tesis jurisprudencial precitada menciona: *En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual.*

Desde este punto de vista, pareciera que existen diferencias entre ambos sujetos electorales que el legislador ha tenido en cuenta al momento de regular los derechos políticos y electorales. Podría decirse que el carácter asociativo, su finalidad pública de promover la participación del pueblo a fin de contribuir a la integración de la representación nacional y hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo a los principios e ideas que postulan, son elementos suficientes para aceptar un trato normativo diferenciado entre ambos sujetos.

Ahora bien, una vez que reconocemos diferencias razonables entre los sujetos, aún debe *determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.* (tesis 2a./J. 42/2010)

Podría decirse que mientras la legislación que regule la materia garantizará indefectiblemente "que los partidos políticos nacionales cuenten de manera equitativa con elementos para llevar a cabo sus actividades y señalará las reglas a las que se sujetará el financiamiento de los propios partidos y sus campañas electorales, debiendo garantizar que los recursos públicos prevalezcan sobre los de origen privado" (Artículo 41, numeral II, CN), aquella que se dicte para regular el derecho de los ciudadanos a presentar candidaturas de manera independiente no necesariamente deberá garantizar fondos públicos para el sostenimiento de sus actividades de campaña, ni el espacio publicitario en los medios de comunicación social.

Veámoslo de la siguiente manera, el Estado en ejercicio de la representación otorgada por el pueblo puede manifestar una preferencia hacia la conformación de entidades asociativas de carácter orgánico y permanente, cuya constante actividad se oriente a la educación cívica y a facilitar el ejercicio del sufragio pasivo de los ciudadanos, buscando mejorar la calidad de la representación con candidatos preparados para asumir la función pública. Esta preferencia, siempre orientada al bien común, por encima de la participación esporádica de ciudadanos con una eventual menor preparación técnica para el ejercicio del cargo, deberá manifestarse en diferentes normas jurídicas que incentiven la conformación de aquellas y desincentiven la participación individual.

La primera manifestación expresa de dicha preferencia es su reconocimiento como "entidades de interés público" y como sujetos de Derecho con capacidad de actuar en el ámbito público y privado dentro de los límites previstos por la ley. Con capacidad de contratar, de recibir donaciones, de reclamar ante la justicia, entre otros.

Otra manifestación normativa, razonable, de dicha preferencia es el financiamiento público. Claramente, si un ciudadano siente que tiene una vocación especial de participar en la cosa pública y decide postularse como candidato para ocupar un cargo público de representación, tendrá tres opciones válidas para hacerlo. Podrá formar un partido político, podrá afiliarse a un partido existente o podrá hacerlo en forma individual.

Si eligiera la primera opción, deberá cumplir una serie de requisitos que tienden a garantizar la seriedad de la propuesta, su respeto al sistema democrático y la correcta utilización de los fondos públicos que la Constitución le garantiza. Si optara por la segunda, podrá participar en las elecciones internas, formar parte de los órganos de gobierno y postularse como candidato, para lo cual se le garantiza el acceso permanente a la justicia a fin de garantizar un trato interno equitativo.

Ahora bien, si un ciudadano decidiera participar en forma independiente, actualmente la Constitución le reconoce su facultad de hacerlo, empero la legislación podrá brindarle o no financiamiento público, establecer requisitos de transparencia para la obtención de fondos y su utilización en las campañas, etc. En todos los casos, la legislación derivada debería plasmar en su texto de modo expreso o implícito la diferencia previamente apuntada, de manera que se mantenga la voluntad implícita del Constituyente, derivada de su expreso tratamiento diferenciado entre ambos sujetos.

IV. El caso de México y un análisis de las posibles regulaciones legales

Normalmente, cuando se intenta regular una nueva figura jurídica dentro del ordenamiento legal, se suele revisar la legislación comparada. En relación a las candidaturas independientes puede encontrarse una variada gama de opciones en Latinoamérica y en cada país donde se regula podrán observarse ciertos elementos comunes, como el respaldo de un número determinado de electores que apoye la inscripción de la candidatura, la presentación de planes de gobierno o plataforma política, la integración de garantías económicas llamadas pólizas de seriedad, la organización de un grupo de personas con responsabilidades concretas de representación o administración, entre otras.⁹

No obstante ello, las normas que regulan las candidaturas independientes responden a la necesidad que han visto diferentes estados de proteger

⁹ FERNÁNDEZ Segado, Francisco. "Candidaturas Independientes". En: NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. 2da Edición, México, CFE, 2007.

ciertos bienes jurídicos y criterios de igualdad tendientes a mantener una cierta equidad en la contienda. Podríamos pensar que los puntos regulados no son todos los que podría regular un estado y en cada uno de ellos, una aplicación coherente del sistema electoral en su conjunto, deberá orientar al legislador a seguir sentidos diferentes.¹⁰

Claramente la regulación comparada echa luz sobre diferentes cuestiones potencialmente conflictivas, pero no podríamos afirmar que se trata de regulaciones sustanciales en caso que un país decida adentrarse en la habilitación de las candidaturas independientes, sino sólo una guía de posibles regulaciones a tener en cuenta.

Un primer tema a considerar es que los legisladores deberán cuidar la igualdad en el proceso electoral, pero teniendo en cuenta lo mencionado *ut supra* –de los partidos entre sí y de los particulares que presenten sus candidaturas entre sí–.

¿Sería posible otorgar financiamiento a los partidos políticos y no hacerlo con los particulares? Creemos que la financiación pública de los partidos políticos y sólo de ellos no vulnera el principio de igualdad ni la equidad en la contienda.

El financiamiento tiene dos vertientes, una para el funcionamiento corriente del partido a fin de garantizar y sostener el cumplimiento de las funciones reconocidas y encomendadas por la Constitución, y la segunda relacionada con las campañas electorales, orientada a sufragar los gastos de publicidad –a excepción de aquella en radio y televisión–, producción de las publicidades, viáticos, fiscalización, impresión de boletas, etc.

Parece evidente que los candidatos independientes no deberían recibir el financiamiento relacionado con la primera vertiente, aunque podrían hacerlo respecto a la segunda. En caso que el legislador opte por financiar - las campañas electorales de los ciudadanos independientes, resulta

¹⁰ DE LA PEZA, J. L. "Candidaturas Independientes". NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. 2da Edición, México, CFE, 2007. pp. 613 a 626.

razonable establecer alguna cláusula de seriedad o caución que garantice el uso justificado del erario público ya que no parecería prudente que el Estado financie la aventura electoral de cualquier ciudadano desentendiéndose de la eventual representación real de las expectativas ciudadanas en la cabeza de dicho sujeto.

No obstante ello, creemos que el Estado podría optar por no financiar las campañas de los ciudadanos particulares, para lo cual se volvería irrazonable requerirle algún tipo de garantía, ya que la finalidad principal de ésta desaparecería.

¿La falta de financiamiento y garantía traería aparejados los peligros que algunos autores vaticinan? Creemos que no existe un argumento fáctico que sostenga las afirmaciones sobre el peligro que implica la falta de una cláusula de garantía y financiamiento, ya que por una parte todo ciudadano podrá apelar a aportes voluntarios de otros ciudadanos y esto en sí mismo resulta garantía suficiente. Por otra parte, suponer que la falta de garantía –recordamos que siempre sin financiamiento público–, traería aparejada la aventura electoral de miles de personas también desconoce el costo que implica un mínimo de actividad proselitista, desde el asesoramiento, el combustible, la telefonía para comunicarse, etc.

Algunos autores mencionan que, en caso de negar el financiamiento público a los particulares, sólo los más ricos podrían presentarse a elecciones. Esta afirmación parece razonable si no se la unifica con el resto de la regulación jurídica existente y/o posible. La obligación de crear una cuenta especial, llevar una contabilidad específica, topes de donación por persona y prohibición de recibir aportes de empresas son garantías suficientes para evitar una desigualdad derivada de la posición económica de quien se postula.

La realidad nos demuestra que a lo largo del mundo pueden realizarse campañas de recaudación de fondos y lograr atraer a los ciudadanos a apoyar económicamente hasta con pequeñas sumas de dinero por persona. Una acción recaudatoria de este tipo se vio en la primera campaña

presidencial de Barack Obama en Estados Unidos, arrojando un saldo millonario para las acciones de campaña del Partido Demócrata. En el actual estado de la comunicación y la informática, las herramientas de recaudación se encuentran al alcance de cualquier ciudadano con un poco de ingenio. Ésta es una realidad de la que no puede desentenderse el legislador al momento de regular las relaciones jurídicas derivadas de éste proceso.

¿Es indispensable requerir adhesiones o apoyo de un porcentaje del electorado para presentar la candidatura?

Del mismo modo que la cláusula de garantía o de seriedad se encuentra íntimamente relacionada con el financiamiento público, el requisito de adhesiones previas o presentación de firmas para la solicitud de inscripción como candidato está relacionado con la necesidad de evitar un eventual número exagerado de candidatos con bajo apoyo social, que redunde en confusión en el electorado y una eventual dispersión del voto. Esto, para algunos traería aparejada la posibilidad de asunción de candidatos con bajo apoyo social.

En primer lugar, es importante remarcar que se trata de una hipótesis nunca probada. Desde la perspectiva de la gobernabilidad no puede decirse que un candidato elegido con un bajo porcentaje de votos sea un gobierno débil o sin legitimidad –de ésto existen ejemplos de todo tipo-, por otra parte, tampoco existe una relación causal directa entre el bajo caudal de votos emitidos hacia una opción determinada y el número de candidatos presentados.

Si el caudal de votos de una opción electoral depende de la menor cantidad de candidatos, el apoyo social derivado de dicho caudal es ciertamente artificial, ya que el electorado ha votado por la opción menos desfavorable y no por aquella que más le convence. Claramente, en estos casos, "la regulaciones técnicas de las candidaturas, inciden en las preferencias electorales".¹¹ Podría decirse que el electorado podría evitar votar, hacerlo

¹¹ Op.cit. nota 9.

en blanco o anular el voto frente a opciones poco convincentes. Pero la realidad es que cuando una persona ha adquirido una conciencia social que lo lleva a cumplir su obligación cívica de votar, difícilmente lo haga de ese modo, sino que buscará la opción que más lo convenza o la menos mala y por ello es que el caudal electoral que se observe en determinados candidatos cuando las opciones son artificialmente limitadas puede resultar artificial.

Por otra parte, existen numerosos ejemplos de candidatos considerados ajenos a la política que han obtenido un impactante apoyo social. Imponer un requisito de adhesiones previas a la presentación de la candidatura puede llevar a aniquilar una opción electoral que probablemente hubiera sido muy beneficiosa para la comunidad y para la política en general. La mayor competencia, contrariamente a lo que mencionamos anteriormente, siempre llevará a todos los actores a realizar mayores esfuerzos por persuadir a los electores sobre las bondades de sus planes y propuestas.¹²

Desde otro punto de vista y, teniendo en cuenta la regulación sobre el plazo de inicio de las "campañas electorales", parecería poco razonable prohibir actos de campaña antes de inscribir las candidaturas y requerir a quien quiere ser candidato que convenza un número determinado de ciudadanos para que apoyen su candidatura. Parecería, cuanto menos, artificial, demasiado académico y alejado de la realidad, suponer que un llamado a la comunidad por el medio que sea (Internet, correo, puerta a puerta, etc) no implicaría un acto de campaña ya que desde el punto de vista de la comunicación, no existe una diferencia real entre comunicar su voluntad de ser candidato y solicitar su apoyo para eso, por un lado, y solicitar expresamente el voto en un período posterior, por el otro.

En definitiva, no creemos que existan razones suficientes, y que respondan a la realidad electoral, que indiquen la necesidad de requerir un número determinado de adhesiones para la solicitud de una candidatura independiente.¹³ De todos modos, en caso que se resuelva hacerlo, deberá

¹² Op. Cit. Nota 1.

¹³ Op. Cit. Nota 10.

tenerse en cuenta la posibilidad que los particulares puedan comunicar su intención de ser candidatos a fin de requerir dicho apoyo.

¿Debería regularse la comunicación a través de medios masivos?

Desde nuestro punto de vista, no existe una obligación derivada de la Constitución para otorgar espacios gratuitos en radio y televisión a los particulares que inscriban sus candidaturas. Como ya hemos dicho, parece existir una diferencia de trato derivada de una preferencia hacia la presentación de candidaturas a través de partidos políticos. El ciudadano que considere indispensable publicitar su candidatura por esos medios, podrá incorporarse a un partido político, solicitar allí su postulación, etc. Si no lo hiciera, aún cuenta con opciones que permiten suponer que su exclusión de dichos medios no deviene en una limitación repugnante al principio de igualdad y equidad en la contienda.

Creemos que toda la regulación y el análisis normativo debe tener en cuenta las circunstancias históricas y sociales. Actualmente, si bien la televisión y la radio mantienen una fuerte influencia en la comunicación social, existen diferentes formas de comunicación con una adecuada capacidad de acercamiento al electorado. Luego de la última elección presidencial del proceso electoral 2011-2012 no caben dudas que las redes sociales y los nuevos medios de comunicación informáticos pueden generar igual impacto social que los medios tradicionales de comunicación. No sería osado decir que cualquier ciudadano con algo de inventiva puede producir y comunicar una buena campaña electoral a bajo costo y gran impacto, sin necesidad de recurrir a la propaganda en radio y televisión. Claramente, el movimiento #yosoy132 ha sido una muestra concreta de lo que aquí se afirma.

El texto constitucional parece suficientemente claro en cuanto a la diferencia existente entre los partidos políticos y los particulares. Mientras ambos pueden presentar candidaturas, sólo a los partidos políticos se les reconoce el derecho "al uso permanente de los medios de comunicación social" en el artículo 41, inciso III y, en el Apartado A del mismo se detalla

minuciosamente el modo en que será distribuido el tiempo durante las campañas electorales.

Este reconocimiento expreso no excluye a los particulares, no obstante lo cual la legislación podría no contemplar el acceso de éstos a radio y televisión, sin violentar de este modo el principio de igualdad.¹⁴ Por otra parte, la minuciosa regulación sobre el modo de distribución del tiempo de aire podría traer algunas dificultades en los hechos.

Por último, es importante remarcar que los particulares no podrán contratar bajo ninguna circunstancia "propaganda en radio o televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de los partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular" (Artículo 41, III, apartado A, *in fine*). Por tanto, en caso que la legislación secundaria nada diga respecto a la utilización de estos medios de comunicación, los particulares deberán conformarse con la utilización de otro tipo de comunicación.

V. Conclusiones

Desde el año 2012, no quedan dudas respecto al derecho de los particulares de presentar listas de candidatos para participar en elecciones populares, en las condiciones establecidas por la ley. Luego de la última reforma constitucional, el legislador deberá adoptar las medidas para hacerlo posible, del mismo modo que los estados deberán adecuar sus constituciones y leyes a fin de receptor la misma premisa.

No obstante ello, del mismo texto constitucional pueden observarse ciertas diferencias entre los partidos políticos y los particulares, respecto a la inscripción de candidatos y la realización de campañas electorales.

Dichas diferencias, no sólo suponen una razonabilidad de las normas infraconstitucionales que regulen el instituto marcando diferentes requisitos en ambos casos y privando a unos de los que a otros otorga, sino que

¹⁴ Op. Cit. Nota 10.

parecería indicar una cierta obligación de regular en este sentido, de manera que la legislación derivada mantenga incólume el espíritu de la Constitución.

En palabras de José Luis de la Peza, podemos decir que "el verdadero problema de la dogmática constitucional actual es reconstruir las condiciones para la consolidación de las instituciones estatales con independencia de los partidos, de los grupos de poder y de los movimientos informales y espontáneos. Como resulta obvio, en esta labor es indispensable que la *praxis* sea capaz de entablar un diálogo con los principios rectores del modelo democrático, teniendo presente que la contribución de cada uno de los países al sistema general no debe buscarse exclusivamente en los datos estadísticos, sino más bien en su capacidad para adecuar los aspectos estructurales y dogmáticos a la dinámica de la institución, ofreciendo de esta forma soluciones más acordes con la problemática planteada".¹⁵

VI. Fuentes de consulta

ABRAMSON et al. (2008) "*Third-Party and Independent Candidates in American Politics: Wallace, Anderson, and Perot*". Political Science Quarterly, Vol. 110, (No. 3), Autumn, 1995.

ARAGÓN, Manuel. "*Candidaturas Independientes*". En: NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. 2da Edición, México, CFE, 2007.

BRANCATI, Dawn (2008) "*Winning Alone: The Electoral Fate of Independent Candidates Worldwide* Author". The Journal of Politics, Vol. 70, (3), julio., 2008.

DE LA PEZA, J. L. "*Candidaturas Independientes*". En: NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. 2da Edición, México, CFE, 2007.

FERNÁNDEZ Segado, Francisco. "*Candidaturas Independientes*". En: NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. 2da Edición, México, CFE, 2007.

¹⁵ Op. Cit. nota 10.

HERNÁNDEZ Olmos, Mariana. "*La importancia de las candidaturas independientes*". México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

NOHLEN, Dieter, et al. (comps.) "*Tratado de derecho electoral comparado de América Latina I*" comps. NOHLEN Dieter, ZOVATTO Daniel, OROZCO Jesús, THOMPSON José. — 2ª ed. México : FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.

Jurisprudencia

Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos

53/2009 de rubro: CANDIDATURAS INDEPENDIENTES, CIUDADANAS O NO PARTIDARIAS. EL ARTÍCULO 218, PÁRRAFO 1, DEL SUP-JDC-494/2012 CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES ES CONSTITUCIONAL

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la sentencia identificada como SUP-JDC-0494/2012

Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis 2a./J. 42/2010, de carátula: **IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA**

CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR LOS JUECES EN MATERIA ELECTORAL

*Raúl Montoya Zamora**

SUMARIO:

I. Características del control de constitucionalidad y convencionalidad por los jueces en materia electoral; II. Fuentes de la investigación.

* Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Durango; Doctor en Derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango; Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España; Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango, y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT.

Recibido: 11 de septiembre de 2012
Aceptado: 21 de septiembre de 2012

Resumen:

El presente artículo tiene como finalidad señalar las características del control de constitucionalidad y convencionalidad realizado por los jueces en materia electoral, tales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, órganos del Instituto Federal Electoral, Tribunales y Salas Electorales de las entidades federativas, y órganos administrativos electorales de los Estados.

Palabras clave: control de convencionalidad, control de constitucionalidad, jueces en materia electoral.

Abstract:

This article aims, identify the characteristics of constitutionality and conventionality control by judges in electoral matters, such as the Supreme Court's Office, the Electoral Tribunal of Judicial Power of the Federation, organs of the Federal Electoral Institute electoral, courts and Boards of the states, and election administration bodies of the States.

Key words: control of conventionality, control of constitutional, judges on electoral matters.

I. Características del control de constitucionalidad y convencionalidad por los jueces en materia electoral

Antes de entrar en detalles respecto de las características del control de constitucionalidad y convencionalidad en materia electoral, es pertinente recordar que todos los jueces y órganos encargados de la impartición de justicia, o sea, los que realicen funciones materialmente jurisdiccionales, se encuentran facultados para ejercitar el denominado ‘control difuso’.

De igual manera, antes de entrar al tema que concierne a este apartado, creemos que resulta ilustrativo citar un ejercicio practicado por la Suprema Corte, al cumplir con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CORTIDH), en el caso Radilla, respecto de las vertientes que configuran el nuevo paradigma del control constitucional-convencional, para posterior a ello, precisar las características de este paradigma respecto de la materia electoral.

Fundamentalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoció la existencia de dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en México, que son acordes con un modelo de control de convencionalidad.

En primer orden, el control concentrado a cargo de los órganos del Poder Judicial de la Federación, con mecanismos directos de control como:

- Acciones de inconstitucionalidad;
- Controversias constitucionales, y
- Amparo directo e indirecto (le faltó referir los medios de impugnación en materia electoral de competencia del Tribunal Electoral, tales como el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano y el Juicio de Revisión de Constitucionalidad; aunque es comprensible la postura, dado que la constitucionalidad de la norma se plantea de forma incidental, por quien es parte en el proceso).

En segundo término, el control difuso, que le compete al resto de los jueces del país, en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.¹

Bajo esa perspectiva, la Corte elaboró un cuadro que refiere el estado de cosas actual resultante del nuevo paradigma, en el que contempla, el tipo de control, órganos y medios de control, fundamento constitucional, posible resultado y forma². Cuadro que se detalla a continuación.

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible Resultado	Forma
Concentrado:	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo):		Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes	Directa
	a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	No hay declaratoria de inconstitucionalidad	

¹ Considerando séptimo de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente varios 912/2010, Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%C3%B3n%20Radilla%20DOF.pdf> [consultada el 27 de enero de 2012]

² *Ídem.*

<p>Control por determinación constitucional específica</p>	<p>a) Tribunal Electoral en de Juicio de Revisión Constitucional Electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos.</p> <p>b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.</p>	<p>Art. 41, fracción VI, 99</p>	<p>No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación.</p>	<p>Directa e incidental.</p>
<p>Difuso</p>	<p>Resto de los tribunales:</p> <p>a) Federales: Juzgados de Distrito, Tribunales Unitarios de Proceso Federal, y Tribunales Administrativos</p> <p>b) Locales: Judiciales, administrativos y electorales</p>	<p>1º, 133, 104 y en derechos humanos en tratados.</p> <p>1º, 133, 116 y derechos humanos en tratados.</p>	<p>No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación.</p>	<p>Incidental.</p>

Interpretación más favorable	Todas las autoridades del Estado mexicano	1º y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.
------------------------------	---	-----------------------------------	---	------------------------------

Pues bien, del cuadro que antecede, todo parece indicar que a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se le escapó señalar que en materia electoral, también le compete el control de constitucionalidad-convencionalidad difuso, a los órganos del Instituto Federal Electoral, y algunos órganos de las autoridades administrativas electorales de las entidades federativas, que tienen funciones materialmente jurisdiccionales.

Empero, eso no es obstáculo para concluir, que dentro del nuevo paradigma del control de constitucionalidad-convencionalidad en materia electoral, también quedan comprendidas las mencionadas autoridades, dado que conforme lo expuesto, y atendiendo a los diversos precedentes dictados por la CORTIDH todos los jueces y órganos encargados de la impartición de justicia, esto es, los que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, tienen el deber de velar por el respeto irrestricto de los derechos humanos consagrados en la Constitución, y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos signados por el Estado mexicano, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

Lo anterior significa que, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, las citadas autoridades electorales, tienen que preferir los derechos humanos, por encima de cualquier norma que los vulnere o restrinja, ejerciendo de esa forma, lo que hemos venido llamando ‘control constitucional-convencional’, en caso de que la norma

que vayan aplicar en la resolución de un caso concreto, resulte incompatible con los derechos humanos.

Precisado lo anterior, procedemos a definir las características del control de convencionalidad en materia electoral.

En primer término, tenemos el control constitucional y convencional a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer de las acciones de inconstitucionalidad que se promuevan en contra de leyes electorales, conforme a lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se insiste que el control de constitucionalidad y de convencionalidad que ejerzan los jueces federales, tiene que ser dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, por lo que las características del control por parte de la Corte, se encuentra estrechamente relacionadas con el medio de impugnación denominado «acciones de inconstitucionalidad».

Conforme al artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, consisten en la impugnación en abstracto de una ley electoral, es decir, no se da con motivo de un acto concreto de aplicación de la norma.

En tal medio de impugnación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (autoridad competente para conocer y resolver), puede pronunciarse sobre la invalidez de la norma, siempre y cuando el proyecto de sentencia sea aprobado por una mayoría de 8 votos; sin que exista posibilidad de dar efectos retroactivos a dicha declaratoria de inconstitucionalidad, por lo que sus efectos, son para el futuro.

Ahora bien, en cuanto al control de constitucionalidad y convencionalidad, la Corte, al conocer y resolver de las acciones de inconstitucionalidad, tiene que considerar como parámetro para evaluar la constitucionalidad

de la norma, no sólo a la Constitución, sino a todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, incluyendo, la interpretación que respecto de algunos de esos tratados realice la CORTIDH.

Desde luego que, antes de emitir cualquier declaratoria de invalidez de la norma, tiene que realizar un ejercicio de interpretación conforme al parámetro de constitucionalidad-convencionalidad, para señalar en su caso, cuál significado de la norma controvertida resulta conforme con el parámetro citado. Y sólo en el caso de que no exista interpretación posible, que sea de acuerdo al bloque, se tendría que pronunciar sobre la invalidez de la norma.

Otra característica, según se señaló, es que dicho control se tiene que realizar *ex officio*, lo que implica que, lo aleguen o no los impugnantes, si la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte que la norma controvertida es contraria al bloque de constitucionalidad-convencionalidad, se tiene que pronunciar al respecto, y si la sentencia es aprobada por la mayoría de 8 votos requerida, se procede a decretar la invalidez.

Por cuanto a los efectos de la declaratoria correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, de la Carta Magna, se tiene que es *pro futuro*, por lo que en principio, no se puede pensar en que tenga efectos retroactivos, máxime, que se trata de una acción que no se da con motivo de un acto concreto de aplicación, y ello evidencia la inexistencia de un agravio personal y directo.

Empero, no debemos descartar posibles escenarios donde con la vigencia de la norma impugnada, se causaron una serie de violaciones a los derechos humanos, resultantes de su aplicación. Por lo que se tiene que reflexionar por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la posibilidad de dar efectos retroactivos a las declaratorias de inconstitucionalidad con efectos generales que emita.

Por cuanto hace al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tenemos que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 de la norma fundamental, las salas de ese órgano jurisdiccional, están facultadas para inaplicar una norma electoral cuando sea contraria a la Constitución, debiendo informar la Sala Superior a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En principio, tal atribución tiene que ser ejercida de acuerdo al parámetro no sólo constitucional, sino también convencional, considerando igualmente, todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, más la interpretación de la CORTIDH, que haga respecto de algunos de esos tratados.

De igual forma a lo que se consideró respecto de la Corte en el ejercicio de tal atribución y previo a inaplicar la norma, las Salas del Tribunal Electoral, tienen que realizar un ejercicio de interpretación conforme, para señalar, en su caso, bajo cuál interpretación se considera que la norma es en concordancia al bloque de constitucionalidad-convencionalidad, buscando en todo tiempo, aquella interpretación que conceda la protección más amplia a las personas, de acuerdo con el artículo 1º constitucional.

Recordamos que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, no tiene facultades para hacer una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales, empero, por virtud de la obligatoriedad de la jurisprudencia que emite, que resulta prácticamente obligatoria para todas las autoridades electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales, ya sean federales o locales, se tiene que al emitirse jurisprudencia, se desencadenan efectos *erga omnes*, respecto de la norma estimada inconstitucional.

Sin embargo, como se pondrá de manifiesto, es necesario que una norma considerada inconstitucional, se expulse inmediatamente del sistema jurídico, sin necesidad de esperar a que se genere jurisprudencia al respecto, ya que mientras se emite la misma, la norma se seguirá aplicando

a sus destinatarios, violentando con ello sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Otra de las características del control difuso a cargo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es que también tiene que ejercerse *ex officio*, lo invoquen o no las partes, al conocer de las controversias que son sometidas a su imperio, dado que si aplica una norma contraria al parámetro de constitucionalidad-convencionalidad, se estarían vulnerando los derechos humanos de alguna de las partes, y con ello, también se ocasionaría una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por parte del Estado mexicano.

Se insiste, tiene que ejercerse *ex officio*, lo aduzcan o no las partes, por lo que no resulta indispensable atender el requisito previsto en el artículo 9, párrafo 1, inciso e), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que refiere que cuando se solicite la inaplicación de una norma por considerarla contraria a la Constitución, se tienen que exponer las razones por las que se estime de esa manera.

De tal suerte, asumo que todos los jueces (también los encargados de la materia electoral) deben ejercer el control constitucional-convencional de una forma oficiosa, ya que de acuerdo al principio *iura novit curia*, el juez conoce o debe de conocer más que nadie el derecho y la jurisprudencia aplicable, lo que implica que al momento de aplicar una norma a un caso concreto, debe de cuestionarse si la misma es conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Así, el juez se inscribiría dentro del paradigma del Estado constitucional Democrático de Derecho, donde en cierto sentido, se convierte en juez del legislador.

El juez ya no será más un autómatas que sólo aplica la norma vigente, sin realizar un juicio de constitucionalidad-convencionalidad.

Dicho criterio, está sustentado además en lo considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almoacid Arellano vs Chile*³, donde establece la doctrina del control difuso de convencionalidad, bajo los siguientes aspectos, a saber:

- a) Procede de oficio, sin necesidad de que las partes lo soliciten, y
- b) Debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias, y de las regulaciones procesales atinentes, considerando los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia.⁴

Lo anterior implica que el control de convencionalidad debe hacerse *ex officio* por cualquier juez, tribunal u órgano que realice funciones materialmente jurisdiccionales, pero siempre dentro de los límites que marquen sus respectivas competencias; tarea que no sólo comprende el hecho de inaplicar una norma nacional cuando vaya en contra del bloque de convencionalidad⁵ o de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, sino también, en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación conforme con los derechos humanos.

En consecuencia, dado que el control de convencionalidad, implica el de constitucionalidad, con mayor razón debe ejercerse de oficio esta último por parte de todos los jueces especializados en la materia electoral.

³ Párrafos del 123 al 125 de la sentencia, Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfmhttp://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), [consultada el 27 de Enero de 2012].

⁴ Este criterio también se encuentra en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, número 158, párrafo 128, Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfmhttp://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), [consultada el 27 de enero de 2012].

⁵ Se denomina 'bloque de convencionalidad': al Pacto de San José o Convención Americana de los Derechos Humanos, los protocolos adicionales a la misma, otros instrumentos internacionales que han sido incorporados a la convención, y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la interpreta. Para tales efectos, se entiende por 'jurisprudencia', la interpretación que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Convención Americana, sus protocolos adicionales, y otros instrumentos internacionales que han sido incorporados al *corpus iuris* interamericano; con independencia de que la interpretación la realice al resolver algún caso contencioso, o al emitir alguna otra resolución dentro de su competencia, tales como: medidas provisionales, supervisión de cumplimiento de sentencias, opiniones consultiva.

Incluso, tal postura tiene sustento en la Jurisprudencia 32/2009,⁶ emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en donde se refiere que el recurso de reconsideración procede, si en su sentencia, la Sala Regional inaplica, expresa o **implícitamente**, una ley electoral por considerarla inconstitucional.

Ello implica, que en los casos donde la Sala Regional correspondiente hubiese determinado la inaplicación implícita de una norma electoral, es porque ejerció dicha facultad *ex officio*, es decir, sin que haya mediado solicitud por alguna de las partes en la controversia. Ya que de lo contrario, dicha inaplicación se hubiese efectuado expresamente.

En efecto, la Sala Regional Toluca, no realizó ningún pronunciamiento expreso sobre la inconstitucionalidad de alguna ley electoral, al resolver el Juicio de Revisión Constitucional ST-JRC-9/2009, por la razón de que no le fue planteado por ninguna de las partes; empero en el recurso de reconsideración identificado con la clave, SUP-REC-16/2009, la Sala Superior determinó que la Sala Toluca, implícitamente (aunque la Sala Superior dijo que fue expresa) desaplicó el artículo 27 de la Ley del Municipio Libre del Estado de Colima.⁷

En consecuencia, se reitera que el control de constitucionalidad-convencionalidad, por parte de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tiene que realizarse *ex officio*, lo soliciten o no las partes.

Otra cuestión inherente al control difuso por parte de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, son los efectos del control

⁶ Sala Superior, tesis de jurisprudencia 32/2009. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE SI EN LA SENTENCIA LA SALA REGIONAL INAPLICA, EXPRESA O IMPLÍCITAMENTE, UNA LEY ELECTORAL POR CONSIDERARLA INCONSTITUCIONAL., Disponible en www.trife.org.mx, [consultada el 27 de enero de 2012].

⁷ Sentencia de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio de revisión constitucional electoral, identificado con la clave ST-JRC-9/2009 y Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración identificado con la clave SUP-REC-16/2009, Disponible en www.trife.org.mx [consultada el 27 de enero de 2012].

de la constitucionalidad, es decir, si la eventual declaratoria de inconstitucionalidad-inconvencionalidad debe de hacerse con efectos retroactivos (*ex tunc*) o si debe de hacerse *pro futuro* (*ex nunc*), a partir de que así sea resuelto.

Al respecto, considero que los efectos de la sentencia deben ser retroactivos cuando sean necesarios para lograr la plena efectividad del derecho o libertad. Lo anterior, porque las violaciones que se realicen a los derechos humanos, deben tener un efecto reparador, y en consecuencia, debe de tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr tal objetivo.

Ahora bien, por cuanto hace al control de constitucional-convencional, cuya competencia corresponde a los demás jueces en materia electoral, entendidos bajo dicho concepto, a todos los tribunales u órganos encargados de impartir justicia, que realicen funciones materialmente jurisdiccionales (este rubro comprende Tribunales y Salas Electorales de la República Mexicana, órganos del Instituto Federal Electoral, y organismos electorales de los Estados que realicen funciones materialmente jurisdiccionales); consideramos que fundamentalmente, debe ser ejercido de acuerdo a las características señaladas para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Nos explicamos.

En primer lugar, lo deben de ejercer bajo el parámetro de constitucionalidad-convencionalidad, conformado:

- a) Por todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y la interpretación que respecto de los mismos realice el Poder Judicial de la Federación;
- b) Por todos los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, y
- c) Por la interpretación que respecto de algunos de esos tratados, realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de si el Estado mexicano, formó o no parte de la controversia o consulta que haya originado la interpretación; siempre y cuando, esa interpretación procure la protección más amplia a la persona.

Asimismo, al ejercer tal facultad, lo deben de hacer con motivo del caso concreto que estén resolviendo. Por lo que en primer lugar, antes de inaplicar una norma, partiendo de la presunción de constitucionalidad-convencionalidad de la misma, deben de hacer una interpretación conforme, tratando de armonizarla con el bloque de constitucionalidad-convencionalidad, buscando aquella interpretación, que privilegie la más amplia protección a la persona.

Si a pesar del intento anterior de armonización, no fuera posible salvar la norma, lo conducente es que la inapliquen para el caso concreto.

Asimismo, estimamos que se debe de dar efectos retroactivos a la declaratoria de inaplicación, cuando sea necesario para reparar la violación al derecho humano conculcado, por lo que el caso concreto, es el que determinará en qué casos se le da efectos retroactivos a la inaplicación del precepto.

Visto el panorama anterior, queda claro que las autoridades electorales que realicen funciones materialmente jurisdiccionales, en el ejercicio de sus labores, tienen que realizar el control constitucional-convencional difuso de acuerdo a las características apuntadas.

Pero ¿qué es lo que deben hacer las autoridades electorales en los casos que no realicen funciones materialmente jurisdiccionales? ¿Se encuentran exentas de proteger, promover y garantizar los derechos humanos? Incuestionablemente, la respuesta a la segunda pregunta, es un rotundo NO.

Lo anterior, porque de conformidad con el artículo 1º constitucional, todas las autoridades -desde luego también las electorales-, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de respetar, promover, y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en que México sea parte, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad,

favoreciendo en todo tiempo la interpretación más amplia en amparo de las personas.

Ello implica que, a pesar de que no cuentan con atribuciones para inaplicar una norma por considerarla contraria al parámetro de constitucionalidad-convencionalidad, dichas autoridades electorales, también se encuentran vinculadas al mandato constitucional de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, realizando una interpretación conforme al parámetro señalado, armonizadora de la norma que vayan a utilizar al emitir un acto, y que sea una interpretación que procure la protección más amplia a favor de las personas.

El ejercicio de la nueva atribución, no es una tarea fácil para los operadores jurídicos, lo que implica un reto que tendrán que asumir de una manera responsable.

II. Fuentes de la investigación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tesis de jurisprudencia 32/2009. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE SI EN LA SENTENCIA LA SALA REGIONAL INAPLICA, EXPRESA O IMPLÍCITAMENTE, UNA LEY ELECTORAL POR CONSIDERARLA INCONSTITUCIONAL. Disponible en www.trife.org.mx, [consultada el 27 de enero de 2012].

Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente varios 912/2010, Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Resoluci%C3%B3n%20Radilla%20DOF.pdf> [consultada el 27 de enero de 2012]

Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almoacid Arellano vs Chile*, Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm><http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, [consultada el 27 de Enero de 2012]

Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, número 158, párrafo 128, Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm><http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, [consultada el 27 de enero de 2012].

Sentencia de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio de revisión constitucional electoral, identificado con la clave *ST-JRC-9/2009*, Disponible en www.trife.org.mx [consultada el 27 de enero de 2012].

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al recurso de reconsideración identificado con la clave *SUP-REC-16/2009*, Disponible en www.trife.org.mx [consultada el 27 de enero de 2012].

*EL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET
COMO NUEVO DERECHO
FUNDAMENTAL EN LA SOCIEDAD DE LA
INFORMACIÓN. PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y
EUROPEA.**

*Mario Hernández Ramos***

SUMARIO:

Planteamiento de la cuestión; 1) El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: delimitación conceptual; a) Su diferenciación respecto al derecho a la intimidad; b) El contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal: contenido, facultades y límites; c) El ejercicio de las facultades derivadas de este contenido esencial: el poder de disposición de datos personales y el origen del derecho al olvido en internet. Los derechos de oposición y cancelación; 2) El derecho al olvido en internet como parte del contenido esencial del derecho a protección de datos personales; a) La cuestión prejudicial sobre Google y el derecho de cancelación y oposición de datos personales; b) El concepto del derecho al olvido en internet y la ponderación de derechos. A modo de conclusión; 3. Fuentes de consulta.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco de los proyectos de investigación "Estatuto de los Jueces e Independencia Judicial" DER2011-29207-C02-01 y "La protección de los derechos en Latinoamérica: los casos de Brasil, Bolivia y Chile", DER2009-11776

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la misma Universidad. Profesor ayudante Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, España.

Recibido: 17 de febrero de 2013

Aceptado: 22 de febrero de 2013

Resumen:

El internet hoy en día se ha convertido en una herramienta indispensable en la sociedad, pues coloca al alcance de las personas información y conocimiento a nivel mundial. Actualmente en esta era digital la información personal se almacena masivamente y es fácil tener acceso a la misma.

Con todos estos avances surgen a la par diversas necesidades y derechos como el de protección de datos y el derecho a la intimidad, refiriéndose el primero a la garantía que tienen los ciudadanos de poder disponer sobre sus datos personales; y el segundo a poder excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno.

A raíz de la aparición de ambos derechos el Estado debe de procurar los medios apropiados para el respeto a dichos intereses de respeto, con la prudente determinación de no hacer retroceder este gran avance de la tecnología.

Palabras clave: internet, derecho al olvido, derecho a la intimidad, datos personales, protección de datos.

Abstract:

The Right to Forget in internet as new fundamental right in the information society. Spaniard and European Constitutional Perspective. Nowadays the internet has become a new essential tool for the society, it is so that brings information and knowledge in a global level. Currently in this digital age the personal information is stored massively and easy to access.

Diverse needs and rights parallel emerge as data protection, intimacy rights meaning be able to access to personal data and exclude certain alien data respectively.

In the wake of both rights, the State must seek appropriate means of respect concerning these respect interests, with prudent determination and not back up this great technologic progress.

Key words: internet, Right to forget, Intimacy right, personal data, data protection.

Planteamiento de la cuestión

La transmisión de conocimientos o información tanto de una persona a otra como de una generación a la siguiente, ha sido una de los mayores retos y una las mayores pretensiones perseguidas por el ser humano desde sus orígenes. La tenencia de información y conocimiento siempre ha significado poder y bienestar. La imprenta, la revolución tecnológica del siglo XX con la radio, la televisión y la telefonía, y sobre todo internet en los últimos años, han puesto a disposición de las personas la posibilidad de acceder en tiempo real a información y conocimiento a nivel mundial. Hoy en día es posible obtener información en cualquier momento, con independencia de la fecha en la que se haya generado o publicado el dato y es posible obtenerla desde cualquier lugar, con independencia de la mayor o menor lejanía geográfica. Internet ha supuesto una herramienta esencial para el ciudadano, que ha podido emanciparse de versiones oficiales, capciosas y tendenciosas de interesados medios de comunicación, formar sus propias opiniones y demandas, y poder perseguirlas. Esta información y conocimiento contribuyen de manera esencial a la transparencia en la vida pública, para mejorar la calidad democrática de países con modelos democráticos ya asentados; pero también ha jugado un papel determinante en aquellos movimientos sociales que demandan zafarse de dictaduras y opresiones de muy diverso género en todo el mundo. Un ejemplo paradigmático lo constituyen las revoluciones en países árabes bautizadas como "la primavera árabe", y para cuyo inicio y triunfo fue imprescindible el acceso a la información libre que facilita internet.

A lo largo de la historia de la humanidad guardar la información y transmitirla siempre ha sido caro y, por tanto, algo limitado. Pero en la era digital esa relación se ha invertido: grabar, guardar, almacenar información es muy barato y, por contra, borrar información exige dedicación, tiempo y dinero. Hoy, la información personal se almacena masivamente y es fácilmente accesible para cualquiera con sólo tener una terminal de acceso a internet. Datos o informaciones recientes o lejanas, procedentes de las fuentes más diversas, están al alcance de cualquiera y para cualquier finalidad. Por ello, junto a la muy positiva contribución al

disfrute y efectividad de los derechos fundamentales por parte de la sociedad que ha supuesto internet, ha de tenerse en cuenta que también supone una herramienta muy potente para la vulneración de otros derechos fundamentales. El acto de presencia de internet en las sociedades actuales supone abrir las puertas, sin barreras ni temporales ni geográficas a una cantidad de información, conocimientos y opiniones inabarcable. En esta avalancha diaria de información los buscadores, una herramienta que nos facilita la localización de aquellos contenidos o información en la que estemos interesados, han cobrado un protagonismo indiscutible. Sin embargo, al mismo tiempo, su potencial resulta cada vez más problemático, ya que permiten localizar instantáneamente, salvando cualquier barrera de tiempo y espacio, información de todo tipo relativa a una persona. Las capacidades de recuperación y agregación de estos motores de búsqueda pueden ocasionar, y lo están haciendo de hecho a nivel mundial, considerables perjuicios a los individuos, tanto en su vida personal como en sus relaciones sociales.¹

Este es el escenario en el que se van a desarrollar las siguientes páginas, centrándonos principalmente en la posición de fragilidad en la que los individuos se encuentran frente a internet y estos buscadores. En este sentido empieza a cobrar cada vez más importancia el derecho fundamental a la protección de datos.²

En España este aumento se evidencia en el número creciente de demandas de protección de datos personales solicitadas a la Agencia Española de

¹ A nivel europeo se ha constatado con diversos estudios una percepción generalizada de la opinión pública de que existen riesgos significativos, especialmente por lo que se refiere a la actividad en línea. Véase el interesante Eurobarómetro especial (EB) 359, *Data Protection and Electronic Identity in the EU* (Protección de datos e identidad electrónica en la UE, 2011). Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf; así como el *Comparative study on different approaches to new privacy challenges, in particular in the light of technological developments, enero de 2010*. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new_privacy_challenges/final_report_en.pdf

² Art. 18.4 Constitución Española (CE), art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y art. 10 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También está regulado por los arts. 5, 6, 8 y 9 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y, por último, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la libre circulación de estos datos, y muy en especial su art. 13.

Protección de Datos (en adelante AEPD).³ Como consecuencia de esta concienciación por parte de la sociedad de la protección de sus derechos fundamentales en la red, se empieza a demandar ampliar el contenido de ese derecho fundamental de la protección de datos con el llamado "derecho al olvido".

Este derecho al olvido se demanda frente a páginas web concretas e identificadas, pero también frente a buscadores. La reacción de páginas web y buscadores no ha sido la misma, y mientras las primeras suelen acatar las decisiones de la AEPD a raíz de demandas de cancelación y oposición al tratamiento de los datos, en virtud de lo establecido en Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD) y su Reglamento de Desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (en adelante RLOPD), los buscadores, concretamente Google, se ha opuesto a acatar estas decisiones y ha acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa, alegando que deben ser las páginas que incluyeron la información las que deberían satisfacer las demandas de cancelación y oposición de los titulares, además de proteger derechos fundamentales como la libertad de expresión e información. Es tal el punto de indeterminación en este tema debido a la

³ Según datos de la memoria del 2011 de la Agencia Española de Protección de Datos, las consultas al servicio de atención al ciudadano no sólo consolidan la tendencia de crecimiento de años anteriores, sino que se han ampliado en un porcentaje significativo que se aproxima al 30% (28,4%), alcanzando la cifra de 134.635. Asimismo, se han incrementado los accesos a la página web de la Agencia que se aproximan a los 3 millones (2.892.516), con un promedio diario cercano a los 8.000 accesos (7.923). La forma de consulta sobre la normativa de la protección de datos a la Agencia más utilizada ha sido el canal telefónico, con 113.579 consultas. También se realizan consultas por escrito (17.715) y de manera presencial, aunque disminuye respecto al año anterior (3.341 consultas frente a 4.093). El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO) se mantiene como principal objeto de consulta por los ciudadanos en un porcentaje próximo al 30% (28,81%). Más de la mitad de estas cuestiones (50,35%) están relacionadas con el ejercicio del derecho de cancelación, lo que resulta indicativo del rechazo que a los ciudadanos les suscita que se utilice indebidamente su información personal. Este indicador se ve reforzado con el amplio porcentaje de quienes consultan acerca del modo de ejercer el derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales, que asciende al 27,85% de las que versan sobre el ejercicio de derechos. Estas últimas consultas adquieren especial relevancia si se tiene en cuenta que el ejercicio del derecho de oposición constituye una de las principales vías para hacer frente al fenómeno de la indexación de datos publicados en medios de comunicación y en diarios y boletines oficiales por parte de los buscadores en internet, posibilitando el acceso universal y permanente a la información disponible en internet. En definitiva, algo más del 80% de las consultas sobre el ejercicio de derechos están relacionadas con la decisión de los ciudadanos de evitar el tratamiento de sus datos personales. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/memorias/memoria_2011/common/Memoria_2011.pdf

antigüedad de la Directiva que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que resuelva estas cuestiones.

Las siguientes páginas tratan de ilustrar un poco mejor esta discusión, adoptando un enfoque constitucional. Por ello, se estudiará en primer lugar el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales con el objetivo de determinar si el pretendido derecho al olvido en internet forma parte de este contenido esencial, con las consecuencias que ello conllevaría. En segundo lugar, se abordará un estudio introductorio del significado del derecho al olvido y la problemática suscitada entre Google y la AEPD.

1) El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: delimitación conceptual

Como ha señalado de manera constante el Tribunal Constitucional (en adelante TC) el precepto del art. 18.4 CE "contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor del pleno disfrute de los restantes de los ciudadanos". Al mismo tiempo, este precepto es "además, en sí mismo, un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona proveniente de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática".⁴

Por tanto, el art. 18.4 CE consagra, por un lado, un derecho fundamental al ciudadano y por otro un mandato al legislador.

a) Su diferenciación respecto al derecho a la intimidad

Hoy en día la informática e internet están presentes en todos los ámbitos de las relaciones sociales. En especial, es de destacar la proliferación de

⁴ Afirmación realizada por primera vez en la STC 254/1994, de 9 de mayo, FJ 6, y reiterada en las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre FJ 5; 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7; 202/1999, de 8 de noviembre; FJ 2; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6; 11/1998, FJ 4; 143/1994, FJ 7.)

instrumentos de recopilación de información hasta el punto de que una persona pueda ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero de entidades públicas o privadas sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad. Es necesario, por tanto, estar atentos al uso desviado que se puede efectuar de esta información y a la eventual invasión de la esfera privada de los ciudadanos afectados. En palabras del Tribunal Constitucional, "es un hecho también admitido en la jurisprudencia de este Tribunal que el incremento de medios técnicos de tratamiento de la información hace precisa la ampliación del ámbito de juego del derecho a la intimidad, que alcanza a restringir las intromisiones en la vida privada puestas en práctica a través de cualquier instrumento, aun indirecto" (...) "y a incrementar las facultades de conocimiento y control que se otorgue al ciudadano, para salvaguardar el núcleo esencial de su derecho".⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional es consciente de que tanto la Administración Pública como agentes privados almacenan y utilizan cotidianamente datos personales, por ello "no es posible aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión".⁶ Es imprescindible establecer las garantías adecuadas frente a un uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, para que un sistema normativo autorizado para la recogida de datos, incluso con fines legítimos y de contenido aparentemente neutro, no vulnere el derecho a la intimidad.⁷

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) concebido únicamente como facultad negativa, no constituye por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico. En este sentido, "la garantía de la intimidad, *latu sensu*, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos

⁵ STC 254/1993, de 9 de mayo, FJ 7.

⁶ STC 254/1993, de 9 de mayo, FJ 7.

⁷ STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7.

a la propia persona. La llamada libertad informática es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención".⁸

Con la inclusión del vigente art. 18.4 CE, el Constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona.⁹

El art. 18.4 CE establece que "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno uso de sus derechos". Como afirma DIEZ PICAZO, "la redacción de este precepto no es afortunada, ya que limitar el uso de la informática es, además de poco factible, escasamente deseable. No tiene sentido oponerse al progreso tecnológico. Cosa distinta, que es lo que sin duda el Constituyente quiso decir, es poner coto a los eventuales abusos en el empleo de nuevas tecnologías".¹⁰ Este derecho fundamental a la protección de datos comparte con el derecho a la intimidad el objetivo de proteger la vida privada personal y familiar. Sin embargo, la principal diferencia entre ambos derechos es la atribución al titular del derecho del art. 18.4 CE un "haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos". Ambos derechos fundamentales, por tanto, tienen una función, un objeto y un contenido diferente.¹¹

La *función* del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su

⁸ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 4.

⁹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4.

¹⁰ DÍEZ PICAZO, L.M. "*Sistema de derechos fundamentales*". Thomson Civitas, 3ª ed., Navarra, 2008, p. 325.

¹¹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.

voluntad,¹² "necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana".¹³ En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno,¹⁴ es decir, "el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. Por el contrario, el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin."¹⁵

De esta diferente función y finalidad se deriva por tanto que el *objeto de protección* de ambos derechos fundamentales no son coincidentes, sino que es más amplio en el caso del derecho a la protección de datos, pues extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a "la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal", como el derecho al honor, y al pleno ejercicio de los derechos de la persona (art. 18.4 CE). Por tanto, el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos datos "que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, el objeto de protección del

¹² STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8.

¹³ STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3.

¹⁴ SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; 144/1999, FJ 8; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4.

¹⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. De todo esto se deriva que la calificación de "carácter personal" a los datos no quiere decir que sólo queden amparados de protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que se protegen todos aquellos que contribuyan a la identificación de la persona, "pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo."¹⁶

Por último, el *contenido* del derecho a la protección de datos difiere del derecho a la intimidad en que este último confiere a su titular el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido,¹⁷ mientras que el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los ya mencionados deberes de hacer. Ésto implica el derecho a que se requiera "el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y

¹⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

¹⁷ SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo.

uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales".¹⁸ Con estas notas de diferenciación respecto del derecho a la intimidad se ha trazado ya un claro contorno conceptual de lo que debería entenderse por derecho a la protección de datos. Nos interesa ahora ahondar en el contenido esencial de este derecho, como medida de protección y garantía (art. 53.1 CE), para lo cual acudiremos también a la clara y concisa jurisprudencia constitucional sobre la materia.

b) El contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal: contenido, facultades y límites

Debido a la constante evolución y desarrollo de la tecnología, el objeto de regulación y protección del art. 18.4 CE ha sufrido un imparable crecimiento, que aumenta día a día. Es por ello que la legislación que intenta embridar jurídicamente este campo se queda anticuada con rapidez. No obstante, en las numerosas sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado sobre este derecho, puede identificarse claramente su contenido esencial,¹⁹ tanto por su naturaleza jurídica o "el modo de concebir o de configurar cada derecho",²⁰ como por sus bienes o intereses jurídicamente protegidos.²¹

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona. Esta potestad incluye poder decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, así como permitir al individuo saber quién

¹⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; véase también la STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

¹⁹ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

²⁰ "Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose", STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

²¹ Contenido esencial como "esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección", STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Estos poderes de *disposición* y *control* sobre los datos personales constituyen por tanto el núcleo esencial del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, y se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a *consentir* sobre la recogida y uso de sus datos personales, y a *saber* de los mismos. Para hacer efectivo ese contenido resultan indispensables el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin; y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que *ponga fin a la posesión y empleo* de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.²²

Estas facultades forman parte también del contenido esencial del derecho de protección de datos de carácter personal²³ y deben de integrar la

²² STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7. En opinión del defensor del pueblo, "los derechos de los afectados a ser informados y a consentir así como los de acceso, rectificación y cancelación, integran el derecho fundamental de todos a controlar la recogida y el uso de aquellos datos personales que puedan poseer tanto el Estado y otros entes públicos como los particulares, lo que forma parte del contenido esencial (art. 53.1 CE) de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)", STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 2.

²³ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 10.

regulación legal que desarrolle y garantice el disfrute de este derecho. Por tanto, las facultades legalmente atribuidas a los sujetos concernidos y las consiguientes posibilidades de actuación de éstos son necesarias para el reconocimiento e identidad constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos. Asimismo, esas facultades o posibilidades de actuación son absolutamente necesarias para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De manera que, privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".²⁴

Este contenido esencial es el mismo que el establecido por los textos internacionales vinculantes para España en la materia, como por ejemplo la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales; del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981;²⁵ Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos;²⁶ el art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

²⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 10.

²⁵ Arts. 5, 6, 7, 8 y 11.

²⁶ La Directiva 95/46/CE es la piedra angular de la legislación vigente de la UE en materia de protección de datos. Fue adoptada en 1995 con un doble objetivo: defender el derecho fundamental a la protección de datos y garantizar la libre circulación de estos datos entre los estados miembros. Se complementó mediante la Decisión Marco 2008/977/JAI, en su calidad de instrumento general a escala de la Unión para la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, DO L 350 de 30.12.2008, p. 60). Existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de estos datos, COM (2012) 10 final.

Europea, introducido por el Tratado de Lisboa,²⁷ así como el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Otra cuestión a tener en cuenta en el ejercicio de estas facultades son sus límites. Como subrayó el Tribunal de Justicia de la UE²⁸ (en adelante TJUE), el derecho a la protección de datos de carácter personal no es un derecho absoluto, sino que se ha de considerar en relación con su función en la sociedad.²⁹ En primer lugar, la Constitución establece la posibilidad de acceso a los archivos y registros administrativos "salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".³⁰ El Tribunal Constitucional ha reconocido también que la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria (art. 31 CE) son bienes y finalidades constitucionales legítimas capaces de restringir los derechos del art. 18.1 y 4 CE.³¹

El Convenio Europeo de 1981 también ha tenido en cuenta estas exigencias en su art. 9, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH, aplicable también al tráfico de datos de carácter personal, reconociendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado³² o

²⁷ Art. 16 TFUE: "1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes".

²⁸ Tribunal de Justicia de la UE, sentencia de 9.11.2010 en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke y Eifert*, Rec. 2010, p. I-0000.

²⁹ En consonancia con el artículo 52.1 CDFUE, pueden introducirse limitaciones al ejercicio del derecho a la protección de datos, siempre que tales limitaciones estén establecidas por ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, respetando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

³⁰ El TC ha afirmado de manera firme y constante que la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE. Véanse, por ejemplo, las SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; ATC 155/1999, de 14 de junio.

³¹ SSTC 110/1984 y 143/1994.

³² STEDH caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987, §§ 47 y ss.

la persecución de infracciones penales³³ ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito.³⁴

Como señala DÍEZ PICAZO, "el valor o bien jurídico protegido es, así, la libertad del individuo frente a los abusos y presiones a que puede verse sometido como consecuencia del tratamiento automatizado de datos. Se trata de un derecho de libertad."³⁵ Es importante destacar que los datos protegidos por el art. 18.4 CE no son sólo aquellos que pueden calificarse de íntimos, sino también cualesquiera otros datos relativos a la persona.³⁶ Ello se debe, a juicio de DÍEZ PICAZO a las enormes posibilidades de opresión inherentes al tratamiento automatizado de la información; y ello además es lo que explica que se esté en presencia de un derecho fundamental autónomo, diferenciado del derecho a la intimidad.³⁷

Los titulares de este derecho, dada su obvia conexión con el derecho a la dignidad humana, son todos los individuos tanto españoles como extranjeros. Consecuentemente, es muy dudoso, en cambio, que este derecho corresponda también a las personas jurídicas. El art. 3 LOPD sólo incluye en el ámbito de aplicación de la misma "la información concerniente a personas físicas".³⁸

³³ Mutatis mutandis, SSTEDH, casos Z, de 25 de febrero de 1997, y *Funke*, de 25 de febrero de 1993.

³⁴ STEDH, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso *Funke*, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997.

³⁵ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...*, Op.Cit. p. 326.

³⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

³⁷ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...*, Op.Cit. p. 326.

³⁸ Art. 3 LOPD: "A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por: a) Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

c) El ejercicio de las facultades derivadas de este contenido esencial: el poder de disposición de datos personales y el origen del derecho al olvido en internet. Los derechos de oposición y cancelación

Ya señalamos que el art. 18.4 CE contiene tanto un derecho fundamental de los ciudadanos como un mandato al legislador para que el disfrute de ese y otros derechos fundamentales sea eficaz.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional reconoce en el art. 18.4 CE un derecho fundamental que "garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales".³⁹ Como ya se ha estudiado, este poder de control y disposición, concretado en una serie de facultades de su titular como consentir la recogida y el uso de sus datos personales, conocer los mismos, ser informado de quién los posee y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos constituyen el contenido esencial del mismo.

Este conjunto de derechos, que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales⁴⁰ sólo puede realizarse a partir del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. Es por ello consustancial a este derecho que los afectados hayan sido informados y hayan emitido su preceptivo consentimiento para el acceso, rectificación y cancelación de esos datos personales. Es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la

³⁹ La LOPD define "datos de carácter personal" como "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" (art. 3.a) LOPD. El Reglamento (CE) No. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000, en su art. 2. a) ahonda en el concepto de persona física identificada o identificable: "se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".

⁴⁰ La LOPD define "fichero" como "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso" (art. 3.b) LOPD). Por su parte, la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define "fichero de datos personales" en su artículo 2.c) como "todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica".

salvaguardia del derecho fundamental⁴¹ que ha de regular la legislación pertinente a raíz del mandato al Legislador que el art. 18.4 CE contiene, garantizando en primera instancia el contenido esencial del derecho a la protección de datos.

En segundo lugar, sobre el legislador pesa "un deber de regular el tratamiento de datos de manera tal que dicha actividad se realice de forma respetuosa para con los derechos fundamentales". La respuesta actual a este mandato, para regular los derechos de la personalidad y controlar los riesgos que puedan derivarse del acopio y tratamientos de datos personales, la constituye la LOPD y su Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD). A raíz de esta Ley Orgánica se ha creado la Agencia Española de Protección de Datos (AEDP),⁴² con la finalidad de controlar la creación y utilización de ficheros de datos.⁴³ Este mandato, y la creación de esta AEPD, supone "una garantía para la plena efectividad de otros derechos como son destacadamente el honor y la intimidad que el art. 18.4 CE menciona de manera expresa",⁴⁴ debiendo añadir el derecho fundamental a la propia imagen por el aumento de la utilización de redes sociales como Facebook, Tuenti, Twitter o You tube.

El Título III de la LOPD y del RLOPD se ocupan de los derechos de los ciudadanos en el tratamiento de sus datos personales, concretamente los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que, recordemos, constituyen el contenido esencial del derecho reconocido en

⁴¹ STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

⁴² Prevista y regulada en el Título VI de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, así como Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo. Disponible en: <http://www.agpd.es>. A juicio del Tribunal Constitucional, la competencia de ámbito nacional atribuida a la Agencia de Protección de Datos está justificada como condición básica para la igualdad en el ejercicio de derechos fundamentales, con base en el art. 149.1.1ª, STC 290/2000. Ésto no es óbice para que existan organismos análogos de ámbito autonómico. De hecho, el Consejo Consultivo que regula su funcionamiento está constituido en parte "un representante de cada Comunidad Autónoma que haya creado una agencia de protección de datos en su ámbito territorial" (art. 38 LOPD). Véase, por ejemplo, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad autónoma de Madrid. Disponible en: http://www.madrid.org/cs/Satellite?language=es&pagename=PortalAPDCM%2FPAGE%2FPAPD_home

⁴³ A nivel europeo, el encargado de velar por la protección de datos de carácter personal manejados por las instituciones europeas es el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS>

⁴⁴ Díez PICAZO, L.M., *Sistema de derechos...*, *Op. Cit.*, pág. 325.

el art. 18.4 CE, pues a través de ellos, por un lado, se garantiza que cualquier persona pueda tener control sobre sus datos personales y por otro, impone a terceros, ya sean públicos o privados, los ya estudiados deberes de hacer.⁴⁵

El paso previo e imprescindible para ejercitar las facultades conferidas por el derecho recogido en el art. 18.4 CE es tener conocimiento de todos los datos que se encuentran recogidos en internet sobre uno mismo y su tratamiento.⁴⁶ Esta facultad ha sido cristalizada en los derechos de consulta al Registro General de Protección de Datos (art. 14 LOPD)⁴⁷ y de acceso a los datos personales utilizados.⁴⁸ De esta forma, el titular de los datos personales podrá en cualquier momento estar informado de qué datos están siendo sometidos a tratamiento en internet, su origen, qué uso se les está dando, con qué finalidad, por quién y las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.

Las facultades más trascendentales atribuidas al titular de los datos, pues suponen la eventual imposición de "obligaciones de hacer" para terceros

⁴⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

⁴⁶ Art. 3.c) LOPD: "A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias". Una definición semejante establece el art. 2.b) del Reglamento (CE) No. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos "tratamiento de datos personales": "cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que permita el acceso a los mismos, así como la alineación o interconexión, y el bloqueo, supresión o destrucción."

⁴⁷ Art. 14 LOPD: "Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita."

⁴⁸ Art. 15 LOPD: "1) El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. 2) La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible o inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos. 3) El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes."

con la posible incidencia en otros derechos fundamentales como se estudiará más adelante, son los derechos de rectificación y cancelación, que podrán ser demandados cuando el tratamiento de sus datos no se ajuste a lo dispuesto en la LOPD y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos (art. 16 LOPD).⁴⁹ El supuesto más común dentro del tratamiento de datos no ajustado a lo establecido en la LOPD es el relacionado con el consentimiento informado, regulado en el art. 6 LOPD.⁵⁰

El procedimiento para instar por el titular la oposición, rectificación o cancelación de sus datos personales se regula en el art. 17 LOPD⁵¹ que remite al Reglamento de Desarrollo de la LOPD.⁵² En caso de que la página web deniegue al afectado el ejercicio de su derecho de cancelación

⁴⁹ Art. 16 LOPD: "*Derecho de rectificación y cancelación. 1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. 2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. 3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión. 4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación. 5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado*".

⁵⁰ Art. 6 LOPD: "*Consentimiento del afectado. 1) El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. 3) El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. 4) En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado*".

⁵¹ Art. 17 LOPD: "*Procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación. 1. Los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente. 2. No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación*".

⁵² Art. 25 RLOPD.

podrá denunciarlo ante la AEPD y enfrentarse a una elevada multa pecuniaria pues constituye una infracción grave prevista por la LOPD.⁵³ El tratamiento de datos en internet puede ser llevado a cabo por páginas web⁵⁴ o por buscadores, conforme a la definición de "responsable de fichero o tratamiento de datos".⁵⁵

Los buscadores de internet son servicios de la sociedad de la información sujetos a las garantías de la LOPD, además de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Estos tratan y retienen grandes volúmenes de datos de los usuarios a los que ofrecen sus servicios, teniendo la capacidad de crear con ellos perfiles que pueden ser utilizados por el buscador sin que el propio afectado sea consciente de lo que ello supone. Muchas veces, la retención de esos datos deja de tener justificación con el paso del tiempo, ya que aunque en un principio su recogida estaba legitimada, su conservación indefinida y sin motivo que la sustente deja de tener sentido. Por este motivo, las demandas en ejercicio de los derechos para lograr la cancelación de datos en internet, y/o para evitar que los datos personales figuren en los resultados de los buscadores se consolida y amplía año a año. En este sentido de las tres solicitudes iniciales recibidas en la AEPD en 2007 se ha pasado a las 160 reclamaciones de 2011.⁵⁶

Ante la creciente demanda de este derecho la AEPD llama de manera muy acertada a la reflexión sobre si la configuración de las hemerotecas digitales y su contenido ha de ser sólo accesible desde la propia página

⁵³ Art. 18 LOPD: "*Tutela de derechos: en el caso de que la página web deniegue al afectado el ejercicio de su derecho de cancelación, podrá denunciarlo ante la Agencia de Protección de Datos, al constituir una infracción grave del artículo 44.3.e de la LOPD, sancionado con multa de 40.001 a 300.000 euros (Art. 45.2 LOPD). Será necesario concretar exactamente los datos que se desea sean eliminados así como acreditar que el destinatario de la comunicación la ha recibido correctamente*".

⁵⁴ Véase la importante sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, (caso *Lindqvist*) en el que determinó que "la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un tratamiento total o parcialmente de datos personales".

⁵⁵ Art. 3.d) LOPD: "*Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*".

⁵⁶ Memoria de 2011 de la Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2012/notas_prensa/common/septiembre/120924_NP_memoria_2011.pdf

web o si, como ahora sucede en muchos casos, su contenido puede ser íntegramente indexable por los buscadores y, como consecuencia de ello, al introducir el nombre y los apellidos de una persona, traer al presente cualquier noticia publicada hace varios años. También se exige a los responsables de las páginas web y de los motores de búsqueda que atiendan las demandas de los ciudadanos cuando ejerzan los derechos que les reconoce la LOPD, ya sea el derecho a cancelar sus datos personales cuando han sido publicados sin su consentimiento y sin cobertura legal, ya sea el derecho de oponerse a que, aún cuando su publicación originaria fuese legal, sean objeto de tratamientos posteriores que compartan una multiplicación de esa publicidad, como sucede con los buscadores. La AEPD da respuesta a esta demanda ciudadana a través de los derechos de cancelación y oposición que regula la LOPD y su Reglamento de Desarrollo. El *derecho de oposición*⁵⁷ se aplica para evitar la indexación de datos personales por los motores de búsqueda valorando siempre, en cada caso concreto, la incidencia que pueda tener en los derechos del ciudadano, atendiendo a sus circunstancias específicas. Las resoluciones de la Agencia tutelando estos derechos son en general atendidas por los responsables de las páginas web, pero no por el prestador del servicio de búsqueda mayoritario, Google. Es más, este buscador ha impugnado sistemáticamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa estas resoluciones, lo que ha llevado a la Audiencia Nacional a plantear una interesantísima cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por Auto de 27 de febrero de 2012. En ella se suscitan las cuestiones esenciales sobre la garantía de estos derechos en cuanto a la ley aplicable, la responsabilidad de los buscadores y titulares

⁵⁷ El derecho de oposición consiste en el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en una serie de supuestos (art. 35 RLOPD). Artículo 34 RLOPD. "*Derecho de oposición. El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos: a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una ley no disponga lo contrario. b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación. c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento*".

de sitios web, las competencias de las autoridades de protección de datos y la posibilidad de evitar la indexación de la información personal.

La AEDP defiende que los buscadores han de dar respuesta a la solicitud de cancelación y de oposición de los datos personales demandada por los usuarios, tal y como establece la LOPD. La cada vez mayor demanda de satisfacción de estos derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos configuran lo que empieza a denominarse como derecho al olvido en internet. Sin embargo, el buscador Google se opone a hacer desaparecer de sus resultados de búsqueda ciertos datos alegando, por un lado, que los que deben recibir las demandas de oposición y cancelación son los responsables del sitio web donde se incluyeron los datos, no el buscador;⁵⁸ y, en segundo lugar, la protección de otros derechos fundamentales e intereses jurídicamente protegidos, además de alertar sobre el riesgo que este tipo de prácticas supondría para la aparición de la "censura" en internet.

2) El derecho al olvido en internet como parte del contenido esencial del derecho a protección de datos personales

a) La cuestión prejudicial sobre Google y el derecho de cancelación y oposición de datos personales

La desaparición de los datos personales por parte de sus titulares, ya no sólo de la página web que los introdujo, sino de los resultados de los buscadores persiguen instaurar lo que ya se está denominando como el "derecho al olvido en internet". Son varias las decisiones de la AEPD que compelen a Google a dejar de indexar datos de carácter personal que aparecieran en páginas web, tanto oficiales, por ejemplo la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado (BOE)⁵⁹ o Administraciones

⁵⁸ Recurso de Reposición Nº RR/00188/2012 ante el Director de la Agencia de Protección de Datos.

⁵⁹ Agencia Española de Protección de Datos, Procedimiento nº. TD/01364/2011, ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00188/2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/recursos_reposicion/rr_sobre_tutela_de_derechos/common/pdfs/REPOSICION-TD-01364-2011_Resolucion-de-fecha-25-06-2012_Art-ii-culo-16-LOPD-34-RD-1720-b-2007.pdf. Agencia Española de Protección de Datos, Expediente Nº: TD/01118/2012, RESOLUCIÓN Nº.: R/02557/2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-01118-2012_Resolucion-de-fecha-02-11-2012_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf

Públicas⁶⁰ como particulares, por ejemplo como www.elpaís.com,⁶¹ si sus titulares lo solicitan.⁶²

Las páginas web han solicitado hasta el momento acogerse a la legislación europea y española aplicable. Sin embargo, Google España y la AEPD mantienen un largo contencioso sobre quién debe retirar de internet un enlace a una información o dato sobre una persona cuando ésta lo reclama. La AEPD ha venido manteniendo en sus resoluciones dictadas en los procedimientos de tutela de los derechos de los ciudadanos, que los buscadores de internet están sometidos a la legislación europea y española de protección de datos, y que los ciudadanos pueden invocar y hacer valer sus derechos en España frente a los proveedores de servicios de búsqueda de internet.

Google sostiene que su tarea es rastrear lo que ofrece la red y su papel es el de registrar lo que existe, no de censurarlo. En su defensa, el buscador alega que las filiales de cada país son solamente representantes de Google Inc, y en cuanto a las eventuales reclamaciones realizadas frente a Google Spain S.L. ésta alega que la única responsable sería, en todo caso, Google Inc. y dado que los servicios de buscador los presta Google Inc. desde los Estados Unidos, no resulta de aplicación ni la directiva europea de protección de datos ni la Ley Española que la aplica.

Por esta problemática, antes de resolver los recursos planteados por Google, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) acordó mediante Auto de 27 de febrero de 2012 y al amparo del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), plantear al Tribunal de Justicia de la Unión

⁶⁰ Agencia Española de Protección de Datos, Procedimiento N°: TD/00396/2012

RESOLUCIÓN N°.: R/01609/2012. Disponible en:

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-00396-2012_Resolucion-de-fecha-19-06-2012_Art-ii-culo-16-LOPD-34-RD-1720-b-2007.pdf

⁶¹ Agencia Española de Protección de Datos, Procedimiento N°: TD/00796/2012, RESOLUCIÓN N°.: R/02010/2012. Disponible en:

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-00796-2012_Resolucion-de-fecha-18-09-2012_Art-ii-culo-34-RD-1720-b-2007.pdf

⁶² Pueden consultarse más resoluciones en la sección pertinente página web de la AEDP. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/index-ides-idphp.php

Europea diversas cuestiones prejudiciales en relación con los recursos interpuestos por Google contra las resoluciones en las que la AEPD ha amparado los derechos de oposición y de cancelación de datos personales de ciudadanos frente a buscadores en internet, y en concreto Google.

La Sala entiende que el recurso plantea "el problema referido a las obligaciones que tienen los buscadores de internet en la protección de datos personales de aquellos afectados que no desean que determinadas informaciones, publicadas en páginas web de terceros y que contienen sus datos personales y permiten relacionarles con la misma, sean localizadas, indexadas y sean puestas a disposición de los internautas de forma indefinida".⁶³ En definitiva, en este auto se plantea de fondo si un particular tiene derecho a reclamar la supresión y bloqueo de informaciones en los buscadores de internet relativas a su persona y que, con las nuevas tecnologías, podrán ser localizadas "a lo largo de toda su vida y la de sus descendientes".

El caso de fondo en el que se plantea la cuestión prejudicial trata de un particular que, al teclear su nombre en Google encontraba el enlace con un anuncio en un periódico de tirada nacional, de la subasta de un inmueble por un impago a la Seguridad Social. El afectado afirmaba que el embargo ya se había solucionado y resuelto desde hace años y, pese a ello, esa referencia seguía apareciendo en el buscador. La AEDP acogió la petición de tutela del afectado y requirió a Google Spain SL y Google Inc. que retiraran los datos del denunciante de su índice. Sin embargo, consideró que la información de la subasta aparecida en el periódico debía mantenerse por tener una justificación legal.⁶⁴

Los magistrados resumen en nueve preguntas que pueden agruparse en tres áreas temáticas todas las dudas jurídicas que pueden plantearse en esta problemática entre los buscadores y los titulares de datos personales contenidos en internet.

⁶³ Auto de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2012, Fundamento 1.

⁶⁴ Resolución de la AEDP de 30 de julio de 2010.

1) La primera duda que se plantean los jueces es si la normativa europea y nacional en materia de protección de datos se puede aplicar en este caso o, si como sostiene la empresa Google Inc., los afectados deberían acudir a los tribunales de California (EEUU) donde está domiciliada la empresa matriz del grupo.⁶⁵

2) Se pregunta también la Sala si los buscadores, cuando indexan la información, están realizando un tratamiento de datos personales, si son responsables de ese tratamiento y deben atender por tanto a los derechos de cancelación y/o oposición del afectado de forma directa, aunque la información se mantenga en la fuente originaria por considerarse lícita.⁶⁶

⁶⁵ Las cuatro preguntas planteadas sobre este tema son las siguientes:

1.1) ¿Debe interpretarse que existe un "establecimiento", en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos: -cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un estado miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes de ese estado, o -cuando la empresa matriz designa a una filial ubicada en ese estado miembro como su representante y responsable del tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa o -cuando la oficina o filial establecida en un estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la Unión Europea, las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes en relación con el respeto al derecho de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria?.

1.2) ¿Debe interpretarse el art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que existe un "recurso a medios situados en el territorio de dicho estado miembro" cuando un buscador utilice arañas o robots para localizar e indexar la información contenida en páginas web ubicadas en servidores de ese estado miembro o cuando utilice un nombre de dominio propio de un estado miembro y dirija las búsquedas y los resultados en función del idioma de ese estado miembro?.

1.3) ¿Puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE, el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet? Si la respuesta a esta última cuestión fuera afirmativa, ¿puede entenderse que este criterio de conexión concurre cuando la empresa se niega a revelar el lugar donde almacena estos índices alegando razones competitivas?.

1.4) Con independencia de la respuesta a las preguntas anteriores y especialmente en el caso en que se considere por el Tribunal de Justicia de la Unión que no concurren los criterios de conexión previstos en el art. 4 de la Directiva, ¿Debe aplicarse la Directiva 95/46/CE en materia de protección de datos, a la luz del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el país miembro donde se localice el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela más eficaz de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea?.

⁶⁶ Las cuatro preguntas planteadas sobre este tema son las siguientes:

2.1) En relación con la actividad del buscador de la empresa "Google" en internet, como proveedor de contenidos, consistente en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia, cuando dicha información contenga datos personales de terceras personas, ¿Debe interpretarse una actividad como la descrita comprendida en el concepto de "tratamiento de datos" contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE?.

2.2) En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa y siempre en relación con una actividad como la ya descrita: ¿Debe interpretarse el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE, en el sentido de considerar que la

3) Por último, los magistrados de la Sala de lo Contencioso preguntan al Tribunal de Luxemburgo si la protección de datos incluye que el afectado pueda negarse a que una información referida a su persona se indexe y difunda, aun siendo lícita y exacta en su origen, pero que la considere negativa o perjudicial para su persona. Concretamente, la Sala se expresa en las siguientes palabras: "¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la Directiva 95/46/CE comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?"

Obviamente, para nuestro estudio, la pregunta más interesante es la tercera, aunque para darle respuesta es imprescindible que con carácter previo se conteste a los dos primeros bloques de preguntas. Esa pregunta hace referencia directa a la posibilidad de un derecho al silencio en internet de los titulares de los datos personales. Hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie, en nuestra opinión, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales debería ser plenamente aplicable para resolver las controversias que los titulares de datos personales plantean, como ya ha utilizado para fundamentar algunas de sus resoluciones la AEPD.

b) El concepto del derecho al olvido en internet y la ponderación de derechos

empresa que gestiona el buscador "Google" es "responsable del tratamiento" de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa?.

2.3) En el caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa: ¿Puede la autoridad nacional de control de datos (en este caso la Agencia Española de Protección de Datos), tutelando los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE, requerir directamente al buscador de la empresa "Google" para exigirle la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin dirigirse previa o simultáneamente al titular de la página web en la que se ubica dicha información?.

2.4) En el caso de que la respuesta a esta última pregunta fuera afirmativa, ¿se excluiría la obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene los datos personales se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?.

Tomando en cuenta lo que el Tribunal Constitucional entiende como contenido esencial, es decir, "aquella parte del contenido del Derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos",⁶⁷ en nuestra opinión el derecho al olvido en internet debe formar parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE pues hace referencia a la facultad del titular de demandar la modificación o cancelación de ciertos datos en posesión de un tercero. Este derecho, por tanto, es parte de este haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental al que ya se ha aludido a lo largo de este trabajo. Ahora bien, ningún derecho fundamental es absoluto ni ilimitado. Hay que tener en cuenta que esta posibilidad de cancelación puede incidir en el ámbito de protección de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o libertad de información.⁶⁸

Nuestra postura a la hora de afrontar esta problemática no es otra que la de aplicar la doctrina de ponderación de derechos desarrollada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH y aplicada sistemáticamente por los tribunales. Esta es precisamente la postura del Alto Tribunal al sancionar el principio de unidad de la Constitución a la hora de interpretar cualquier precepto constitucional. El derecho de protección de datos personales no constituye una excepción y el Tribunal Constitucional ha sentenciado que "aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos,⁶⁹ pues así lo exige el principio

⁶⁷ STC 11/1981.

⁶⁸ Disponible en: <http://www.publico.es/ciencias/360165/no-queremos-que-se-use-a-google-para-censurar>

⁶⁹ El Derecho Europeo cristaliza la misma hermenéutica y la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) COM(2012) 11 final, reconoce que el derecho a la protección de datos personales podría tener incidencia en los siguientes derechos fundamentales consagrados en la CDFUE: la libertad de expresión (artículo 11 de la Carta); la libertad de empresa (artículo 16); el derecho a la propiedad y especialmente a la protección de la propiedad intelectual (artículo 17, apartado 2); la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por

de unidad de la Constitución.⁷⁰ Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental.⁷¹

El eventual ejercicio del derecho al olvido debería ser considerado de una forma similar a la ponderación entre derechos fundamentales en conflicto, acudiendo a los criterios utilizados por la jurisprudencia constitucional.

La AEPD ya los ha tenido en cuenta en muchas de sus decisiones para resolver sobre las solicitudes de oposición y cancelación de datos personales. En este sentido, un criterio muy utilizado por la AEPD es la *relevancia pública* de los datos personales,⁷² como por ejemplo la comisión de un delito⁷³ (o su no relevancia).⁷⁴ Así, la AEPD ha razonado que "cabe proclamar que ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la RED sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como internet. Si requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación incontestada de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades

razón de raza, orígenes étnicos, características genéticas, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, discapacidad u orientación sexual (artículo 21); los derechos del menor (artículo 24); el derecho a un alto nivel de protección de la salud humana (artículo 35); el derecho de acceso a los documentos (artículo 42); el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47).

⁷⁰ SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5.

⁷¹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

⁷² Surgen así problemas de no poca importancia como los que tratados en BUSTOS Gisbert, R., "Sobre la publicación en páginas Web de listas de condenados penalmente. Los casos de las listas de pedófilos, maltratadores, torturadores y errores médicos", *Revista Vasca de Administración Pública*, (62), 2002.

⁷³ Agencia Española de Protección de Datos, Procedimiento N°: TD/01041/2012, RESOLUCIÓN N°.: R/02553/2012, Disponible en:

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-01041-2012_Resolucion-de-fecha-19-10-2012_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf

⁷⁴ Agencia Española de Protección de Datos, Procedimiento N°: TD/00796/2012, RESOLUCIÓN N°.: R/02010/2012. Disponible en:

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-00796-2012_Resolucion-de-fecha-18-09-2012_Art-ii-culo-34-RD-1720-b-2007.pdf

de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito), no es menos cierto que resulta palmariamente legítimo que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar basilar del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la red de su información de carácter personal".⁷⁵

La *exactitud de los datos personales* utilizados es otro de los criterios utilizados por la AEPD,⁷⁶ y debería ser completada con los requisitos para la apreciación de la veracidad en una información, como el descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere, el respeto a la presunción de inocencia o la condición pública o privada de la persona implicada.⁷⁷ La *antigüedad* de los datos, exigiendo que no sean obsoletos,⁷⁸ es otro criterio utilizado por la AEPD. Por último, la observancia y el respeto por otros derechos fundamentales muy íntimamente relacionados con el derecho a la protección de datos personales, como la intimidad, el honor o la propia imagen, así como la protección de la juventud y de la infancia, también deberían de tenerse en cuenta a la hora de concederse o no el pretendido derecho al olvido en internet.

Dado el amplio alcance que el tratamiento de datos personales en internet puede llegar a tener y su incidencia en otros derechos fundamentales, las instituciones europeas están llevando a cabo un proceso de unificación y modernización de normas jurídicas, queriendo establecer un marco más sólido y coherente en materia de protección de datos en la UE, a partir de

⁷⁵ Procedimiento N°: TD/00796/2012 RESOLUCIÓN N°.: R/02010/2012.

⁷⁶ AEPD, Procedimiento N°: TD/01041/2012, RESOLUCIÓN N°.: R/02553/2012.

⁷⁷ STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 6.

⁷⁸ RESOLUCIÓN N°.: R/02010/2012

un nuevo Reglamento⁷⁹ y una nueva Directiva de protección de datos de carácter personal.⁸⁰

El proyecto de Reglamento consagra en el art. 17 el pretendido derecho al olvido. Este consistiría en que el interesado puede demandar al responsable del tratamiento de datos personales que los suprima y se abstenga de darles más difusión en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, de que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento, de que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o de que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el Reglamento. El derecho al olvido sería particularmente pertinente si los interesados hubieran dado su consentimiento siendo niños, cuando no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en internet.

Sin embargo, la misma Propuesta de Reglamento establece que se puede autorizar la conservación de los datos cuando sea necesario para fines de investigación histórica, estadística y científica, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando la legislación lo exija,⁸¹ o en caso de que existan motivos para restringir el tratamiento de los datos en vez de proceder a su supresión.⁸²

Por último, y con el fin de reforzar el "derecho al olvido" en internet, el derecho de supresión también debe ampliarse de tal forma que los responsables del tratamiento que hayan hecho públicos los datos

⁷⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), COM (2012) 9 final.

⁸⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de estos datos, COM (2012) 10, final.

⁸¹ Art. 17.3 Propuesta de Reglamento COM (2012) 9 final.

⁸² Art. 17.4 Propuesta de Reglamento COM (2012) 9 final.

personales deben estar obligados a informar a los terceros que estén tratando tales datos de que un interesado les solicita que supriman todo enlace a tales datos personales, o las copias o réplicas de los mismos.⁸³ Para garantizar esta información, el responsable del tratamiento debe tomar todas las medidas razonables, incluidas las de carácter técnico, en relación con los datos cuya publicación sea de su competencia. Se comenzaría de esta forma a dar respuesta al problema planteado por Google y la AEPD, exigiendo a las páginas web que introdujeron los datos en primer lugar que den el primer paso para su cancelación y se pongan en contacto con otros operadores de internet que estén utilizándolos, sean páginas web o buscadores, como Google.

A modo de conclusión

El derecho fundamental a la protección de datos personales está alcanzando una relevancia cada vez mayor en la medida en que internet ha cobrado un indiscutible protagonismo en nuestras vidas, tanto a nivel personal como profesional. Por ello, es imprescindible delimitar claramente el contenido esencial de este derecho, las facultades que otorga a los titulares de los derechos personales y sus límites. Sin embargo, internet es una realidad que supera, casi a diario, las previsiones normativas y jurídicas que tratan de regularlo. Un ejemplo de esta realidad lo constituye el llamado "derecho al olvido en internet", que pretende la desaparición de todos los datos identificativos de una persona de ese medio, en relación con los derechos de oposición y cancelación que asisten a los ciudadanos. Sin embargo, para ello sería necesario abordar la actuación de los operadores en internet, tanto páginas web como buscadores, que contribuyen a la realización de otros derechos fundamentales esenciales para nuestra sociedad y Estado democrático, como la libertad de expresión y de información. La ponderación, por tanto, entre los intereses jurídicamente protegidos y derechos fundamentales en conflicto supone el instrumento clave utilizado, no solo por el Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino por la nueva normativa europea que

⁸³ Art. 17.2 Propuesta de Reglamento COM (2012) 9 final.

pretende dar una respuesta más actualizada a la problemática suscitada. No obstante estos esfuerzos legislativos, la realidad de la sociedad de la información y de internet siempre continuará superando con una gran rapidez a la normativa que trata de regularla. Es en este tipo de situaciones cuando la existencia de una clara y firme jurisprudencia constitucional cobra una importancia esencial para que los derechos fundamentales, sea cual sea el escenario en el que tengan que ser aplicados, sean disfrutados a su máximo nivel por los ciudadanos.

3. Fuentes de consulta

DÍEZ PICAZO, L.M. "*Sistema de derechos fundamentales*", 3ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2008.

Legislación:

Constitución Española, aprobada el 31 de octubre de 1978, ratificada el 6 de diciembre de 1978.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 210/C, 30 de marzo de 2010.

Convenio del Consejo de Europa para la Protección de Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, 28 de enero de 1981.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, revisado en conformidad con el protocolo número 11, entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998.

Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 15/1999, de fecha 13 de diciembre de 1999.

Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación (Reglamento General de

Protección de Datos), Bruselas 25 de enero de 2012, COM (2012) 11 final.

Sentencias del Tribunal Constitucional Español consultables en:

Tribunal Constitucional Español: www.tribunalconstitucional.es.

STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987

STC 110/1984, FJ 5.

SSTC 110/1984 y 143/1994.

STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3.junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3.

STC 254/1993, de 9 de mayo, FJ 7.

STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7.

STC 254/1994, de 9 de mayo, FJ 6.

STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 4.

SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6.

SSTC 11/1998, FJ 4; 143/1994, FJ 7.

SSTC134/1999, de 15 de julio, FJ 5;

STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8.

SSTC 202/1999, de 8 de noviembre; FJ 2.

SSTC144/1999, de 22 de julio,

SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5;

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.

SSTC115/2000, de 10 de mayo, FJ 4.

SSTC115/2000, de 10 de mayo.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6

STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

SSTC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 2.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 10.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

SSTC 292/2000, de 30 de noviembre FJ 5.

Recurso de Reposición N° RR/00188/2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/recursos_reposicion/rr_sobre_tutela_de_derechos/common/pdfs/REPOSICION-TD-01364-2011_Resolucion-de-fecha-25-06-2012_Art-ii-culo-16-LOPD-34-RD-1720-b-2007.pdf

RESOLUCIÓN N°.: R/02557/2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-01118-2012_Resolucion-de-fecha-02-11-2012_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf

RESOLUCIÓN N°.: R/01609/2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-00396-2012_Resolucion-de-fecha-19-06-2012_Art-ii-culo-16-LOPD-34-RD-1720-b-2007.pdf

RESOLUCIÓN N°.: R/02010/2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-00796-2012_Resolucion-de-fecha-18-09-2012_Art-ii-culo-34-RD-1720-b-2007.pdf

RESOLUCIÓN N°.: R/02553/2012, Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-01041-2012_Resolucion-de-fecha-19-10-2012_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf

RESOLUCIÓN N°.: R/02010/2012. Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdfs/TD-00796-2012_Resolucion-de-fecha-18-09-2012_Art-ii-culo-34-RD-1720-b-2007.pdf

*JUAN PABLO VISCARDO Y GUZMÁN.
EL FILÓSOFO DE LA INDEPENDENCIA
EN AMÉRICA.
UNA REFLEXIÓN EN TORNO A LA "CARTA
DIRIGIDA A LOS ESPAÑOLES
AMERICANOS" DE JUAN PABLO
VISCARDO*

*Carlos A. Fernández Baca**

SUMARIO:

I. El criollo; II. La carta; III. Bibliografía.

* Egresado de la licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, ha realizado diversos cursos y diplomados en antropología, historia y leyes; maestrante en Historia en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez; desde 1981, es catedrático de diversas asignaturas en el área de Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Autónoma de Chihuahua; consultor del Departamento Jurídico de la Secretaría de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno del Estado de Chihuahua, desde 2005; es Asesor General de Casa Chihuahua, Centro de Patrimonio Cultural y subdirector de Casa Chihuahua desde 2007; es secretario del Consejo Consultivo de Casa Chihuahua, desde el mismo año; socio fundador y ex presidente del Centro de Investigaciones Históricas de Chihuahua, A.C.; miembro del Consejo Editorial de varias publicaciones; autor y coautor de obras literarias, históricas y teatrales.

Recibido: 30 de octubre de 2012

Aceptado: 6 de noviembre de 2012

Resumen:

Juan Pablo Viscardo y Guzmán fue un criollo nacido en Perú que desde muy temprana edad ingresó como novicio a la Compañía de Jesús junto con su hermano José Anselmo.

En 1767 mediante decreto de Carlos III, fue expatriado de los reinos de la Nueva España por ser jesuita, circunstancia que despertó en Viscardo un profundo análisis que se depositó en su tan famosa carta.

En febrero de 1798 murió en Londres decepcionado de sus esfuerzos y de la actitud del gobierno inglés ante su proyecto libertador en el que expresaba con todo su esplendor sus trascendentes reflexiones que finalmente motivaron las luchas de Independencia Americana; de lo anterior se desprende su importancia en el sentir libertario, razón por la que ahora es llamado "El filósofo de la Independencia en América".

Palabras clave: Independencia, filósofo, Nueva España.

Abstract:

Juan Pablo Viscardo y Guzman was a creole born in Peru that since his early days signed in as a novice to the Society of Jesus with his brother José Anselmo.

In 1767 through a decree by Charles III, was expatriated to the kingdoms of New Spain for being a Jesuit. This circumstance made Viscardo awake a deep analysis that he denotes in his famous letter.

In February of 1798 he died disappointed with his efforts and the attitude of the British government before his liberty Project in which he expressed with its entire splendor its transcendental reflexions that finally motivated the battles for the Americas Independence. His libertarian sentiment importance comes from the above, reason why now he is called, "The Philosopher of the Americas Independence".

Key words: Independence, philosopher, New Spain.

Al doctor Miguel Carbonell

Esta carta fue emitida por el abate Juan Pablo Viscardo y Guzmán, y como lo fue en su tiempo actualmente es importante el conocimiento de su contenido, esto por los conceptos en ella vertidos sobre razones muy sencillas perseguidas a lo largo de mucho tiempo, las de libertad, de un gobierno propio y responsable, y de una impartición de la justicia de manera real y equitativa. Por parte del Estado, justificar igualmente su existencia y soberanía desde la base de su Constituyente originario, como lo es el pueblo, y la conservación de los más elementales derechos. Es en suma un documento que en mucho se adelanta a su tiempo, y que en su momento constituyó la justificación de las luchas independentistas de principios de siglo XIX en América.

La carta tiene un ingrediente desusual en un contexto de una lucha por un ideal, la vida un tanto de truculencia e infortunio de su autor, pero también de suerte y coincidencias que al final la hacen llegar a manos de quien en su momento la necesitaban y que finalmente se pudo aprovechar; y lo más curioso, sin que su autor lo supiera. La América española debe estar agradecida ante tan singular personaje. El conocimiento de la carta y sus contenidos es poco conocida en la historia reciente y éste en su conjunto se inicia en la Nueva Escuela Norteamericana de Estudios sobre América Latina; y recientemente en 1983 fue cuando el académico estadounidense Merle Simons publicó los ensayos de Viscardo escritos en Londres, mismos que encontró entre los materiales de Rufus King en Nueva York. Gracias al conocimiento de los escritos se colige que Viscardo no fue un simple precursor de la Independencia Americana, sino una figura de la ilustración de ésta, al igual que de México, lo serían Abad y Queipo y Fray Servando Teresa De Mier, combinando los derechos ancestrales y enalteciendo el patriotismo criollo, como una reafirmación de los derechos universales emanados de la Revolución y de la Ilustración francesa.

I. El criollo

Juan Pablo Viscardo y Guzmán, nació el 26 de junio de 1748 en Arequipa, Perú, hijo de padres criollos -condición que de mucho sirviera para sus reflexiones transmitidas en la "carta"- quienes fueron Gaspar de Vizcardo y Guzmán y Manuela de Zea y Andía, mismos que tuvieron nueve hijos. - R. Vargas Ugarte- según su partida de bautismo de fecha 27 de junio;¹ aunque otros autores como G.L. Bastin y E.R.Castrillón señalan el 20 de junio del mismo año en Pampacolca, cerca de Arequipa. Viscardo y Guzmán estudió inicialmente junto con su hermano José Anselmo en el Real Colegio de San Bernardo del Cuzco, a la muerte de su padre y para poder sufragar los gastos de sus estudios, en 1760 él y su hermano ingresan como novicios a la Compañía de Jesús, antes de la edad requerida -que era de quince años- no obstante ambos son admitidos, lo que nos hace suponer que su posición tenía algo de influyente. El Famoso decreto de Carlos III, en 1767, sobre la expulsión de los jesuitas, de los reinos de Nueva España los sorprendió y en consecuencia, por pertenecer a la orden se convirtieron fueron expulsados y expatriados, permaneciendo en España vía el puerto de Cádiz, y posteriormente en el Puerto de Santa María. Ambos fueron acogidos en diferentes conventos y recintos con el firme propósito de la corona, de que durante esa estancia abandonaran la Compañía, desde luego que esta situación así como las falsas promesas posteriores despertaron en Vizcardo un profundo análisis que se vería contenido en su famosa carta, por lo que ésta, es interpretada también en cierta medida como una venganza personal debidamente calculada y un merecido reclamo a la afectación de sus legítimos y desoídos intereses. Así, prometiéndoles que en Italia encontrarían ya tramitados sus expedientes de secularización, en marzo de 1769 fueron obligados los expulsos, una vez más a embarcarse contra su voluntad, ahora a Italia, donde residirían en la población de Massacarrara;² ya aquí se establecen como seglares, solicitando el retorno a Perú y reclamar su herencia, lo que les es negado por la corona española. Al infortunio de esta respuesta

¹ GUTIÉRREZ Escudero, Antonio. "Juan Pablo Vizcardo y su "Carta dirigida a los españoles Americanos"". *Araucaria*, Universidad de Sevilla España, año/vol.9, (017), pp. 323-344, primer semestre 2007.

² *Ibid.* p.325.

se le agrega el fallecimiento de su madre, sumando el resentimiento con la corona y acendrando más su deseo de la América libre. Por si ésto no fuera bastante, tiene que soportar la muerte también de su hermano José Anselmo; a este tiempo se le puede considerar como de maduración de sus ideas frente a los acontecimientos personales como mundiales. El 23 y 30 de septiembre de 1781 escribe otras cartas al cónsul británico en Liorna, Shunday, en éstas recuerda al Perú y muestra una sólida posición política a favor del separatismo, una clara y activa participación en la Rebelión de Túpac Amaru, con la cual no sólo se solidariza sino pide al funcionario británico la pronta ayuda de Inglaterra solicitando 40,000 hombres con oficiales ingleses para liberar a los indios de la esclavitud de España y recuperar el imperio de sus antepasados.³ Tal vez, es por dicha situación que decide viajar a Londres en 1782 buscando entrevistarse con las autoridades inglesas y así lograr su propósito. Sin cejar en su intento, al principio de la década de los noventas residió en Italia, Francia e Inglaterra -donde es pensionado por el gobierno- y finalmente en Londres (que le otorga una pensión por 300 libras); resentido con el gobierno de William Pitt (el Joven 1759-1806), quien fuera primer ministro de Inglaterra por 18 años, que hizo caso omiso de sus propuestas, tal vez por la conveniencia de las negociaciones de paz con España.

Durante el tiempo de su condición de expulso, Viscardo se mantiene enterado de los acontecimientos y motines del Cono Sur Americano, como el de los Catáris en Bolivia, indígenas y negros en el Perú, y el de los comuneros en Colombia. Madurando su filosofía libertaria para América y como sustento de sus apreciaciones políticas escribe diversos ensayos sobre estos conflictos y sus concepciones sobre el nuevo mundo en cuanto a la libertad y el comercio con Europa, hasta entonces sólo reservado a la corona y sobre todo, en su constante movimiento, ilustrándose. Convencido así de que los trescientos años de dominio español debían de terminar en América, escribe su famosa carta primero en francés posiblemente en Florencia durante 1787 y 1791, para terminarla antes del doce de octubre de 1792, en un mundo que cambiaba política y económicamente, en el

³ Pachari Rubén, en espacioblog.com.

cual España no estaba a la altura y se rezagaba, tal vez escogiendo la fecha a propósito de los trescientos años de dominación española.

El 10 de febrero de 1798 Viscardo murió en Londres decepcionado de sus esfuerzos y la actitud del gobierno inglés ante su proyecto, dejando todos sus papeles al presentir su muerte a Rufus King, Ministro de los Estados Unidos ante la corte de Inglaterra. Francisco de Miranda⁴ visitó Inglaterra y al contactar a King, éste le informó del fallecimiento de Viscardo tres semanas atrás y de los voluminosos papeles que éste dejara en su poder, pues escribió más de quinientos documentos de carácter revolucionario y de los cuales no sabe nada por encontrarse escritos en una lengua para él desconocida - francés después traducidos al inglés- llegando así a manos de Miranda causándole un verdadero asombro y al saber de su valioso contenido los lleva a América. Con tan valiosos documentos Francisco de Miranda desembarca en La Vela de Coro, Venezuela e incluye en sus proclamas libertarias parte de lo escrito por Viscardo como parte del contenido justificativo- filosófico de su lucha independentista.

Es interesante agregar aun cuando sea breve, la relación que en ello tuvo no sólo el propio Miranda, sino las logias Masónicas tanto de Inglaterra como de América, ya que los encuentros no fueron fortuitos. Miranda, fue iniciado en Londres donde funda la una logia llamada "*Gran Reunión Americana o Sociedad de Los caballeros racionales, o logia Lautaro*", a la que pertenecieron Bolívar, San Martín, O'Hogigins, Villamil, Sucre y otros luchadores independentistas cuando ésta es trasladada a América. En esta logia Miranda empieza a elaborar un plan para consolidar un panamericanismo libre y autogestivo, la que él ideó y dirigió, con un carácter eminentemente político y un propósito definido que fue lograr la

⁴ Sebastián Francisco de Miranda Rodríguez nació en Caracas el 28 de marzo de 1750, murió en Cádiz 14 de julio de 1816. Creador de la idea de la Gran Colombia como Nación. Político y militar con las mismas aspiraciones e ideas de Viscardo, en cuanto a las injusticias cometidas por España, había estudiado *in situ*, la Revolución de los Estados Unidos y participa en los campos de batalla en la Revolución Francesa con tropas revolucionarias bajo su mando, en la batalla de Valmy en 1792, es por ello nombrado general y es el único latinoamericano cuyo nombre figura en el arco de triunfo de París. Participo también como combatiente en África. En Londres funda la logia "Gran Reunión Americana". Disponible en: www.historyayfotos.com/.../Juan-Pablo-Viscardo-y-Guzman.html

emancipación americana e implantar un sistema basado en el republicanismo. Para ello el también masón, Antonio Nariño, tradujo y editó en 1793 "*Los derechos del hombre y el ciudadano*", como resultado de la Revolución Francesa. De las mismas ideas, Fray Servando Teresa de Mier, José Fernández de Lizardi, Hidalgo, Morelos, Iturbide, Pedro Celestino Negrete, en México,⁵ y otros muchos, conectados por su pertenencia a las logias, particularmente formadas por militares y simpatizantes de la ilustración.

Además de estas interconexiones habría que mencionar que de la estructura militar española las cuatro quintas partes de los mandos y oficiales, pertenecían de alguna manera a la masonería, situación que es por demás mencionar, como propiciatoria para el encuentro de Miranda con la "Carta" y su relación y profusión en América, así como su difusión en los países con intenciones independentistas incluyendo Norteamérica, cuyos dirigentes igualmente se encontraban formando sociedades afines.

II. La Carta

La carta y sus contenidos rápidamente tomaron naturalización en los países sudamericanos y en las justificantes de las diferentes luchas independentistas de los inicios del siglo XIX, se tomó el discurso y en algunos casos, se reflejó en las propias proclamas al respecto y luego en los textos del Constituyente. Esta carta también fue conocida en México en su oportunidad, ya que por disposiciones de la inquisición y su prohibición, fue enviada a dicho país; y como sucede con este tipo de documentos por su estudio y contenido, fue frecuentemente estudiado y comentado, por lo que es muy probable que circulara entre quienes posteriormente serían los motores de la lucha nacional. Un ejemplo de ello y en particular lo sucedido en Chihuahua, fue el encuentro del estadounidense Zebulón M. Pike, quien relata que estando preso en esta ciudad, uno de los criollos le dijo: "*Nosotros, ambos, somos americanos ¿o no? Sí lo somos y nosotros esperamos ver el día en que los que nos*

⁵ MARTIN –ALBO Miguel. "*La Masonería. Una hermandad de carácter secreto*". Editorial Libsa, España, 2007

*tiranzan se encuentren en igualdad de condiciones que todos. Yo espero eso, mi amigo, e igual piensa la mayoría de los verdaderos españoles.*⁶ Por su parte la Inquisición el 24 de septiembre de 1810 publicó un edicto⁷ en él prohibía la Carta contenida en "un cuadernito intitulado Carta dirigida a los españoles americanos escrita por uno de sus compatriotas", en que se ordenaba que todas las copias fueran confiscadas, los revisores Luis Carrasco y José Bárcenas "*la condenaban de falsa, temeraria y sediciosa, tan acre y mordaz, tan revolucionaria y sofisticada*", más aun tratándose de que su autor fuera un jesuita que criticaba duramente la posición española en América. No obstante que la Inquisición condenó el trabajo en octubre de 1812, los Guadalupes,⁸ un grupo de criollos residentes en la Ciudad de México, que secretamente apoyaban la Insurgencia, enviaron una copia de la carta de Viscardo a José María Morelos, líder del movimiento insurgente del sur.⁹ La versión escrita originalmente en francés en 1799 y bajo el seudónimo de Paoli Rossi, en 1801 se traduce y se publica en español. Miranda la publica en Londres con un falso pie de imprenta de "Filadelfia,"¹⁰ entendemos que ésto pudo ser por las corrientes emancipadoras recién despertadas en la parte norte con los sucesos recientes de las antiguas trece colonias inglesas y un mismo discurso, "América para los Americanos". Por su parte, se sabe que fue así para impedir un conflicto diplomático ante la reconciliación de España e Inglaterra que ya se veía venir.

⁶ OROZCO, O. Víctor. "*El Estado de Chihuahua en el parto de la nación 1810-1831*". El colegio de Chihuahua, Instituto Chihuahuense de la cultura, Universidad Autónoma de ciudad Juárez, Plaza y Valdez, México, 2007. Es interesante el comentario de autor en el pie de página, (37), p. 46, con relación al tema.

⁷ El texto completo del edicto alusivo se puede consultar en anexos de "*Carta dirigida a los españoles americanos*". Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 109-115

⁸ Véase, DE LA TORRE Villar Ernesto. "*Los Guadalupes Como sociedad Secreta*". Editorial Porrúa, S.A... 1985. México. Sociedad secreta de inteligencia insurgente que servía de correo y enlace entre los insurgentes.

⁹ Brading. Op. Cit.

¹⁰ Es probable que la filiación masónica de Miranda y su relación con Viscardo y Rufus King, incluya la palabra Filadelfia como palabra clave o de pase, ya que en Filadelfia se fundó la primera logia que entró en contacto con la de Londres y en 1774 se celebró en esa ciudad el primer congreso continental, que sirvió de base para la redacción de una declaración de derechos, decidiendo suspender todo comercio con Inglaterra. Aunado a esto el 27 de diciembre de 1778, Washington en la festividad del día de San Juan (simbólica) para celebrar su reciente victoria militar en vez de celebrar el Tedeum tradicional, desfiló por las calles de Filadelfia encabezando él mismo el desfile con la espada al flanco, un mandil sobre el vientre y la banda masónica cruzándole el pecho así como las diferentes insignias de la orden. Para más información, véase MARTÍN-ALBO Miguel. "*La Masonería una hermandad de carácter secreto*". Editorial LIBSA, España, 2007.

El texto hace alusión, en primera parte, a la justificación de las pretensiones de libertad del yugo español y se inicia con un severo reclamo o acusación de los desvíos y abusos del poder en América por parte de la corona, Iniciando con un sentido destinatario dirigiéndose así a los "*Hermanos y compatriotas*", refiriéndose a todos los americanos, y señalando; *Aunque la historia de tres siglos acá, relativamente a las causas y efectos más dignos de nuestra atención, sea tan uniforme y tan notoria que se podría reducir a estas cuatro palabras: ingratitud, injusticia, servidumbre y desolación.*¹¹

Viscardo, según lo comenta Lynch, consideraba que el acceso a los cargos públicos y el ejercicio de la gobernación eran cuestiones que tocaban el interés nacional; "Los intereses de nuestra patria no son otra cosa que los nuestros, y su buena o mala administración es asunto necesariamente nuestro; esto significa que sólo a nosotros pertenece el derecho de ejercerlas y que nosotros somos los únicos que podemos cumplir las funciones de gobierno, en beneficio de La Patria y de nosotros mismos."¹² Este fue el argumento principal de la proclama y del contenido de la carta, pues es el reclamo de la voluntad general y el contenido del ejercicio del poder por una voluntad expresada en el sufragio, por las leyes y los parlamentos en formación, ésto desencadenaría las diferentes proclamas para la formación de las independencias y la adopción del régimen federal, con la inclusión de comuneros propietarios e indígenas que engrosarían los ejércitos libertadores. De otra manera, vista la proclama la referencia hace alusión directa sobre el gobierno del pueblo y el inalienable derecho de auto gobernarse, como premisa fundamental de las modernas potestades constitucionales y la composición del nuevo sistema de poderes y elementos del Estado. En su carta, Viscardo señala enfáticamente; *El Nuevo Mundo es nuestra patria, su historia es la nuestra, y en ella es que debemos examinar nuestra situación presente para determinarnos, por ella, a tomar el partido necesario a la conservación de nuestros derechos propios, y de nuestros sucesores*".¹³

¹¹ *Ibíd.*

¹² LYNCH John. "Los factores estructurales de la crisis. La crisis del orden colonial, en, *La crisis estructural de las sociedades implantada*"s. Ediciones Unesco/ editorial Trotta, p. 50 (citando a Simons 1983:363, 366, 367,376)

¹³ Brading, Op. Cit. p.73

Es claro su sentir de la toma de derechos propios independientes y rehacer el derecho de lo justo para los españoles considerados como tales, pero sin olvidar el lugar del que ahora se refiera como patria, la América. Continúa su argumentación con principios tales como el valor de la "Patria" en una clara alusión a sus padres, es decir al "criollismo", sin dejar de reconocer a España como volviendo a las raíces de sus propias raíces, pero en un claro reclamo a la explotación y a la negación de un desarrollo, en condiciones de igualdad y de falta de libertad, sobre todo para el ejercicio del comercio en alusión a la economía manejada al arbitrio de la corona, y con un nuevo mapa americano que se conformaba por las posesiones en el Caribe, por parte de los países enemigos de la corona española sin la participación de quienes generaban el propio comercio americano y por ello señala:

Desde que los hombres comenzaron a unirse en sociedad para su más grande bien, nosotros (refiriéndose a los criollos americanos) somos los únicos a quienes el gobierno obliga a comprar lo que necesitamos a los precios más altos, y a vender nuestras producciones a los precios más bajos. Para que esta violencia tuviese el suceso mas completo, nos han cerrado, como una ciudad sitiada, todos los caminos por donde las otras naciones pudieran darnos a precios moderados y por cambios equitativos las cosas que nos son necesarias.¹⁴

En el mismo tono de reclamo hace conciencia de la indiferencia por los altos impuestos, el robo en nombre del comercio y a los ricos salarios de los extranjeros solapados por la corona y la negación de puestos a los criollos, acusando a España de su infidelidad al no cumplir con sus contratos. Tacha al Virrey de monstruo sanguinario así como de crueles a las cortes de España, en un denodado esfuerzo por mostrar la inequidad y el trato desigual.

¹⁴ Ibíd. p.75

Sus argumentaciones son también de tipo jurídico en refuerzo a los propios conceptos de orden filosófico y nos habla con igual vehemencia de la soberanía, y la división de poderes de Montesquieu, inspirado igualmente en las concepciones y alegatos de Las Casas, Rousseau y Raynal, haciendo un llamamiento a la Justicia y al respeto del individuo como un compromiso emanado de la jura del soberano, como una obligación insoslayable del ejercicio de su mandato, nulo en su cumplimiento en América, recriminación que hace por que el gobierno ha violado solemnemente la seguridad jurídica, refiriéndose al concepto de nación como parte integradora del todo que es el Estado. Reclama el uso de los mismos derechos que todo hombre debe tener y su libertad personal, más aún, como una herencia inestimable para la posteridad.

Fiel a la causa jesuita, no deja de hacer el correspondiente reclamo por la expulsión y acusa entre otras cosas a la corona de la sólo envidia en cuanto a lo económico, y sin mas justificante que la apropiación de las riquezas de la orden, entre las que debemos recordar, lo fuera también la riqueza personal del propio Viscardo. Razones más por las que su encono resulta provechoso para las causas independentistas en su exaltado y filosófico discurso, a lo que señala: "*La expulsión y ruina de los jesuitas no tuvieron, según toda apariencia, otros motivos que la fama de su riquezas, más éstas hallándose agotadas, el gobierno, sin compasión a la desastrosa situación a que nos había reducido, quiso aún agravarla con nuevos impuestos, particularmente en la América meridional, en donde en 1780 costaron tanta sangre en el Perú.*"¹⁵

Incluyo para cerrar, la ultima parte de la carta, considerando que esa parte resume el pensamiento de Viscardo en todo su esplendor y el vehemente llamado para la configuración de lo que motivó, sin duda, las luchas de Independencia Americana, haciendo hincapié en la postura del autor y que nada tiene que ver con las creencias de que sólo el Enciclopedismo y la Independencia de los Estados Unidos influyeron en el pensamiento de los criollos. El pensamiento y la exaltación de Viscardo a los problemas propios de América, quedan resumidos de manera

¹⁵ *Ibíd.* p. 86

magistral y bien explicada en su carta. Sería conveniente en otra ocasión transcribir completa la carta para su difusión y análisis, pues bien vale la pena, que como en su momento se conoció por Miranda en América, así se conociera en la actualidad.

¡Plugiese a Dios que este día, el más dichoso que habrá amanecido jamás, no digo para la América, sino para el mundo entero; plugiese a Dios que llegue sin dilación! ¡cuando a los horrores de la opresión, y de la crueldad, suceda el reino de la razón, de la justicia, de la humanidad; cuando el temor, las angustias y los gemidos de diez y ocho millones de hombres hagan lugar a la confianza mutua, a la más franca satisfacción, y al goce más puro de los beneficios del Creador, cuyo nombre no se emplee más en disfrazar el robo, el fraude y la ferocidad; cuando sean echados por tierra los odiosos obstáculos que el egoísmo más insensato opone al bienestar de todo el género humano, sacrificando sus verdaderos intereses al placer bárbaro de impedir el bien ajeno, ¡qué agradable y sensible espectáculo presentarán las costas de la América, cubiertas de hombres de todas las naciones, cambiando las producciones de sus países por las nuestras! ¡Cuántos, huyendo de la opresión, o de la miseria, vendrán a enriquecernos con su industria, con sus conocimientos y a reparar nuestra población debilitada!. De esta manera la América reunirá las extremidades de la tierra, y sus habitantes serán atados por el interés común de una sola GRANDE FAMILIA DE HERMANOS.¹⁶

Así, el pensamiento de Viscardo de manera esperanzadora e incendiaria permea de manera clara y definitiva a la América colonial, y es por ello su importancia en el sentir libertario, siendo pues así "El Filósofo de la Independencia en América", por ello firmemente convencidos de la importancia de la vida y obra de tan insigne personaje, es menester difundir su pensamiento y abundar así en la historiografía americana sin restar méritos a los que en su momento contribuyeron a la causa libertaria.

¹⁶ Escrito en mayúsculas en el original.

III. Bibliografía

BRADING, David, "Introducción de *Carta dirigida a los españoles americanos*". México. Fondo de Cultura Económica, 2004.

DE LA TORRE Villar, Ernesto. "*Los Guadalupes Como sociedad Secreta*". México Editorial Porrúa, S.A... 1985.

GUTIÉRREZ Escudero, Antonio. "Juan Pablo Vizcardo y su "Carta dirigida a los españoles Americanos"". *Araucaria*, Universidad de Sevilla España, año/vol.9, (017), primer semestre 2007.

LYNCH John. "*Los factores estructurales de la crisis. La crisis del orden colonial*", en, *La crisis estructural de las sociedades implantada*"s. Ediciones Unesco/ editorial Trotta, (citando a Simons 1983:363, 366, 367, 376)

MARTÍN-ALBO, Miguel. "*La Masonería una hermandad de carácter secreto*". Editorial LIBSA, España, 2007.

MATEOS, José Maria. "*Historia de la masonería en México*". Edición facsimilar de la de 1884. México, Cárdenas editores, 1965.

Pachari Rubén, en espacioblog.com

OROZCO, O .Víctor. "*El Estado de Chihuahua en el parto de la nación 1810-1831*". El colegio de Chihuahua, Instituto Chihuahuense de la cultura, Universidad Autónoma de ciudad Juárez, Plaza y Valdez, México, 2007.

RECOMENDACIONES EDITORIALES

LAS ACTAS CON ACUERDO EN EL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA.



*Reseña: Martín Gallardo García.**

ROMERO Flor, Luis María. *"Las actas con acuerdo en el procedimiento de inspección tributaria"*. España, Editorial Ciss S.A., 2012. 362 p.

El propósito de la obra que se reseña está dirigida a intentar llevar a cabo un metódico estudio¹ acerca de la terminación del procedimiento de inspección a través de actas con acuerdo, las cuales constituyen un fiel reflejo de las técnicas convencionales empleadas en la Ley General Tributaria española "LGT" 58/2003, aprobada el 17 de diciembre, la cual tiene como finalidad otorgar más seguridad jurídica al obligado

* Alumno del Doctorado Institucional de Derecho, División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad Juárez del Estado de Durango.

¹ Empleando para ello los materiales propios del campo jurídico, ésto es, la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho positivo, tanto nacional como foráneo, pues un análisis detenido de estas fuentes, pone de relieve una serie de cuestiones relativas a las actas con acuerdo, cuya respuesta no ha sido pacífica ni unánime, como tendremos oportunidad de analizar en esta obra que pretende contribuir en mínima medida al estudio de este tipo específico de actas y, al mismo tiempo, efectuar las consideraciones "*de lege ferenda*" sobre su régimen jurídico.

tributario y ser "*un instrumento, cuyo objetivo es reducir la conflictividad en el ámbito tributario*",² al preverse un posible "acuerdo" en forma conjunta entre la Administración y el obligado tributario que, de alcanzarse, se insertará en un acta de Inspección de los Tributos, y cuyo resultado sería la regularización de la situación tributaria del contribuyente en aquellos supuestos en los que deba "*concretarse la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto, o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta*".³

Tal y como lo acabamos de formular, puede llegar a pensarse que a través de este "acuerdo de fijación o concreción" conjunta de aquellos elementos inciertos que inciden en la cuantificación del hecho imponible, la LGT estaría brindando al contribuyente la oportunidad de participar de forma activa en el procedimiento de Inspección de los Tributos a través de la introducción de técnicas convencionales en el ordenamiento tributario.

Y es que las imprecisiones contenidas en las diversas normas jurídicas españolas, originadas principalmente por el frecuente empleo por parte del legislador de conceptos jurídicos indeterminados y cuestiones técnicas, tienen como consecuencia directa una cierta intensificación del margen de apreciación a favor de la Administración que sin lugar a dudas origina un aumento de la discrecionalidad⁴ (ya sea técnica o administrativa),⁵ lo

² Exposición de Motivos de la LGT.

³ Apartado primero del artículo 155 LGT.

⁴ *Vid.* entre otros, Ramallo Massanet, J., "La eficacia de la voluntad de las partes". En: *Crónica Tributaria*, (76), 1995, p. 95; y en la obra colectiva "*Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*". Marcial Pons – Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1996. p. 241; SERRATO Antón, F. "*La terminación convencional de procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales*". AEDF, Madrid, 1996. p. 25.

⁵ Con carácter generalizado, la discrecionalidad técnica se diferencia de la administrativa en que mientras que la primera es fruto de una incertidumbre en la norma jurídica, la segunda sería una potestad atribuida a la Administración para determinar el interés público.

En el ámbito de las técnicas convencionales, Rosembuj Erujimovich opina que "*la discrecionalidad (pura o técnica) en supuesto de actos de consenso no será unilateral ejercicio de autoridad, sino autoridad compartida, consentida, concordada, convenida, pacticia o, al límite contractual*" siendo "*la combinación entre el interés administrativo y el del particular proporcionan las discrecionalidades*

que unido al gran volumen de reclamaciones y recursos que se generan tanto en la vía económico-administrativa como en la jurisdicción contencioso-administrativa por estas cuestiones,⁶ es lo que ha impulsado al legislador español a introducir nuevas modalidades de resolución de conflictos en materia tributaria distintas a las jurisdiccionales, en virtud de las cuales *"el ciudadano cooperaría en el procedimiento, procurando garantizar no sólo sus intereses, sino también su concreto desarrollo para que pueda cumplir su función: la justa determinación del tributo"*;⁷ o lo que es lo mismo, hacer mucho más efectivo si cabe el deber de contribuir que a todos impone el apartado primero del artículo 31 de la Constitución Española⁸ "CE", porque tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español "TC", *"lo que unos no paguen debiendo de pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar"*.⁹

El punto, en relación con lo cual, ha señalado Botella García Lastra que *"es lo que se ha dado en denominar "Administración concertada" que*

compuesta o concurrente, ya que la decisión no puede prescindir del concurso o colaboración del interés que se adjudica el contribuyente", por lo que *"la discrecionalidad tributaria compuesta (pura o técnica) convoca en la atención del interés fiscal tanto el interés legítimo del ciudadano cuanto el que ostenta la Administración, frente a sí misma, cuando opera la decisión o elige la opción que estime conveniente u oportuna"*. ROSEMBUJ Erujmovich, T. *"La resolución alternativas de conflictos tributarios"*. En: PONT I. Clemente (coord.). *"Alternativas convencionales en el Derecho Tributario"*. Marcial Pons. Madrid. 2003. p.p. 101 -102.

⁶ Firma esta idea, Rosembuj Erujvich quien opina que *"la prevención del conflicto o su resolución amistosa entre las partes, mediante soluciones no jurisdiccionales, sirve para abreviar las dificultades de la recaudación fiscal y ofrecer certidumbre al comportamiento del contribuyente de masa, liberando el alto costo que hoy por hoy supone el conflicto"*. Rosembuj Erujmovich, T.: *"La resolución alternativas..."*, *Alternativas convencionales...* Op. cit. Pág. 114. Opinión a la que se adhiere Serrano Anton, al enfatizar que *"estos procedimientos descansan en la consensualidad y colaboración entre el poder público y los ciudadanos y pretenden ser menos costosos, más rápidos y cualitativamente más satisfactorios en sus resultados"*. SERRANO ANTÓN, F.: *"La terminación convencional"*... Op. Cit. p. 33.

⁷ BILBAO Estrada, I.: *"Los acuerdos tendentes a la determinación de la obligación tributaria en la nueva Ley General Tributaria"*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 2007. Pág. 70.

⁸ Al indicar que: *"Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio"*.

⁹ Vid. Sentencias del Tribunal Constitucional "STC" de 26 de noviembre 1984 (Fundamento Jurídico 3º "FJ"); de 26 de abril de 1990; de 17 de febrero de 2000; de 7 de julio de 2005 y Auto del Tribunal Constitucional "ATC" de 19 de junio de 2001.

*con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica, reduciendo la discrecionalidad decisoria de los poderes públicos, permite superar las resistencias y conseguir el mayor número posible de adhesiones", lo que lleva a la conclusión de que "si el contribuyente puede conocer con certeza y precisión la posición de la Administración Tributaria sobre un asunto concreto, tenderá, en la medida de lo posible, a ajustar su comportamiento a dicha posición, ya que de no hacerlo así no podría invocar el desconocimiento de la opinión administrativa como justificación de un eventual incumplimiento".*¹⁰

Siguiendo a Sánchez Morón, la terminación convencional es *"una forma de ejercicio de la discrecionalidad, en la que se sustituye la valoración unilateral de las exigencias del interés público que corresponde a la Administración por una estimación conjunta y una composición razonable con los intereses particulares implicados, en el marco de la regulación legal aplicable"*.¹¹

Justificado a grandes rasgos el interés del tema objeto de estudio y los medios a utilizar, resulta oportuno exponer a continuación, el contenido básico que el autor ha seguido en la elaboración de la obra, la cual consta de cuatro capítulos, a los que a continuación se hace referencia.

¹⁰ BOTELLA García-Lastra, C. *"La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos"* en la obra colectiva *Convención y Arbitraje... Op. Cit.* p. 200. De manera casi similar, Zornoza Pérez ha advertido con acierto al respecto que *"la realización de un gravamen acorde a la verdadera capacidad económica de los individuos ha conducido al establecimiento de figuras impositivas que, sobre todo en la imposición directa, exigen el conocimiento de un sin número de datos y circunstancias que la Administración difícilmente puede obtener por sus propios medios, lo que a su vez ha motivado la exigencia de una colaboración reciente por parte de los obligados tributarios. Y esa colaboración, que constituye una característica esencial de los procedimientos de gestión propios de un Derecho tributario de masas, no puede concebirse en exclusiva desde la perspectiva de los deberes de declaración, información, etc., que incumben a los obligados tributarios, sino que legitima igualmente su participación activa en dichos procedimientos"*. Zornoza Pérez J. J.: *"¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario español"* en la obra colectiva *Convención y arbitraje... Op. Cit.* p. 168 y en *Crónica Tributaria.* (77), 1996. p.p. 126 y 127.

¹¹ SÁNCHEZ Morón, M. *"La terminación convencional de los procedimientos administrativos"* En: la obra colectiva *Convención y arbitraje... Op. Cit.* p. 81.

El Dr. Romero Flor ha considerado acertadamente comenzar dedicando el primer capítulo al análisis acerca de la inserción de los acuerdos en los procedimientos tributarios, tomando como hipótesis de partida la redacción del artículo 88 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común "LRJAP-PAC", de aplicación supletoria a los procedimientos tributarios y por el que se introduce la posibilidad de realizar acuerdos, pactos o contratos entre la Administración y los administrados que puedan tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o, introducirse en los mismos con carácter previo a su terminación, superándose con ello la unilateralidad característica de la actuación administrativa. Si bien, para su adecuada puesta en funcionamiento dentro del ordenamiento tributario, sería aconsejable la aprobación de una normativa específica que regule el correspondiente acuerdo o convenio, pues únicamente por ahora, sólo se han regulado habilitaciones específicas como las que son objeto de análisis. Por otro lado, el segundo de los capítulos, titulado "*Régimen jurídico de las actas con acuerdo*", constituye el núcleo de su investigación, al abordarse el examen de su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo, de esta categoría específica de actas de la Inspección de los Tributos, los presupuestos que el legislador tributario estableció para que el Inspector Actuario pueda invitar al obligado tributario a regularizar su situación tributaria ante la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, concreción de la norma jurídica o la realización de mediciones, estimaciones o valoraciones relevantes para la determinación de la obligación tributaria; así como el procedimiento que debe de seguirse, los requisitos exigidos para su suscripción, referidos a la autorización por el órgano competente para liquidar y, la constitución de la debida garantía para asegurar la tutela del crédito tributario, y los efectos jurídicos derivados de su formalización.

El análisis constitucional es básico en el estudio de cualquier institución jurídica, no sólo de cara a corregir las posibles insuficiencias, sino también para comprender la misma realidad jurídica; por ello, se dedica el tercer capítulo, denominado "*Perspectiva dogmática y constitucional de las*

actas con acuerdo", a abordar la compatibilidad de esta figura con los principales principios tributarios que recoge la Constitución Española con el fin de conseguir un "*Sistema Tributario Justo*"; y concretados en el principio de capacidad económica, principio de igualdad, principio de legalidad, principio de tutela judicial efectiva, principio de seguridad jurídica e indisponibilidad de la obligación tributaria.

Para concluir la obra, el último capítulo lo dedica, al examen de las características que conforman la terminación convencional del procedimiento, a recoger el polémico debate doctrinal sobre uno de los aspectos decisivos de las actas con acuerdo, como es el de su naturaleza jurídica, con el objetivo de enmarcarlas en la categoría de técnica transaccional o acto administrativo; y así, tras el examen individual de cada una de las teorías formuladas, concretar la naturaleza jurídica que consideramos la más ajustada a la realidad de esta figura.

"IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS"



*Reseña: Carlos Mario Alvarado Licon**

CORZO Sosa Edgar, CARMONA Tinoco Jorge Ulises y SAAVEDRA Alessandri Pablo. *"Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. México, Tirant lo blanch, 2013. 463 p.

El pasado 1 de marzo del 2013, se presentó en la ciudad de Chihuahua el libro: "Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", una obra que compila aportaciones de 16 reconocidos especialistas en Derecho de América Latina, entre los que destacan el ex Presidente de la Corte Interamericana, Héctor Fix-Zamudio y el actual ombudsman de Chihuahua, Lic. José Luis Armendáriz González.

Con la presencia del Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David Góngora Pimentel, uno de los coordinadores de la obra, defensor de los derechos universitarios e Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Jorge Ulises Carmona Tinoco, la obra se presentó en el Auditorio "Raúl Cervantes Ahumada" de la Facultad de Derecho de la UACH, ante especialistas, profesionales y estudiantes en derecho de la ciudad de Chihuahua.

* Comisión Estatal de los Derechos Humanos, Chihuahua.

El tema en si es sugerente: "Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", porque remite al *quid* del derecho internacional: No basta que se pronuncien los derechos humanos, sino que en realidad se respeten y se hagan respetar en cada uno de los Estados miembros de la ONU o en este caso, de la OEA.

Poco a poco, y cada vez con mayor velocidad, se toma conciencia del impacto transformador del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en cada uno de los Estados miembros de la OEA.

Por medio de sus dos brazos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la promoción y protección de los derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano jurisdiccional, garantizan las libertades y derechos de las personas plasmados en la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, aprobada desde 1948.

El esfuerzo de las naciones americanas para formar un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no fue fácil, ni inmediato; se tenía que cruzar la barrera del tiempo para lograr pasar de los "buenos deseos" a tener un corpus legislativo robusto que pudiera defender a las víctimas de las violaciones a sus derechos y libertades fundamentales de sus propios gobernantes.

Mientras tanto, en los foros de la ONU y OEA, el gobierno mexicano salió en la defensa de los derechos de las naciones y de los grupos vulnerables; de la no violencia, de la soberanía de las naciones y de la solución pacífica de los conflictos.

Firmó todo tratado internacional; opinó sobre diversos temas y conjuntamente se había pronunciado en contra de países que violan los derechos humanos de las personas.

Pero la mayoría de los estados miembros de la OEA buscaban pasar de "los buenos deseos" y de las posiciones declarativas, a los hechos; a

crear una institución capaz de defender efectivamente a las víctimas y establecer las responsabilidades internacionales.

En 1969 lograron crear la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El entusiasmo declarativo del gobierno mexicano se detuvo y se negó a aceptar su adhesión.

Y no era para menos, pues eran una época de convulsión social estudiantil, a pocos meses del asesinato en masa de estudiantes en Tlatelolco en 1968 y posteriormente la llamada "guerra sucia" de la década del setenta en la que se generaron centenas de desapariciones forzadas de personas. No en pocas ocasiones, el Estado mexicano ha sido criticado por ser: "candil de la calle y oscuridad de la casa". Ya que las víctimas de tortura, desaparición forzada, asesinato jamás fueron atendidas ni se les procuró justicia ni verdad, y no podían acceder a la Corte Interamericana por que los gobernantes no aceptaban su adhesión.

Durante décadas, la cancillería mexicana solía responder ante los reclamos u observaciones de los Estados miembros de Naciones Unidas o la OEA, que no violaba los derechos de sus gobernados; que poseía una legislación nacional para cumplir y garantizar los derechos y libertades consagrados en la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre.

Sin embargo, el gobierno mexicano firmaba todo tratado de derechos humanos, sin adecuar sus leyes nacionales (federales, estatales o municipales).

Durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, la opinión internacional que calificaba a México como un constante violador de los derechos humanos, fue fundamental para la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos el 28 de enero de 1992.

A 18 meses antes de concluir el sexenio del Lic. Ernesto Zedillo Ponce de León, su canciller, Rosario Green anunció sorpresivamente en la ciudad

de Bogotá Colombia, el 30 de abril de 1998, el deseo del Estado Mexicano en aceptar la soberanía de la Corte, cuyo protocolo quedó listo en diciembre de ese año ante la OEA.

Es decir, 3 décadas después de haberse creado la Corte Interamericana, el Estado mexicano se declaraba listo para someterse a ésta pero interpone la condición de que se ventilarían todos los casos a partir de su adhesión ante ese órgano jurisdiccional; es decir, borrón y cuenta nueva.

Aquella decisión mereció pocos comentarios de la prensa, a pesar de que había una gran presión por la Asociación Mexicana para las Naciones Unidas (formada por Pablo Latapí) el PAN y organizaciones de la sociedad civil.¹

Seguramente, México no quería quedarse como el único país latinoamericano sin aceptar la competencia de la Corte Interamericana tal y como lo relata el que fuera el entonces Presidente de la Corte Interamericana, Doctor Héctor Fix-Zamudio.²

Sin la experiencia de sentirse juzgado o sentenciado, juristas connotados del Estado mexicano escribieron una serie de artículos sobre los posibles riesgos a la soberanía nacional y el derecho internacional.

En 2004, la primera sentencia en contra del Estado Mexicano en el caso Alfonso Martín del Campo Dodd, no causó impacto. La víctima fue detenida, torturada y condenada por delito de homicidio, pero en este caso, el Estado mexicano adujo que los hechos ocurrieron antes de que hubiera reconocido la competencia de la Corte y con ello "se libró" de las responsabilidades internacionales por haber violado los derechos de la víctima.

¹ Ver Fix Zamudio Héctor... "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos" Revista de Derechos Humanos, órgano informativo de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos del Estado de México, ed. CEDH Num. 43, Mayo-Junio 2000, México pp. 31-32.

² "La soberanía nacional y la Corte de Derecho".

No obstante, la verdadera prueba y transformación de la legislación mexicana fue cuando la CoIDH emitió las primeras sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano, en un breve lapso de 4 años:

- La Sentencia Castañeda Gutman, el 6 de agosto de 2008,
- Las sentencias: González y otras ("Campo Algodonero"), 16 de noviembre de 2009 y ese año el caso "Radilla Pacheco".
- En el año 2010 se emitieron tres sentencias: "Fernández Ortega y otros" (El 30 de agosto de 2010) y al día siguiente el "Rosendo Cantú" y un tercero que fue "Cabrera García y Montiel Flores" el 26 de noviembre de 2010.
- En 2011 se emitió la sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de Fernández Ortega y otros, la interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México.

Durante más de tres años, el impacto de las sentencias de la CoIDH en contra del Estado mexicano provocó reajustes internos y evidenciaron que la legislación nacional era incapaz garantizar los derechos humanos plasmados en la Carta y por ende, no podían cumplir con las sentencias de ese órgano jurisdiccional.

Este es el marco en la cual varios de los 16 escritores del presente libro: "IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS" narran sus experiencias, tesis y/o reflexiones en cada uno de sus trabajos sobre las dificultades de hacer cumplir estas sentencias para garantizar los derechos de las personas en sus respectivos países.

La creatividad de legisladores para aplicar la convencionalidad de los tratados, el activismo de las víctimas para exigir públicamente a los estados miembros sus compromisos internacionales por haber violado sus derechos, así como el diseño de nuevas políticas para garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas son algunos de los muchos temas que abordan en esta obra los 16 ponentes expertos.

En este contexto, es cuando el Estado mexicano concluyó en la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos en 2011, con la cual, los compromisos internacionales adquieren rango constitucional y con ello, la necesidad de iniciar un proceso de reformas legislativa y de las instituciones locales, estatales y federales para garantizar la defensa de los derechos humanos de las personas, bajo los principios de convencionalidad y "*pro hómine*".

Ahora, una gran cantidad de juristas, abogados, investigadores sociales y derecho humanistas han dirigido su mirada a los tratados internacionales, como instrumentos legales para acelerar la transformación de sus gobiernos y de la sociedad misma.

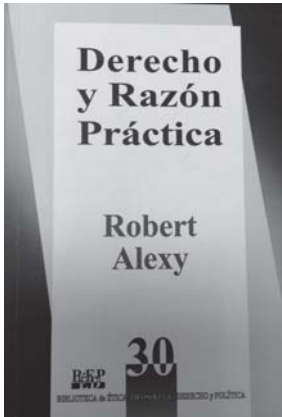
Y sobre todo, el que más ha impactado es a mi juicio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo por las sentencias dictadas en contra de un Estado miembro, sino también por la jurisprudencia, criterios u opiniones consultivas.

A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio del 2011, las sentencias que se emitan en las que el Estado Mexicano sea parte, son vinculatorias; es decir, son invocables y tendrán que acatarse los criterios interpretativos en cualquier juicio en el derecho interno.

En este sentido, la obra: "IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS" refleja esta época de cambio en todos los países americanos a partir de las sentencias de la Corte Interamericana y que seguramente transformarán las instituciones en cada pueblo americano y el Derecho internacional.

Sería injusto abordar parcialmente cada uno de los 16 textos de la obra. Más bien, este comentario pretende invitar a los lectores de *Quid Iuris* a disfrutar de la lectura de este libro, que se encuentra en venta en la ciudad de Chihuahua.

Mi reconocimiento por su excelente trabajo a los 3 coordinadores del libro: Edgar Corzo Sosa y Jorge Ulises Carmona Tinoco, especialistas en derechos humanos y distinguidos investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y a Pablo Saavedra Alessandri, Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haber conjuntado a los 16 especialistas y presentar un producto digno para académicos, profesionistas y derecho humanistas.



DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA

Reseña: Helvia Pérez Albo*

ALEXY, Robert. "Derecho y razón práctica". México. Editorial Fontamara, 2006. 91 p.

La aportación más interesante que nos dejó Ronald Dworkin fue, sin duda, que el Derecho no está constituido solamente por reglas sino también por principios, con ello, se permite poner en entredicho la tesis del positivismo metodológico que distingue conceptualmente el Derecho de la moral.

Para Dworkin, los principios jurídicos deben permitir la existencia de la única respuesta correcta cuando las reglas no la determinan, sin embargo, a pesar de reconocer no haber encontrado un procedimiento que demuestre que para cada caso hay una única respuesta correcta, el juzgador tiene la obligación de aproximarse a un juez ideal "Hércules", que es hábil, sabio, paciente y capaz de encontrar esa única respuesta correcta.

Para Robert Alexy, la teoría de Dworkin tiene una gran cantidad de preguntas sin resolver y en su libro *Derecho y razón práctica* trata de mostrar que los criterios utilizados por Dworkin para distinguir las reglas de los principios, a pesar de referirse a puntos importantes, no tocan el

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua; Especialista y Maestra en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Autónoma de México; Curso de Especialización en Constitucionalismo y Garantismo en la Universidad Castilla-La Mancha, Toledo, España; actualmente Secretaria Auxiliar del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

núcleo. Esto porque si se analiza a fondo la teoría de los principios, no es posible sostener la teoría de la única respuesta correcta.

Incorporar en las constituciones contemporáneas principios como: dignidad, igualdad, libertad, democracia, Estado de Derecho, Estado Social, tiene consecuencias en cuanto al carácter del sistema jurídico y el concepto de Derecho que sobrepasan por mucho el aspecto metodológico, dicho de otro modo, estar a favor de la tesis de la incorporación implica reconocer que dichos sistemas incluyen principios que pertenecen a la moral.

Alexy considera que la teoría de los principios tiene dos variantes: débil y fuerte. La primera consiste en establecer un catálogo de principios, sin señalar preferencias o prioridades de unos respecto de otros, por lo tanto, no determina para cada caso una única respuesta correcta; la segunda variante sería que, además de ese catálogo, se establecieran todas las relaciones de prioridad entre ellos para poder determinar de manera inequívoca una decisión para cada caso, de ser esto posible, la teoría de Dworkin sería acertada.

Para demostrar la teoría de la conexión necesaria entre Derecho y moral, además de la teoría de la incorporación de principios en el sistema jurídico, Alexy se basa en dos argumentos: el de la corrección y el de la injusticia. Con el argumento de la corrección, trata de mostrar que todo participante del sistema jurídico, al formular proposiciones sobre ese sistema, siempre lleva la pretensión de que sus proposiciones sean correctas, en otras palabras: el legislador al producir un texto legislativo pretende que ese texto sea correcto, es decir, pretende que sea justo, lo anterior se aplica de igual manera en el ámbito del juzgador, éste al tomar una decisión judicial, pretende que esa decisión sea correcta.

De ahí, sigue el argumento de la injusticia en virtud de que la pretensión de corrección, creada por el legislador o por el juzgador, implica que el texto que se produce no exprese cierto contenido: aquél que ultrapasa un nivel tolerable de injusticia o que configure una injusticia extrema.

Nuestro autor afirma que no existe ningún procedimiento que nos permita llegar en cada caso a la única respuesta, sin embargo, considera que sí es posible que una decisión judicial esté fundamentada con argumentos racionales que pretendan elevar la respuesta planteada como la única respuesta correcta.

Una decisión judicial racional se logra a través de la teoría del discurso, la cual parte de la pretensión de corrección que tiene el juez de justificar sus decisiones de manera correcta. Si el sistema jurídico incluye principios que tienen un contenido moral y el juez recurre a ellos aplicándolos a casos concretos, entonces la pretensión de corrección jurídica del juez incluye una pretensión de corrección moral, esto es, el juez al emitir una resolución, fundamenta su decisión en razones que son formalmente jurídicas y materialmente morales.

Derecho y razón práctica, nos deja claro que, desde el punto de vista del autor, hay un nexo insoslayable entre el concepto de Derecho y la pretensión de corrección como justicia, y aún más, nos demuestra que, hay un nexo conceptual entre el Derecho y la moral, correcta o adecuada, derivado de la pretensión de justificabilidad que tiene el juez al tomar decisiones en casos concretos en términos de una moral justificable y, por lo tanto, correcta.

TEE
CHIHUAHUA

LINEAMIENTOS EDITORIALES

Contienen las reglas generales que deberán cumplir los trabajos que sean propuestos para ser publicados en la revista *Quid Iuris*, órgano de difusión del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

CONTENIDO

Formato

Citas bibliográficas

- A. Cuando se refiere a libros.
- B. Cuando se refiere a un capítulo de un libro.
- C. Cuando se refiere a libros electrónicos.
- D. Cuando se refiere a un capítulo de un libro electrónico.
- E. Cuando se refiere a un diccionario o enciclopedia como un todo.
- F. Cuando se refiere a una voz de un diccionario o enciclopedia.

Citas hemerográficas

- A. Cuando se refiere a revista impresa.
- B. Cuando se refiere a un artículo de una revista impresa.
- C. Cuando se refiere a revistas electrónicas.
- D. Cuando se refiere a un artículo de una revista electrónica.
- E. Cuando se refiere a un periódico.
- F. Cuando se refiere a un artículo de una sección de un periódico.

Citas de legislación, jurisprudencia, tesis relevantes y resoluciones judiciales

- A. Cuando se refiere a un ordenamiento jurídico.
- B. Cuando se refiere a tesis de jurisprudencia o relevantes.
- C. Cuando se refiere a una resolución judicial.

Abreviaturas

- **RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS.** Toda colaboración deberá ser enviada en formato electrónico al Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, sito en Calle 33ª, Núm. 1510, Col. Santo Niño, C.P. 31320, Chihuahua, Chih. o bien, enviarse al correo electrónico **quidjuris@techihuahua.org.mx**
- **DATOS Y AFILIACIÓN DE AUTORES.** Toda colaboración deberá ir precedida de una hoja en la que aparezcan además del título del trabajo: el nombre del autor, una breve reseña biográfica, así como su afiliación institucional y su dirección postal.
- **RESUMEN DEL DOCUMENTO.** Se solicita además acompañar un resumen (de 150 palabras) en que se sinteticen los propósitos y conclusiones principales del trabajo (*abstract*). Los artículos deberán ser originales e inéditos.
- **ORIGINALIDAD.** El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de los autores, así como garantizar el carácter inédito del artículo y que han obtenido los permisos del titular o titulares del material que no les es propio. El Consejo Editorial de la revista se reserva el derecho de aceptar y publicar excepcionalmente trabajos no inéditos, por lo cual el autor deberá manifestar ese hecho e incluir la referencia bibliográfica correspondiente.
- **PONENCIAS DE EVENTOS ACADÉMICOS.** En el caso de ponencias presentadas en eventos académicos, deben especificarse también los siguientes datos: nombre del evento, instituciones patrocinadoras, ciudad y fecha en que se llevó a cabo.

Los autores de los artículos publicados recibirán un mínimo de cinco ejemplares de cortesía de la Revista.

FORMATO

Los trabajos originales deben ser entregados en formato electrónico en el procesador de texto *Word*. Deben ser escritos en hoja tamaño carta, con márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros e izquierdo y derecho de 3 centímetros; 1.5 de interlínea y letra arial de 12 puntos, con una extensión de entre 15 y 30 cuartillas.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

A continuación se precisan los datos que deben contener las citas bibliográficas, cabe mencionar que **la bibliografía será igual**, a excepción de la referencia a la página consultada.

Documentos impresos y electrónicos

A. Cuando se refiere a libros

El orden en que deberán aparecer los distintos elementos que integran las notas, si es que los hay todos, es el siguiente:

1. Autor.
2. Título de la publicación (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Edición (la primera no debe indicarse).
4. Lugar de publicación.
5. Editorial.
6. Colección (si es el caso)
7. Volumen o tomo (si es el caso)
6. Año de publicación.
7. Página.

B. Cuando se refiere a un capítulo de un libro

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor (es) del capítulo.
2. Título del capítulo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. En: subrayado y seguido de dos puntos, nombre del autor del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo, seguido del título del libro.

4. En su: subrayado y seguido de dos puntos, cuando el autor del capítulo es el mismo autor del libro.
5. Lugar de publicación.
6. Editorial.
7. Año de publicación.
8. Página.

C. Cuando se refiere a libros electrónicos

Fecha de consulta. Deberá incluir en la referencia la fecha en que el documento fue revisado, entre corchetes, precedida por la palabra «fecha de consulta», por último, deberá contemplar día, mes y año.

Disponibilidad y acceso. Para los recursos en línea se deberá proveer información que identifique y localice el documento consultado. Esta información deberá estar identificada por las palabras «*Disponible en*». La información de la ubicación de documentos en línea en una red computacional como Internet, deberá estar referida al documento que fue consultado, incluyendo el método de acceso a él (por ejemplo: ftp, http://..., etc.) así como la dirección en la red para su localización. Dicha dirección deberá transcribirse tal cual.

La cita se construye con los siguientes datos:

1. Autor(es), ya sea institucional o personal.
2. Nombre del documento (entrecomillado y en letras itálicas)
3. Tipo de medio [entre corchetes].
4. Edición o versión.
5. Lugar de publicación.
6. Editor.
7. Fecha de publicación.
8. Editor.
9. Fecha de consulta [requerido para documentos en línea; entre corchetes].
10. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).

D. Cuando se refiere a un capítulo de un libro electrónico

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor(es), ya sea institucional o personal.
2. Título del documento (entrecomillado y en letras itálicas)
3. Tipo de medio [entre corchetes].
4. Edición.
5. Lugar de publicación.
6. Editor.
7. Fecha de publicación.
8. Fecha de revisión/actualización.
9. Fecha de consulta [requerido para documentos en línea; entre corchetes].
10. Capítulo o designación equivalente de la parte.
11. Título de la parte.
12. Ubicación del material original.
13. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).

E. Cuando se refiere a un diccionario o enciclopedia como un todo.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Editor (ed.), compilador (comp.), director (dir.)
2. Título (entrecomillado y en letras itálicas)
3. Edición (excepto la primera).
4. Lugar de publicación.
5. Editorial.
6. Año.
7. Páginas

F. Cuando se refiere a una voz de un diccionario o enciclopedia.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Voz.
2. En:
3. Editor (ed.), compilador (comp.), director (dir.).
4. Edición (excepto la primera).
5. Lugar de edición.
6. Editorial.
7. Año.
8. Página específica del término.

CITAS HEMEROGRÁFICAS

A. Cuando se refiere a revista impresa

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Título de la revista
2. Lugar de publicación
3. Volumen
4. Número (anotar entre paréntesis)
5. Fecha (indicar mes y año)

B. Cuando se refiere a un artículo de una revista impresa

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor (es) del artículo.
2. Título del artículo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título de la revista (en letra cursiva o subrayada).
4. Volumen (cuando la revista lo incluye).
5. Número (anotar entre paréntesis).
6. Paginación (precedida de dos puntos).
7. Fecha (indicar mes y año).

C. Cuando se refiere a revistas electrónicas

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Título (letra mayúscula)
2. Tipo de medio [entre corchetes].
3. Edición.
4. Lugar de edición.
5. Editorial.
6. Fecha de publicación.
7. Fecha de consulta (requerida para documentos en línea; entre corchetes).
8. Serie (opcional).
9. Notas (opcional).
10. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).
11. Número internacional normalizado (ISSN).

D. Cuando se refiere a un artículo de una revista electrónica

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor(es) del artículo o contribución, ya sea institución o persona.
2. Título del artículo o contribución (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título de la revista o serie electrónica (en letra cursiva o subrayado).
4. Tipo de medio [entre corchetes].
5. Volumen.
6. Número.
7. Día, mes y año.
8. Fecha de consulta [requerida para documentos en línea; entre corchetes].
9. Ubicación dentro del documento original.
10. Disponibilidad y acceso (requerida para documentos en línea).
11. Número internacional normalizado (ISSN).

E. Cuando se refiere a un periódico.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor
2. Título del artículo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título del diario (en letra cursiva o subrayada).
4. Lugar de publicación.
5. Fecha (indicar día, mes y año).
6. Paginación.
7. Columna.

F. Cuando se refiere a un artículo de una sección de periódico

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor.
2. Título del artículo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título del diario (en letra cursiva o subrayada).
4. Lugar de publicación.
5. Fecha (indicar día, mes y año).
6. Página.
7. Columna.

8. Nombre de la sección del diario entre paréntesis y precedido de En sección:

CITAS (LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA, TESIS RELEVANTES Y RESOLUCIONES)

A. Cuando se refiere a un ordenamiento jurídico

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Número de la ley y/o denominación oficial si la tiene.
2. Título de la publicación en que aparece oficialmente.
3. Lugar de publicación.
4. Fecha (indicar día, mes y año).

B. Cuando se refiere a tesis de jurisprudencia o relevantes

1. Si en el trabajo ya se ha citado el número de tesis y el rubro, únicamente se especificará:

Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 28-29.

2. Si en el trabajo no se ha citado el número de tesis y el rubro, se especificará:

Sala Superior, tesis S3ELJ 01/2005. APELACIÓN. CASO EN QUE LA PUEDEN INTERPONER LOS CIUDADANOS (Legislación de Michoacán). Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 28-29.

C. Cuando se refiere a una resolución judicial

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-69/2009 y acumulados, de fecha 11

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
Cfr.	Confróntese, confrontar
Comp.:	Compilador. Persona que reúne en una sola obra partes o textos de otros libros.
Coord.	Coordinador
et al.	Abreviatura del término latino et allis que quiere decir y otros. Se utiliza para señalar que hay más de tres autores en la creación de la obra.
ed. eds.	Editorial, editoriales.
ibid.	Abreviatura del término latino "ibidem" que significa en el mismo lugar, lo mismo. Se utiliza para evitar la repetición de la cita anterior. Cuando la referencia es exactamente la misma a la que precede, se usará solamente la abreviatura <i>Ibid.</i> En cambio, si el número de páginas es diferente, se utilizará <i>Ibid.</i> y a continuación el número de páginas.
Ídem	Se utiliza para evitar la repetición de la cita anterior, si se trata de una referencia a la misma obra e incluso la misma página.
in fine	Al final
loc. cit.	Abreviatura del término latino locus citatum, que significa lugar citado. Se utiliza para evitar la repetición de la cita de un trabajo ya mencionado, con referencias intermedias y cuando corresponde a las mismas páginas.
op. cit.	Abreviatura del término latino "opus citatum", que significa obra citada. Se utiliza cuando se desea volver a referirse a una cita ya mencionada, pero no consecutiva y cuando corresponda a diferentes páginas del trabajo. Se debe repetir el apellido del autor y poner a continuación: Op. Cit., y el número de páginas.
Passim	En varias partes.
s. a.	Sin año de publicación.
s. e.	Sin editorial.
s. f.	Sin fecha de edición.
s.l.	Abreviatura del término latino sine locus. Quiere decir que se desconoce la ciudad o el lugar de la edición, ya que no se consignó dentro de la obra.
s.n.:	Abreviatura del término latino sine nomine. Quiere decir que se desconoce el nombre de la editorial, editor o distribuidor de la obra.
ss.	Siguientes.
Trad.	Traductor.
t. ts.	Tomo, tomos
Vid.	Ver
Vol. o V. Vols. o Vv.	Vol. Volumen dado de una obra en varios volúmenes Vols. Volúmenes. Se refiere al número de volúmenes que consta la obra.

QUIDIURIS

Año 7 Volumen 21

Publicación trimestral
del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua

Se imprimió la última semana del mes
de mayo del 2013 en la ciudad
de Chihuahua, México

Producción Editorial integral;
Aarón Carrasco/Artigraf

Se terminó de imprimir en
Impresos Fuentes
Tel. (614) 415-27-55
Chihuahua, Chih. México

e-mail: colofox66@gmail.com

Impreso y hecho en México

