

INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Antinomias y lagunas: caso Hank Rohn

ALFONSO J. GARCÍA FIGUEROA

Nota introductoria

Eduardo Hernández Sánchez
y Sergio Arturo Guerrero Olvera



**INTERPRETACIÓN CONFORME
A LA CONSTITUCIÓN**

Antinomias y lagunas: caso Hank Rohn

COMENTARIOS A LA SENTENCIA
SUP-JDC-695/2007

Alfonso J. García Figueroa

NOTA INTRODUCTORIA A CARGO DE

*Eduardo Hernández Sánchez
y Sergio Arturo Guerrero Olvera*

342.76568 García Figueroa, Alfonso J.
G5322i

Interpretación conforme a la Constitución : antinomias y lagunas: caso Hank Rohn / Alfonso J. García Figueroa; nota introductoria de Eduardo Hernández Sánchez y Sergio Arturo Guerrero Olvera. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

55 p.; + 1 CD-ROM. -- (Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; 9)
Contiene Sentencia SUP-JDC-695/2007

ISBN 978-607-7599-41-8

1. Derechos políticos – México. 2. Derechos del ciudadano – juicios. 3. Sentencias – TEPJF – México. 4. Medios de impugnación – Derecho Electoral. 5. Jorge Hank Rohn. I. Hernández Sánchez, Eduardo. II. Guerrero Olvera, Sergio Arturo. III. Serie.

**SERIE COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL
DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

D.R. 2008 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero No. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Enrique Ochoa Reza,
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores.

Impreso en México

ISBN 978-607-7599-41-8

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Rafael Estrada Michel

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena

CONTENIDO

Presentación	9
Nota introductoria	13
Interpretación conforme a la Constitución. Antinomias y lagunas: caso Hank Rohn	21

SENTENCIA

SUP-JDC-695/2007.....	Incluida en CD
-----------------------	----------------

PRESENTACIÓN

En *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Gustavo Zagrebelsky sostiene que el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como “partes del derecho”, y no como “todo el derecho”, en razón de que las exigencias del Estado constitucional nos han llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional, en la que los jueces son los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.¹

Lo anterior implica un cambio de paradigma, en virtud del cual no pueden aplicarse de forma automática disposiciones restrictivas de los derechos fundamentales. Los jueces tienen el deber de identificar la ley o tratado que los reconozca de manera más amplia, para estar en condición de determinar si la limitante es justificada o no.

Dicha problemática en absoluto es ajena a la justicia electoral mexicana: en la sentencia identificada con la clave SUP-JDC-695/2007 se analizó la constitucionalidad y legalidad de una resolución emitida por el Tribunal Electoral del Estado de Baja California, que revocó la candidatura a Gobernador del ciudadano Jorge Hank Rhon, en ese entonces Presidente municipal de Tijuana.

La revocación se dio en razón de que el artículo 42 de la Constitución de esa entidad establece que no podrán ser electos Gobernador del Estado, entre otros, “los diputados y senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, Presidentes municipales, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el periodo para el que fueron electos, aun cuando se

¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, España, 1995.

separen de sus cargos; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo”.

Se trata de un caso de evidente relevancia jurídica que, en esta nueva entrega de Comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, es analizado con rigor académico por el doctor Alfonso J. García Figueroa. El autor califica el asunto como un “caso difícil”, en virtud de que implica la necesidad de realizar una reflexión de teoría del derecho, en la que se enfrenta el enfoque legalista con el llamado antilegalista.

Para la corriente legalista, sólo debe recurrirse a la interpretación jurídica en caso de duda, en atención al principio *in claris non fit interpretatio* (ante la claridad no cabe interpretación). En este contexto, un análisis gramatical del dispositivo constitucional combatido indefectiblemente llevará a la conclusión de que no es factible privilegiar el derecho político-electoral afectado, toda vez que la norma suprema de esa entidad, de forma expresa, restringe la prerrogativa ciudadana de sufragio pasivo (de ser electo Gobernador), para quienes tengan el carácter de Presidente municipal, y su periodo aún no concluya.

En contrapartida, el autor precisa que la postura antilegalista, adoptada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), es la que más se ajusta al Estado constitucional, debido a que permite maximizar la tutela del derecho político-electoral restringido, el cual tiene el carácter de derecho fundamental.

Lo anterior se derivó a partir de una interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este artículo establece, entre otros aspectos, que los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y ratificados por el Senado, serán junto con la propia norma fundamental y las leyes que de ella emanen, la Ley Suprema de toda la Unión.

La prerrogativa ciudadana del voto pasivo, en efecto, se encuentra reconocida de forma más amplia en un tratado internacional ratificado por el gobierno mexicano, por lo tanto debe tutelarse. En esa línea de razonamiento, resulta injustificada la

restricción contenida en el artículo 42 de la Constitución Política del Estado de Baja California, dado que la medida no es idónea, necesaria, ni proporcional, de conformidad con la Teoría de los derechos fundamentales, cuyo principal exponente es Robert Alexy.

En su análisis, García Figueroa destaca el voto concurrente del Magistrado Salvador O. Nava Gomar, ya que si bien arriba a la misma conclusión, lo hace a través de una metodología que revela un profundo compromiso con el ideario neoconstitucionalista.

El análisis de esta sentencia forma parte de la contribución del TEPJF para fomentar el debate de sus sentencias, necesario en todo Estado Constitucional Democrático de Derecho.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

NOTA INTRODUCTORIA

SUP-JDC-695/2007

*Eduardo Hernández Sánchez**
*y Sergio Arturo Guerrero Olvera***

Contexto sociopolítico de la impugnación

Uno de los propósitos que busca el ciudadano es exigir a los gobernantes electos por el voto popular, el cumplimiento del encargo conferido por todo el tiempo previsto constitucionalmente, como garantía de que las líneas de gobierno ofrecidas en campaña se cumplan.

La legislación del Estado de Baja California recogió ese pensamiento y reformó la Constitución local para determinar que los presidentes municipales en funciones de esa entidad, entre otros cargos de elección popular, no podrían contender en la elección de Gobernador del Estado a celebrarse el 5 de agosto de 2007.

A pesar de esta prohibición, el ciudadano Jorge Hank Rhon, quien fue electo para desempeñar el cargo de presidente municipal del ayuntamiento de Tijuana, Baja California, del 1 de diciembre de 2004 al 30 de noviembre de 2007, fue postulado por la coalición “Alianza para que Vivas Mejor” al cargo de gobernador del estado.

El Consejo Estatal Electoral de Baja California otorgó el registro como candidato a gobernador al citado ciudadano, pero éste se impugnó por la diversa coalición “Alianza por Baja California”.

* Miembro de la Barra Mexicana de Abogados.

** Secretario Instructor en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California revocó el acuerdo de registro emitido por el Consejo Estatal Electoral del Instituto Estatal Electoral de esa entidad, y ordenó a la coalición “Alianza para que Vivas Mejor” realizara la sustitución de ese candidato.

En contra de esa resolución, el 27 de junio de 2007, Jorge Hank Rhon promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

El 6 de julio de 2007, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinó revocar la resolución del tribunal local, y dejó subsistente el otorgamiento del registro del candidato, en esencia, por lo siguiente:

Planteamiento del problema y síntesis de las consideraciones torales

La cuestión central consistió en determinar los alcances de lo dispuesto en los artículos 41, fracción VI y 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado de Baja California, respecto de si los presidentes municipales de esa entidad pueden ser candidatos a gobernador durante el periodo para el que fueron electos.

El primero de dichos preceptos permite, a quien ocupa un cargo, empleo o comisión en los ayuntamientos, el ejercicio del derecho a ser votado como gobernador del estado, siempre y cuando se separe del cargo 90 días antes de la elección.

En el segundo de los preceptos, se prevé que no podrán ser electos a ese cargo, entre otros, los presidentes municipales, aun cuando se separen de su cargo.

Para resolver esta cuestión, resultó necesario acudir a los métodos de interpretación funcional y sistemático establecidos en el artículo 2º de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

En su demanda, el actor adujo, entre otras cuestiones, que resultaba aplicable la convención americana de derechos humanos.

La Sala Superior procedió al análisis de ese argumento y consideró que el artículo 133 constitucional, reconoce como parte del sistema jurídico mexicano a los tratados internacionales, sobre todo cuando potencializan y maximizan el derecho a ser votado.

En la resolución se estima que los tratados tienen fuerza de ley y son de observancia obligatoria porque forman parte de nuestro sistema jurídico, al ser firmados por el presidente de la república y ratificados por el Senado.

En ese tenor, cuando los tratados internacionales amplían los derechos fundamentales mínimos establecidos en el sistema jurídico, es dable armonizarlos con las disposiciones legales y aplicar las normas que sean más favorables a las libertades.

También se aplicó el principio conocido como *in dubio pro libertate* o *in dubio pro homine*, en razón del cual, ante la duda provocada por disposiciones ambiguas o vagas, se debe estar a la interpretación más favorable a los derechos fundamentales y a su maximización.

En el artículo 23, apartado 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como pacto de San José), se prevé, en esencia, que todos los ciudadanos deben gozar del derecho a ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, por voto secreto, y que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal.

En esencia, la sala advirtió que esta disposición es acorde con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el derecho político-electoral previsto en la fracción II del artículo 35 constitucional, en cuanto a que las únicas limitaciones permitidas constitucionalmente al derecho de ser votado, sólo se justifican cuando se deben a circunstancias inherentes a la persona, con lo cual, evidentemente, se excluyen otro tipo de atributos o circunstancias que limiten ese derecho.

Aplicando las citadas disposiciones del pacto de San José y el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se arribó al

convencimiento de que en el artículo 41, fracción VI de la Constitución de Baja California, que permite el ejercicio del derecho a ser votado, se maximiza ese derecho, sin someterlo a restricciones no idóneas, desproporcionales o innecesarias para el desarrollo democrático de los derechos de los ciudadanos.

Lo anterior, a diferencia del artículo 42, párrafo tercero, de la misma Constitución, que establece una disposición limitante de ese derecho fundamental, que no tiene nada que ver a las calidades intrínsecas del ciudadano, pues deriva de su carácter de servidor público municipal elegido por voto popular, aparte de que no se trata de una restricción proporcional, idónea y necesaria.

Por tanto, se estimó que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI de la Constitución de Baja California, porque maximiza los principios de participación política, potencializa los derechos político-electorales de los ciudadanos, al permitir la participación plural de candidatos, y ampliar las opciones políticas para los electores, lo cual es más acorde con los compromisos adquiridos por nuestro país ante la comunidad internacional.

Lo anterior, partiendo de la base de que el derecho de ser votado es un derecho fundamental que no debe ser restringido, sino en su caso ampliado, puesto que la democracia implica participación y no limitación al ejercicio de los derechos fundamentales.

Finalmente, se estableció que el desempeño de un cargo de elección popular, por cuanto constituye el ejercicio de un derecho político consignado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no debe erigirse a la vez en obstáculo para ejercer ese mismo derecho, respecto a un cargo electivo diverso.

Marco normativo

PRECEPTOS INTERPRETADOS. Los artículos 41, fracción VI y 42, párrafo tercero, de la Constitución de Baja California, los cuales establecen:

Artículo 41. Para ser Gobernador del Estado se requiere:

...

VI. No tener empleo, cargo o comisión en el Gobierno Federal, Estatal o Municipal, en los organismos descentralizados municipales o estatales, o Instituciones educativas públicas; salvo que se separen en forma provisional, noventa días antes del día de la elección.

Artículo 42. No podrán ser electos Gobernador del Estado: el Secretario General de Gobierno, los Magistrados y Jueces del Tribunal Superior de Justicia del Estado, el Procurador General de Justicia y los Secretarios y Directores del Poder Ejecutivo, salvo que se separen de sus cargos en forma definitiva, noventa días antes de la elección.

...

Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, Presidentes Municipales, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el periodo para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo.

ARTÍCULOS RELEVANTES DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. En especial, destaca lo dispuesto en el artículo 23, apartado II, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en la parte que interesa, señala:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

DEBER DE APLICAR TRATADOS INTERNACIONALES.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales suscritos por el Presidente y ratificados por el Senado, forman parte del sistema jurídico nacional, razón por la cual sirven de sustento para resolver la controversia planteada.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia relativo a que los Tratados Internacionales forman parte del sistema jurídico mexicano, conduce al principio de que los derechos fundamentales no están sometidos a la distribución de competencias del Estado Federal, por lo que cualquier norma puede preverlos, ampliarlos o complementarlos y toda autoridad está en la obligación de respetarlos.

Esto es, tratándose de los derechos fundamentales, por ser derechos mínimos, es posible ubicarlos fuera de las competencias de las autoridades, pues cuando la Constitución federal reconoce las libertades y derechos, no lo hace solamente para la autoridad federal, sino que es extensivo para todas las demás autoridades en el ámbito de su competencia; por ello, los derechos fundamentales no necesariamente están en las relaciones de competencias, sino que pueden trascender a éstas y, precisamente, ésta es la cualidad expansiva de esos derechos, porque los consagrados por una autoridad federal pueden ser ampliados por las demás autoridades en sus ámbitos espacial y personal de validez.

De la misma manera, la Constitución permite que el derecho internacional expanda los consagrados en el sistema jurídico nacional, pues los derechos fundamentales sólo están protegidos contra cualquier restricción o suspensión, en términos de su artículo 1º, por lo cual, a *contrario sensu*, se permite su ampliación, si se tiene en cuenta que la Constitución establece exclusivamente

un catálogo mínimo de derechos fundamentales, que sirven de limitante a la autoridad, a fin de garantizar, el desarrollo pleno del individuo en el contexto social, cuya dinámica conduce a la constante conquista de nuevos derechos fundamentales, razón por la cual cualquier maximización o potencialización de los derechos fundamentales contribuye a cumplir de mejor manera ese fin social.

CRITERIO DE LA CORTE RESPECTO AL DERECHO DE SER VOTADO. La interpretación sustentada por la Suprema Corte, respecto de la forma en que debe entenderse el artículo 35 constitucional sirve de criterio orientador para interpretar lo dispuesto en el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, puesto que, en la parte conducente, se fija la imposibilidad para limitar el derecho fundamental sobre la única base de su carácter de funcionario municipal durante el periodo de su encargo, al no corresponder ésta, a calidades inherentes a la persona.

PRINCIPIOS INVOCADOS. Uno de los argumentos torales del fallo reclamado es el principio *in dubio pro homine*, o *indubio pro libertate*, que es un criterio de interpretación comúnmente aceptado, consistente en interpretar a favor de los derechos fundamentales, cuando existe duda acerca de su alcance. Esto es, cuando hay ambigüedad en las normas o duda acerca de su significado, que conducen a dos sentidos distintos, debe favorecerse la libertad, es decir, debe estarse a la interpretación que sea favorable a los derechos fundamentales. Aplicar este criterio de interpretación, conduce a estarse a la permisión prevista en el artículo 41, fracción VI, de la Constitución de Baja California, en lugar de la prohibición prevista en el artículo 42, párrafo tercero, de la misma Constitución.

Glosario¹

Coalición. Unión de dos o más partidos políticos para participar de manera conjunta en una elección, a través de la postulación de los mismos candidatos.

Derecho fundamental. Las prerrogativas a que tiene derecho todo individuo por el simple hecho de ser humano, por ejemplo la vida, la libertad, etcétera.

Interpretación. Dotar de significado a algo.

Métodos de interpretación funcional y sistemática. Mecanismos para dotar de significado a una disposición jurídica, a través del estudio de la finalidad perseguida por ésta (funcional), y su relación con las demás que integran el ordenamiento legal al cual pertenece (sistemática).

¹ Los conceptos propuestos no tienen pretensión de universalidad, pues están orientados al contexto de la *litis* abordada en la resolución.

INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Antinomias y lagunas:
caso Hank Rohn

*Alfonso J. García Figueroa**

EXPEDIENTE:
SUP-JDC-695/2007

SUMARIO: I. Planteamiento; II. Las sucesivas controversias sobre un asunto presuntamente claro; III. Los argumentos implicados; IV. Casos fáciles y casos difíciles; V. Legalismo contra neoconstitucionalismo; VI. El planteamiento legalista y formalista. Una antinomia; VII. Un conflicto de razones. Legalismo contra neoconstitucionalismo. VIII. La Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; IX. A modo de conclusión.

I. Planteamiento

El 6 de julio de 2007, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvía el juicio promovido por D. Jorge Hank Rhon contra una resolución del Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial

* Doctor en Derecho y profesor titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Toledo.

del Estado de Baja California que revocaba el acuerdo favorable a su inscripción en el registro de su candidatura a Gobernador de ese estado. En síntesis, los hechos que dieron lugar a esa causa fueron los siguientes. El señor Hank Rhon era Presidente municipal del Ayuntamiento de Tijuana para el periodo comprendido entre los años 2004 y 2007 cuando solicitó su registro como candidato a Gobernador del estado de Baja California. Dado que la candidatura del señor Hank Rhon satisfizo los requisitos y formalidades establecidos por los artículos 284, 285 y 286 de la Ley de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Baja California, en principio nada debería impedir su candidatura, puesto que, por otra parte, el párrafo sexto del artículo 41 de la Constitución de Baja California exige meramente de los candidatos:

No tener empleo, **cargo o comisión en el Gobierno** Federal, Estatal o **Municipal**, en los Organismos descentralizados municipales o estatales, o Instituciones educativas públicas; **salvo que se separen en forma provisional, noventa días antes del día de la elección.** (El énfasis es mío.)

Esto significa que la provisional separación de su cargo de Presidente Municipal sería la exigencia que le bastaría satisfacer al señor Hank Rhon para concurrir a las elecciones de Gobernador. Sin embargo, este precepto constitucional no es el único relevante en este caso, pues desde la reforma de los artículos 18, 42 y 80 de la Constitución de Baja California, reforma aprobada y finalmente publicada mediante Decreto núm. 99 con fecha 4 de octubre de 2002, el párrafo tercero del artículo 42 indica que no podrán ser electos Gobernadores:

(l)os Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, **Presidentes Municipales**, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos **durante el periodo para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos;** con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieran ejerciendo el cargo. (Énfasis mío.)

A la luz de este conjunto de preceptos, dos conclusiones parecen claras. La primera es que el señor Hank Rhon podría haber concurrido hipotéticamente en su condición de Presidente Municipal a las elecciones de Gobernador del Estado de Baja California en comicios celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional del año 2002. Para ser elegible Gobernador antes de esa fecha, le habría bastado con separarse provisionalmente de su cargo municipal 90 días antes de la elección. Asimismo, parece claro que, después de esa reforma, su candidatura resulta inviable, puesto que su eventual separación del cargo de Presidente Municipal de Tijuana no impediría en ningún caso que su candidatura al cargo de Gobernador coincidiera en el tiempo con el periodo para el que había sido elegido Presidente Municipal, que es lo que en su nueva redacción el artículo 42 en su párrafo sexto impide.

La sentencia del Tribunal Electoral de Baja California impugnada, excluye la formulación de un juicio de constitucionalidad sobre este precepto aduciendo su falta de competencia para ello y subraya la libertad del legislador local para regular y limitar el derecho a ser votado, cuyo origen constitucional no debería llevarnos a perder de vista que su configuración es, en cambio, legal. Por otra parte, el Tribunal bajacaliforniano no considera esta disposición bajo su nueva redacción irrazonable ni ilógica, lo cual a su juicio queda patente en el debate parlamentario que dio lugar a la reforma, claramente expresivo de la intención del legislador y del que se desprende de manera precisa que el propósito de esta disposición consiste en asegurar que los cargos municipales concluyan su mandato responsablemente, sin quebrar las expectativas de sus electores. El siguiente fragmento de la exposición de motivos de la reforma al artículo 42, reproducido en el quinto considerando de la Sentencia, lo expresa claramente:

El voto se otorga bajo ciertos aspectos que lo condicionan, tanto de parte del elector como del aspirante y como uno de estos aspectos es la voluntad del ciudadano de que por quien

vota se desempeñe en el cargo por el tiempo por el cual ha sido elegido. Si el servidor deja su cargo de elección popular por una razón como la de contender por otro cargo y, aún cuando lo suplan, trastoca las condiciones iniciales de su propuesta a la ciudadanía y falla en su responsabilidad política para con ésta. Se busca con esta propuesta la participación con responsabilidad.

En suma, todo parece indicar que antes de la entrada en vigor del Decreto número 99 estaban claramente permitidas candidaturas como la del señor Hank Rhon y después de esa fecha, claramente prohibidas por la *razón* recién indicada. Sin embargo, el examen de las sucesivas decisiones al respecto demuestra que no nos hallamos ante un caso tan claro como quizá pudiera parecer.

II. Las sucesivas controversias sobre un asunto presuntamente claro

Consultado, el Consejo Electoral del Instituto Electoral de Baja California, por el representante del Partido Revolucionario Institucional acerca de la procedencia del eventual registro del señor Hank Rhon como candidato a Gobernador, el pleno de ese órgano decidió por una mayoría de cuatro votos a tres la procedencia del registro a pesar del tenor del artículo 42 en su párrafo tercero de la Constitución bajacaliforniana (26.7.2006).

Esta decisión fue a su vez impugnada por el Partido Acción Nacional ante el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California, cuyo Pleno confirmó de nuevo la admisión del registro (11.12.2006). Ante esta decisión, el Partido Acción Nacional promovió un juicio de revisión constitucional que fue desestimado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación por carencia de interés jurídico (30.1.2007).

Posteriormente, y tras la correspondiente inscripción registral de la coalición “Alianza para que Vivas Mejor” integrada por los

partidos Revolucionario Institucional, Verde Ecologista de México y Estatal de Baja California, esa coalición solicitó al Consejo Estatal Electoral del Instituto Estatal Electoral de Baja California registrar como candidato a Gobernador a Jorge Hank Rhon. El Instituto aprobó el registro (23.5.2007) y ello dio lugar a un recurso de inconformidad de la coalición “Alianza por Baja California”. El Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California revocó entonces este acuerdo del Instituto Estatal Electoral y ordenó a la coalición “Alianza para que Vivas Mejor” la sustitución del candidato (21.6.2007). Ante esta decisión, el señor Hank Rohn promovió un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuya Sala Superior revoca finalmente la sentencia del Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California y confirma el acuerdo de registro de Jorge Hank Rhon como candidato a Gobernador por la coalición “Alianza para que Vivas Mejor”. Esta última decisión constituye el objeto de estudio de este comentario.

III. Los argumentos implicados

Este caso presenta un conjunto de argumentos que se imbrican de manera muchas veces inescindible, pero que desearía a continuación separar tratando de transitar de lo más general y abstracto a lo más particular y concreto, para seleccionar así los problemas de los que luego me ocuparé.

1. Una primera reflexión surge de la propia emergencia del caso, como *caso difícil*. Descubrimos aquí, cómo un caso aparentemente fácil a la luz de dos preceptos claramente *relevantes*, los artículos 41 y 42 de la Constitución de Baja California, se revela en realidad como un caso difícil (un *hard case*). El caso Hank Rhon nos brinda, pues, una buena oportunidad para profundizar en la naturaleza de los casos difíciles y para numerosos autores profundizar en la naturaleza de

los casos difíciles equivale a profundizar en la naturaleza del Derecho. Por lo tanto, esta primera cuestión involucra, en última instancia, una reflexión de teoría del Derecho.

2. Esa primera reflexión general presenta consecuencias importantes para el análisis ulterior de los argumentos empleados. En síntesis, existen dos grandes formas de aproximarse a los casos difíciles. La aproximación legalista clásica vendría a reducir el caso *Hank Rhon* a algún tipo de antinomia normativa dentro del ordenamiento que debe ser resuelta mediante los tradicionales métodos de resolución de antinomias (*lex superior, lex posterior, lex specialis*). La aproximación no legalista y particularmente la aproximación de las corrientes neoconstitucionalistas insistiría en cambio en contemplar el problema en términos de conflicto entre los derechos subyacentes a las normas relevantes y en términos de interpretación conforme a la Constitución de todas las normas involucradas en el caso. Este tipo de conflictos exige el recurso a la argumentación jurídica en la ponderación de los derechos en colisión. Dicho brevemente y aludiendo a una dicotomía que ha hecho fortuna en la teoría del Derecho de las últimas décadas, el conflicto entre el párrafo sexto del artículo 41 y el párrafo tercero del artículo 42 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Baja California puede plantearse o bien como un conflicto de reglas o bien como un conflicto de principios. Si se enfoca como un conflicto de reglas, nos hallaremos ante una antinomia. Si se enfoca como un conflicto de principios, entonces nos hallaremos ante una *tensión* entre derechos que deben ser ponderados.
3. Finalmente, existe un conjunto de argumentos, más particulares y heterogéneos, de los que no me ocuparé centralmente aquí. En síntesis, se trata de cuestiones de dogmática procesal, constitucional y electoral. En el aspecto procesal del

caso, me refiero al argumento invocado en algún punto del procedimiento en torno a la naturaleza de cosa juzgada del objeto del litigio y en torno al interés legítimo de ciertos intervinientes en el proceso, así como al concreto problema de si el recurso de inconformidad puede o no extenderse sobre el control de constitucionalidad de la validez de las normas del ordenamiento jurídico local más allá del control de la legalidad de los actos de las autoridades electorales. En el aspecto constitucional, el caso plantea problemas en torno al estatus de los Tratados Internacionales en el Derecho interno de los estados de la federación y singularmente en torno a la validez del nuevo artículo 42 de la Constitución de Baja California por presuntos vicios en su proceso de reforma. De todos estos problemas particulares no me ocuparé en profundidad por diversos motivos, si bien el principal consiste en que estos argumentos son relativamente neutrales con respecto al problema sustantivo que se examinará aquí: el papel de los derechos individuales y el alcance de los principios de certeza y legalidad en un Estado constitucional. En lo que sigue voy a tratar de mostrar cómo el caso Hank Rohn es idóneo para comprender la importancia de la teoría del Derecho y la virtualidad del paradigma jurídico del llamado neoconstitucionalismo para los aplicadores del Derecho. Quizá dos preguntas sirvan para condensar los problemas de los que me voy a ocupar a continuación: ¿Por qué estamos ante un caso difícil?, y ¿por qué un planteamiento legalista resulta inadecuado en un Estado constitucional?

En lo que sigue intentaré sostener, por un lado, que estamos ante un caso difícil porque existe un conflicto ideológico entre los juristas, singularmente entre la ideología del legalismo y la ideología del neoconstitucionalismo. Intentaré asimismo sostener que, por otro lado, el planteamiento legalista es inadecuado porque no nos proporciona una respuesta al problema en el marco de un Estado constitucional y porque, cuando lo hace, incurre en contradicción con sus

propios presupuestos formalistas y desideologizados. El legalismo sólo nos da una respuesta al problema cuando se manifiesta como una ideología, que es lo que el legalismo no puede aceptar ser.

IV. Casos fáciles y casos difíciles

El caso Hank Rhon parece a primera vista un caso fácil. La selección de los preceptos relevantes aquí no resulta en principio problemática. Los artículos 41, párrafo sexto, y 42, párrafo tercero de la Constitución de Baja California relativos a los impedimentos que impone a los Presidentes municipales para ser Gobernadores son apropiados para resolver el caso en cuestión. El artículo 42, de igual jerarquía, posterior en el tiempo y más especial que el artículo 41 de la Constitución de Baja California impide que el señor Hank Rhon sea Gobernador. ¿Por qué entonces se sustancia una controversia como ésta? ¿Por qué estamos ante un caso difícil?

En última instancia, estamos ante un caso difícil porque la propia noción de caso difícil es una noción difícil y creo que ello se debe a que se trata de una noción pragmática y disposicional. Se trata de una noción pragmática porque la dificultad o facilidad de un caso no depende en principio de propiedades presuntamente *intrínsecas* de los casos, sino más bien de circunstancias pragmáticas que rodean su configuración y ulterior resolución. Dicho de otro modo, no existen casos fáciles o difíciles en sí, sino más bien casos *considerados argumentativamente* por los juristas como *rutinarios (isomórficos)*¹ por oposición a otros que no lo son, y el caso Hank Rhon ha sido considerado (creo que justificadamente) un caso difícil.

Neil MacCormick concluye acertadamente a partir de este orden de consideraciones que, en rigor, todos los casos son difíciles, porque todos los casos son pragmáticamente *problematizables*,²

¹ La expresión de Makkonen es empleada por Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, España, Civitas, p. 23.

² Vid. por ejemplo, Xosé Ramón Bengoetxea, Neil MacCormick y Leonor Moral Soriano, "Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice", en De Búrca, G., y Weiler, J.H.H., *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, pp. 43-85, p. 55.

pero por otro lado no dice (y esto a mí me parece particularmente importante) que el carácter problematizable de un caso hace referencia a una propiedad no intrínseca, sino disposicional. Es decir, cuando afirmamos que todos los casos son *potencialmente* objeto de controversia, aunque sólo algunos lo sean en la práctica, entonces lo que estamos diciendo es que existe *necesaria, efectiva e intrínsecamente* algo común a *todos* los casos, algo que potencialmente siempre puede llegar a generar controversia, aunque esa *teórica disposición a la dificultad*, común a todos los casos, sólo en *algunas* ocasiones llegue a manifestarse *pragmáticamente*.

Una analogía, bien conocida por lo demás para explicar la noción de disposición,³ puede ser de utilidad aquí. Toda la sal tiene la disposición a disolverse si la sumerjo en agua, pero sólo se disuelve aquella que sumerjo efectivamente en agua. Yo puedo de manera pragmática reducir las posibilidades de que la sal de mi salero se disuelva (las posibilidades de que manifieste su disposición a la disolución) introduciéndola, por ejemplo, en el cajón de mi escritorio, lejos de toda la acción del agua, pero no puedo en ningún caso impedir que la sal sea *soluble*, porque la solubilidad es una propiedad que, a pesar de *manifestarse de modo contingente*, se da *necesariamente* como consecuencia de ciertas propiedades químicas que son *intrínsecas*, inherentes a la sal.

De manera análoga, existe algo en todos los casos que puede convertirlos en casos difíciles, pero sólo algunos llegan a *manifestar* esa dificultad pragmáticamente. Creo que la vinculación a la razón práctica general es esa propiedad inherente a las normas jurídicas que explica, a su vez, esta propiedad disposicional de todo caso a devenir difícil, problematizable, cuestionable (pues la razón práctica, si es *razón*, no puede mantener áreas de incuestionabilidad, dado que ello sería incurrir en irracionalidad).⁴ Más específicamente

³ Entre los trabajos clásicos sobre la noción de disposición, quizá podríamos destacar los de Rudolf Carnap, "Testability and Meaning", en *Philosophy of Science*, nº 3, 1936, pp. 419-471, y nº 4, 1937, pp. 1-40 y muy especialmente el célebre trabajo de Gilbert Ryle, *El concepto de lo mental*, trad. Eduardo Rabossi, España, Paidós, 2005.

⁴ Esto explica en última instancia la necesidad de que las normas jurídicas deban ser contempladas como enunciados intrínsecamente revisables, derrotables.

en un Estado constitucional, aquello que hace de todo caso un caso problematizable, consiste en que todo caso puede llegar a ser *constitucionalizado*, es decir, todo caso puede reconducirse a un conflicto de principios o valores constitucionales (arraigados por cierto a la razón práctica) con independencia de la cobertura técnico-legal que ese caso presente en un plano legal o literal.

En nuestro caso, los artículos 41 y 42 son la cobertura técnico-legal más visible para resolver el caso Hank Rhon, pero los argumentos para su aplicación no pueden agotarse ahí. Debemos atender a los principios y valores que su aplicación incorpora. Desde el preciso momento en que estemos de acuerdo con que los artículos 41 y 42, aislada y literalmente considerados, no pueden bastar para configurar el caso jurídicamente, estamos ante un caso difícil. ¿Pero es posible que algún caso no funcione de este modo en un Estado constitucional? ¿Es posible que existan casos fáciles que tan sólo se resuelvan mediante la aplicación subsuntiva de un par de disposiciones normativas? ¿No es eso precisamente lo que presupone un brocardo al uso entre los juristas como *in claris non fit interpretatio*?⁵ De nuevo, es posible que innumerables casos se solucionen pragmáticamente así porque exista suficiente consenso en la comunidad de juristas (por ejemplo, consultados hipotéticamente al respecto, la práctica totalidad de los juristas españoles me dirían que debo pagar impuestos a la Hacienda española), pero ello no impide que *todo* caso sea, en efecto problematizable. Insisto: que la sal no se disuelva efectivamente, no impide que sea soluble. Que un caso pueda parecernos fácil, no significa que no sea invariablemente problematizable.

En consecuencia, el carácter difícil o fácil de un caso (sería más adecuado decir su “grado de dificultad”) es relativo, fundamentalmente, a la comunidad de juristas que interpretan y aplican

Permítaseme una remisión para una explicación más detallada de este razonamiento a mi libro en curso de publicación en Trotta, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista del Derecho y los derechos*.

⁵ Sobre este particular me remito algunas de las consideraciones que expongo en Marina Gascón y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el Derecho*, 2a. ed., Perú, Palestra, 2005, pp. 138 ss.

el Derecho y también es relativo al estilo argumentativo de esa comunidad de juristas. Desde este punto de vista y por extraño que a veces pudiera parecer, la argumentación jurídica no es una actividad requerida exclusivamente con posterioridad a la emergencia del caso difícil y orientada a dar solución a éste, sino que también se halla en el momento previo a la emergencia del propio caso difícil, a la hora de configurar el caso, en el momento de calificar jurídicamente los hechos, incluso hechos institucionales como los que aquí se tratan. La argumentación no sólo sirve para resolver casos difíciles. Ante todo sirve para crearlos.

Desde esta perspectiva, el argumento literalista invocado más de una vez en el procedimiento de que “a disposición expresa resulta innecesaria la utilización de algún método de interpretación que pretenda desentrañar un sentido diverso de esta norma, de conformidad al principio lógico de identidad” resulta extremadamente débil, en particular cuando quien busca su amparo, paradójicamente suele al mismo tiempo buscar argumentos sistemáticos constitucionales en apoyo de *esa interpretación* de la norma.

Una forma de aproximarnos, pues, a la cuestión clave de cómo configurar los casos con carácter previo a su propio planteamiento como un problema jurídico, consiste en examinar cuál sea la *ideología* jurídica, en un sentido amplio, que se halla tras los juristas y aquí contraponemos dos ideologías que colisionan claramente en la causa objeto de análisis: la ideología legalista y la ideología antilegalista, singularmente la ideología antilegalista del neoconstitucionalismo.

Las premisas sobre las cuales esas ideologías construyen sus tesis no son invariablemente normativas. También son descriptivas. Es decir, estos argumentos ideológicos no representan exclusivamente una propuesta dirigida a los juristas acerca de cómo deben resolver los problemas jurídicos. También contienen premisas descriptivas que expresan supuestos teóricos acerca de la naturaleza o el concepto de Derecho. Por eso se ha considerado insistentemente que el estudio de la naturaleza de los casos difíciles es un instrumento para conocer la propia naturaleza

del Derecho. Como nos dice Robert Alexy: “los casos difíciles son sensores por medio de los cuales puede ser establecida la naturaleza del derecho”.⁶

Esta conclusión ha llevado a los teóricos del Derecho a desplazar el foco de atención desde el sistema jurídico estáticamente considerado hacia la interpretación y la argumentación de los juristas. Durante las últimas décadas hemos podido advertir cómo la teoría del Derecho se convertía paulatinamente en una “teoría de la adjudicación”, esto es, en una teoría de la interpretación y de la argumentación judiciales. Bajo la concepción del Derecho como argumentación,⁷ cabe contemplar el Derecho como un conjunto de procedimientos discursivos imbricados⁸ y no como un sistema estático de normas tal y como lo había configurado la tradición formalista y positivista.

V. Legalismo contra neoconstitucionalismo

Como consecuencia de la importancia de esta dimensión pragmática, de los usos y la ideología de los juristas, el caso Hank Rhon resulta especialmente expresivo de la trascendencia de la interpretación (en particular de la interpretación conforme) y de la argumentación en el Estado constitucional. El “problema de la relevancia”,⁹ es decir, el problema de la determinación del conjunto de normas relevantes para el caso ha cobrado bajo el Estado constitucional una trascendencia renovada. “Tomar en serio la Constitución”¹⁰ significa, entre otras cosas, admitir que la interpre-

⁶ Robert Alexy, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 2, julio, 1989, pp. 167-183, p. 181.

⁷ *El Derecho como argumentación* es el lema que sirve precisamente de título a un libro de Manuel Atienza, España, Ariel, 2006.

⁸ Quizá uno de los ejemplos más claros de esta concepción que contempla los discursos del Derecho y la moral como procedimientos imbricados se la debemos a Robert Alexy. Ello es particularmente claro en su trabajo “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, trad. Carlos de Santiago, en Ernesto Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, España, Alfa, 1985, pp. 43-57.

⁹ D.N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 69 ss.

¹⁰ Por evocar el célebre trabajo de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, España, Ariel, 1984.

tación y aplicación de cualquier norma del Derecho debe hacerse atendiendo a los valores y principios constitucionales que irradian (*Austrahlungswirkung*)¹¹ o impregnan¹² el ordenamiento entero. La praxis interpretativa y argumentativa de los jueces y de los juristas conforme con este aspecto puede considerarse un elemento definitorio del llamado paradigma del Estado constitucional o del neoconstitucionalismo.¹³ El problema de la relevancia (el problema de la determinación de las propiedades del caso consideradas como relevantes y de las normas consideradas como relevantes para resolver el caso así reconstruido) termina siendo objeto de argumentación. Si la dificultad o claridad de un caso es relativa a la comunidad jurídica, la solución a los casos difíciles debe llevar a ésta a tomar en serio la llamada “constitucionalización”¹⁴ del ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa, considerar como las únicas disposiciones relevantes para el caso, los arriba consignados artículos 41 y 42, es distorsionador incluso desde un planteamiento legalista que admita la unidad sistemática del ordenamiento, pero es más grave, si cabe, en un Estado constitucional en que la Constitución sea en efecto la norma suprema y vinculante y en que los derechos sean tomados en serio.

¹¹ Alexy considera que el efecto de irradiación de la Constitución sobre todo el ordenamiento, el principio de proporcionalidad y la expansión de los derechos más allá de los liberales clásicos son tres aspectos esenciales del Derecho de los Estados constitucionales (Robert Alexy, “Sobre los derechos sociales a protección”, trad. Rebecca Jowers y revisión de Ricardo García Manrique, en García Manrique, Ricardo [coord.], *Derechos sociales y ponderación*, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 45-101, p. 46.

¹² A juicio de Riccardo Guastini, lo que caracteriza realmente a los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales no es la mera incorporación de una Constitución escrita en el caso de que no dispusieran previamente de una, sino que se trata de ordenamientos “totalmente “impregnados” por las normas constitucionales” (Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2003, pp. 49-73, p. 49).

¹³ Ferrajoli nos habla del “paradigma del Estado constitucional de Derecho” en Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 2001, p. 22.

¹⁴ Para una precisa caracterización de lo que significa “constitucionalización”, *vid.* R. Guastini, *op. cit.*, pp. 50 ss.

VI. El planteamiento legalista y formalista. Una antinomia

El planteamiento legalista y formalista del caso Hank Rhon configura en última instancia el caso como una antinomia entre dos y sólo dos reglas: el artículo 41 y el artículo 42 de la Constitución de Baja California. Tradicionalmente se dice que para hallarnos ante una antinomia deben concurrir algunas condiciones. La primera y más obvia consiste en que ambas normas deben pertenecer al mismo ordenamiento. Por eso, decir que existe en materia de circulación viaria una antinomia entre la norma mexicana que obliga a conducir por la derecha y la norma británica que nos prohíbe tal cosa nos resultaría extraño. La segunda consiste en que ambas normas deben referirse al mismo supuesto de hecho; los dos preceptos deben referirse a un mismo ámbito de regulación (por ejemplo, *fumar*) y ello, en tercer lugar, atribuyendo a ese supuesto de hecho regulado calificaciones deónticas incompatibles (por ejemplo, *prohibido fumar* y *permitido fumar*). Dado que el artículo 41, párrafo sexto de la Constitución bajacaliforniana permite lo mismo que su artículo 42 prohíbe en su párrafo tercero (la candidatura a Gobernador de un Presidente municipal cuyo mandato coincida con el periodo para el que se postula Gobernador) parece que nos hallamos ante una antinomia. ¿Pero estamos en efecto ante una antinomia? Para comprobarlo, debemos contrastar el conflicto normativo del que nos ocupamos con cada una de las tres condiciones recién expuestas. A este examen se procede en el curso del procedimiento, pero aquí desearía introducir algunos nuevos matices.

Primera condición de la antinomia. Sin salir del marco legalista y formalista implícito en este planteamiento, una primera objeción a la existencia de una antinomia consiste precisamente en poner en tela de juicio el cumplimiento de la primera condición que acabamos de enunciar. Este argumento, del que no es necesario ocuparse aquí con detalle, sostiene que el artículo 42 reformado que en principio prohíbe la candidatura del señor Hank Rhon no es válido porque no se cumplieron ciertas formalidades en su

elaboración que son exigidas por la Constitución bajacaliforniana en su artículo 112. Si ello fuera así, entonces el artículo 42 bajo su nueva redacción presentaría a lo sumo naturaleza infraconstitucional (lo que haría posible su inaplicación por los tribunales en caso de resultar inconstitucional). La coalición actora adujo concretamente que en el Decreto número 99 de publicación de la reforma no constaba ni la participación de los ayuntamientos municipales en la elaboración ni que el Congreso del Estado hubiera computado el mayoritario voto de los ayuntamientos favorables a esa reforma ni la declaratoria constitutiva de que la reforma se hubiera incorporado a la Constitución de Baja California.

Este argumento no prosperó por razones puramente documentales y presenta naturalmente consecuencias en el plano procesal acerca de la competencia de los órganos jurisdiccionales electorales para formular juicios de constitucionalidad de las normas. Por lo que aquí interesa, en términos puramente sustantivos, si este argumento hubiera sido válido tal como intentó demostrar la coalición actora a lo largo de todo el procedimiento desde el recurso de inconformidad, entonces no existiría una antinomia y ante la invalidez del artículo 42 bajo su nueva redacción, el señor Hank Rhon podría en principio ser candidato a Gobernador.

Segunda condición de la antinomia. A lo largo del procedimiento se sustanció precisamente el problema relativo al ámbito coincidente o no de la materia objeto de regulación de ambos preceptos. Para hallarnos ante una antinomia, debemos estar ante dos normas que regulen de forma incompatible el mismo universo de casos. En su recurso contra la decisión del Tribunal Electoral de Baja California, el señor Hank Rhon trata de eludir la especialidad del artículo 42 rechazando la asimetría del ámbito de aplicación de los artículos 41 y 42, pero esta estrategia parece inviable. Los artículos 41 y 42 no se ocupan del mismo ámbito de regulación. Sus universos de casos son diferentes. Mientras que el artículo 41 indica que no podrán ser candidatos a Gobernador quienes sin renunciar 90 días antes de las elecciones ocupen un “**cargo o comisión en el Gobierno** Federal, Estatal

o **Municipal**”, el artículo 42 sólo se refiere en cambio a “**Presidentes Municipales**, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos”. Dado que existen cargos del Gobierno Municipal distintos de los Presidentes, Síndicos y Regidores, cabe afirmar que, por ejemplo, el Secretario General del Ayuntamiento, los Directores o Subdirectores de Área o los jefes de Departamento se hallan afectados por la limitación del artículo 41, pero no por la del artículo 42. A lo sumo, nos hallaríamos ante una antinomia parcial fácilmente superable mediante el recurso al criterio de la *lex specialis*. Desde este punto de vista, el señor Hank Rhon no podría ser candidato a Gobernador.

Tercera condición de la antinomia. En cuanto al tercer requisito para hablar de antinomias, cabe formular una reflexión en torno al sentido en que podemos afirmar que el artículo 41 realmente *permite* lo que el artículo 42 *prohíbe*, pues en realidad el modo en que la primera norma permite es diferente del modo en que la segunda norma prohíbe. ¿En dónde radica la diferencia? Aquí conviene recordar una clásica distinción de la teoría del Derecho entre permisos en sentido débil y permisos en sentido fuerte.

Decir que el artículo 41 *permite* en su párrafo sexto el supuesto de la candidatura del señor Hank Rhon, como se adujo durante el procedimiento, resulta demasiado ambiguo, si no introducimos algunos matices. De hecho, sólo se puede interpretar en el sentido de que ese precepto permite *en sentido débil* candidaturas como la del señor Hank Rhon. Esto significa que el artículo 41 se limita a *no prohibir* ese tipo *especial* de candidatura. El permiso débil se opone así al permiso fuerte que consiste en el permiso *explícito* en la norma de ese específico supuesto. Esta apreciación es relevante aquí, porque así como el artículo 42 establece una prohibición *explícita* a candidaturas como la del señor Hank Rhon, el artículo 41 no formula un permiso *explícito* de ese tipo de candidaturas, sino que en un cierto sentido se limita a *callar* en torno a la propiedad específica considerada aquí como relevante: que el mandato de Gobernador coincida con el periodo para el que el candidato a ese cargo fue elegido anteriormente Presidente Municipal. Desde este punto de

vista, el propio planteamiento del conflicto como una antinomia puede resultar problemático. Quien pretenda ser coherente con su planteamiento legalista y formalista debe entender que no existe una norma de prohibición (artículo 42) en conflicto con una norma de permisión (artículo 41), sino tan sólo una norma de prohibición y una norma de no prohibición (que no califica deónticamente como prohibida candidaturas como la de Hank Rhon). Pero no calificar algo como prohibido, no significa *eo ipso* permitirlo (en sentido fuerte). Ello sólo podría hacerse aceptando un principio de dudosa validez. Me refiero al principio de prohibición. Como es sabido, el principio de prohibición reza así:

Todo lo que no está prohibido, está permitido

O dicho en otros términos, todo está prohibido o permitido. Debemos a Alchourrón y Bulygin¹⁵ una certera demostración de la invalidez del principio de prohibición. Los autores argentinos articulan su argumentación precisamente a partir de la ya indicada distinción entre permiso en sentido fuerte y permiso en sentido débil. Si en el principio de prohibición, “permitido” significa permitido en sentido fuerte, entonces el principio de prohibición debe interpretarse así:

Todo lo que no está prohibido, está explícitamente permitido

Bajo esta interpretación, el principio de prohibición se nos revela falso. No es cierto que toda conducta no prohibida por un ordenamiento jurídico se halle expresamente permitida por alguna norma de ese ordenamiento. Que la conducta de saltar la comba con un ornitorrinco con gafas de sol el primer día de cada año bisiesto no esté prohibida por un ordenamiento jurídico no implica que exista una norma en ese ordenamiento que expresamente la permita. Que yo sepa, en el ordenamiento jurídico mexicano no

¹⁵ C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Argentina, Astrea, 1987, pp. 184 ss.

existe ninguna norma que expresamente prohíba esa conducta, pero de ello no es posible inferir que exista alguna norma que expresamente permita esa acción.

La interpretación alternativa del principio de prohibición consiste en interpretar “permitido” como un permiso débil, es decir, como ausencia de prohibición. En tal caso, el principio de prohibición adquiere el siguiente tenor:

Todo lo que no está prohibido, no está prohibido

El problema de este enunciado no es que sea falso, sino que es trivial y este tipo de enunciado analítico no suele ser muy útil. La conclusión es que el principio de prohibición es o bien falso o bien trivial.

El único modo de conferir validez al principio de prohibición consiste en que el sistema normativo, el ordenamiento jurídico en su caso, incorpore expresa (o hermenéuticamente) el principio. Por ejemplo, Luis Prieto sostiene en un ejercicio de dogmática constitucional que en el ordenamiento jurídico español existe efectivamente una norma de clausura del sistema que incorpora el principio de prohibición en los siguientes términos: “todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse jurídicamente permitido”¹⁶ y, por su parte, el célebre juez Oliver Wendell Holmes nos propone una fórmula quizá más efectista: “Hace unos setenta y cinco años que aprendí que no era Dios. Así, cuando la gente quiere hacer algo y no encuentro nada en la Constitución que expresamente les prohíba hacerlo, me guste o no, tengo que exclamar... ¡Maldita sea!, dejadles que lo hagan”.¹⁷ También en la Sentencia objeto de este comentario se recurre a la incorporación hermenéutica del principio *in dubio pro libertate* y *lo que no está prohibido, está permitido*, considerándolos principios

¹⁶ Vid. L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, España, Debate, 1990, capítulo VII.

¹⁷ Citado por Schwarz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. Enrique Alonso, España, Civitas, 1980, p. 58.

consustanciales al Estado de Derecho, pero ello no debe hacerse nunca presuponiendo que la necesidad del principio sea lógica o conceptual. Sin la efectiva incorporación del principio a través de una disposición constitucional o bien a través de un ejercicio de argumentación, el principio de prohibición carece de validez por sí mismo.

Sin perder de vista estas consideraciones de orden puramente conceptual, la explicación más consecuente de la validez del principio de prohibición en el Estado constitucional quizá repose sobre el propio efecto de irradiación o de impregnación de los principios justfundamentales sobre todo el ordenamiento y que da lugar a la llamada *sobreinterpretación*¹⁸ de la Constitución. Toda controversia jurídica, es decir *todo*, queda regulado por la Constitución y ya no quedan espacios exentos del efecto de impregnación o irradiación de la Constitución. *Todo* queda prohibido o bien permitido porque *todo* está regulado por las normas de fuerte contenido moral de la Constitución, en cuyo centro se hallan los derechos fundamentales.

Sin embargo, lo importante aquí es que a partir del momento en que el principio de prohibición se haya incorporado de uno u otro modo al ordenamiento, su validez impide una consideración aislada de las diversas normas del ordenamiento. Se impone tener en consideración otras normas del sistema diferentes de las dos normas implicadas en la antinomia, pues sólo después de escrutar la no existencia de prohibiciones al respecto en el resto del ordenamiento, cabrá atribuir, mediante el recurso al principio de prohibición, el carácter permitido en sentido fuerte a la acción meramente permitida en sentido débil. Es decir, la única forma de seguir esta vía legalista y formalista consiste en abandonar un presupuesto aparentemente implícito en algunos planteamientos legalistas y formalistas: el presupuesto de que podemos plantear

¹⁸ Por el sintagma “sobreinterpretación (*sovrainterpretazione*) de la Constitución”, Riccardo Guastini entiende la actividad interpretativa consistente en extender la eficacia de la Constitución sobre todos los aspectos de la vida social eliminando los posibles espacios de vacío legal carentes de regulación. Gracias a la interpretación extensiva y el argumento a *simili*, *todo* queda regulado por la Constitución (Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 54).

los problemas jurídicos a partir de un conjunto muy restringido y aislado de disposiciones como las de los artículos 41 y 42 de la Constitución de Baja California. En suma, plantear la controversia como una antinomia entre dos reglas parece poco prometedor, sea cual fuere el sentido de la decisión.

VII. Un conflicto de razones. Legalismo contra neoconstitucionalismo

El siguiente paso consiste en romper la idea formalista de que podemos resolver el problema ciñéndonos exclusivamente a unos pocos preceptos relevantes para resolver la cuestión desatendiendo la naturaleza sistemática del Derecho y singularmente la naturaleza constitucionalizada de los actuales ordenamientos jurídicos bajo los Estados constitucionales.

De lo que se trata con esta perspectiva es de contemplar el conflicto entre los artículos 41 y 42 no como un conflicto entre reglas, sino más bien como un conflicto entre dos conjuntos de razones que se condensan en esas disposiciones, pero que van mucho más allá de ellas y que deben ponderarse más allá de su presunta literalidad. Si aceptamos este planteamiento, entonces el conflicto no se puede configurar como un conflicto entre reglas, sino más bien como un conflicto de principios, por utilizar una dicotomía al uso que, por cierto y por más útil que resulte para esbozar los términos del problema, no deja de ser cuestionable por otras razones que no es necesario examinar aquí.¹⁹

A partir de todas estas consideraciones, por una parte, el nuevo artículo 42 no sólo expresa una prohibición con el propósito claramente manifestado en la exposición de motivos para su reforma de fomentar el ejercicio responsable de los cargos públicos frente a sus electores. Existe una serie de normas conexas que nos

¹⁹ Me refiero a esta cuestión en mi trabajo “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en Ricardo García Manrique (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, op. cit., pp. 333-370.

sirven para construir un principio implícito (un principio general, si se prefiere) que justifica la limitación al derecho al sufragio pasivo de los Presidentes Municipales durante su mandato. Por ejemplo, el artículo 18, fracción V, de la Constitución de Baja California afirma que no pueden ser electos diputados:

Los Presidentes Municipales, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el periodo para el que fueron electos, aun cuando se separen de sus cargos; con excepción de los suplentes y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo.

Por otra parte, el artículo 80, fracción IV, párrafo tercero, indica que no pueden ser miembros de un ayuntamiento:

Los Diputados Locales, los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión durante el periodo para el que fueron electos, aun cuando se separen de sus cargos; con excepción de los suplentes siempre y cuando esos no estuvieren ejerciendo el cargo.

También la Constitución federal incluye limitaciones temporales al derecho al sufragio pasivo en el artículo 55, fracción V, que permiten pensar en un principio implícito que dispondría “no permitir que ciertos sujetos pudiesen acceder a un cargo de elección popular sin que antes concluyan el periodo para el que fueron electos en el proceso electoral inmediato anterior”. El principio formal de legalidad que expresa en última instancia el principio democrático juega asimismo a favor de este conjunto de razones que habrían de llevar a excluir de los comicios a Gobernador la candidatura del señor Hank Rhon. Estos argumentos respaldan en lo esencial la postura que adoptó el Tribunal de Justicia Electoral del Estado de Baja California en la sentencia impugnada.

Frente a este planteamiento que llamaré “legalista” por basarse centralmente en el principio de legalidad que a su vez reposa sobre el principio democrático (y en esta medida debe excluirse

cualquier connotación peyorativa del término “legalista”) se opone otra ideología jurídica que permite apostar por otro conjunto de razones o principios en tensión con el principio de legalidad.

Se trata de la ideología del neoconstitucionalismo²⁰ o, en su caso, del garantismo.²¹ Esta ideología asume como elemento central del Derecho, los derechos individuales en juego por encima incluso del principio democrático y del principio de legalidad que lo refleja. Los derechos de los individuos (y el derecho al sufragio pasivo lo es) sólo pueden restringirse por muy buenas razones y en cierto modo esos derechos se hallan resguardados de las contingencias políticas cuando éstas resultan irrazonables. Algunas metáforas ampliamente difundidas y que han hecho fortuna en el discurso de la teoría del Derecho resultan muy expresivas al respecto. Por citar algunas de las más recurrentes, Ronald Dworkin afirma que los derechos funcionan como “triumfos” (*trumps*) frente a la mayoría;²² Jürgen Habermas se refiere por su parte a

²⁰ Existe una abundante bibliografía acerca del significado de esta teoría. Debemos una temprana reflexión al respecto a Santiago Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, España, MacGraw-Hill, 1999. En línea con el pensamiento de Luigi Ferrajoli, Luis Prieto ofrece una interpretación positivista del neoconstitucionalismo en varios trabajos, entre los que quizá cabe destacar *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997. Los trabajos contenidos en la ya citada compilación de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* ha tenido una llamativa repercusión en Brasil e impulsada muy especialmente por el profesor carioca Antônio Cavalcanti Maia. Destacaría algunos recientes trabajos de esa área geográfica: Écio Oto Ramos Duarte, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy, 2006; Claudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmento (coords.) *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Brasil, Lúmen Júris, 2007, Luis R. Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, México, UNAM, 2008; Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, Brasil, Método, 2008 y Dimitri Dimoulis y Ecio O. Duarte (coords.), *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, Brasil, Método, 2008. A pesar de ello, no estamos ante una corriente homogénea ni acabada. En mi citado trabajo en prensa *Criaturas de la moralidad* propongo una interpretación de este nuevo paradigma jurídico carente aún de coherencia e integridad suficientes.

²¹ La mera evocación del término nos remite al trabajo fundamental de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, España, Trotta, 2001, pero también a otros innumerables trabajos posteriores entre los que cabe citar *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 2001 o *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, España, Trotta, 2006.

²² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 37.

los derechos como “cortafuegos”²³ que nos previenen frente a la voracidad incendiaria de la acción estatal y, finalmente, Garzón Valdés habla de los derechos como “cotos vedados”²⁴ a la acción predatoria de la política ordinaria. Esta vía *constitucionaliza* el problema de la candidatura del señor Hank Rhon y lo plantea como un conflicto de razones que deben ser ponderadas. Dicho de otro modo, la constitucionalización del problema conduce a una homogeneización deóntica de las normas en conflicto, pues se reconduce la referida antinomia entre una regla prohibitiva y una regla permisiva (en sentido débil) a una *tensión* entre dos conjuntos de razones, de principios, de derechos. Ya no se oponen prohibición y permisión de forma inmediata, sino más bien dos conjuntos de “mandatos de optimización” (*Optimierungsgebote*), por usar el feliz sintagma alexiano, al que no son ajenas las argumentaciones del procedimiento. Así concebidos, los principios son mandatos de hacer algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.²⁵ Aquí los principios de legalidad, certeza y democracia se oponen a los principios de constitucionalidad, justicia y respeto a los derechos individuales. Que el conflicto se sustancie en materia electoral conlleva una interesante consecuencia en la configuración del conflicto entre democracia y derechos, puesto que el derecho en cuestión es un derecho de sufragio pasivo cuya salvaguardia también se orienta a garantizar el buen funcionamiento del sistema democrático. En cualquier caso, de lo que se trata aquí, en este marco poslegalista o neoconstitucionalista, es de resolver un conflicto entre razones a través de una ponderación que en principio puede inclinar el fiel de la balanza en cualquiera de los dos sentidos posibles.

²³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Trotta, 1998, p. 332.

²⁴ Ernesto Garzón Valdés, “Representación y democracia” (1989), en id., *Derecho, ética, política*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 631-650, p. 645.

²⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 86.

VIII. La Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

La Sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estructura el examen de los agravios en dos partes: los agravios relacionados con la improcedencia del juicio local y los relacionados con la interpretación del artículo 42 a la luz, tanto de los Tratados Internacionales como de la jurisprudencia de la Suprema Corte en torno a las limitaciones a los derechos fundamentales.

La Sentencia considera infundado el agravio relativo a la invalidez del artículo 42, invocado por el actor, así como la vulneración de los principios de certeza y seguridad jurídicas que supone el cambio de criterio interpretativo del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California sobre una cuestión que, por otra parte, ya habría adquirido previamente, a juicio del actor, fuerza de cosa juzgada.

Sin embargo, la Sentencia sí aprecia fundados en parte y suficientes para revocar la resolución impugnada, los agravios infligidos al actor como consecuencia de la indebida interpretación del artículo 42 por parte del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California, que no tuvo en cuenta los Tratados Internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado relevantes en esta materia. La Sala Superior reconoce su falta de competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, mas no en cambio para declarar la falta de adecuación de la interpretación gramatical del artículo 42 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es vinculante y jerárquicamente superior a la Constitución bajacaliforniana.

Del concreto examen del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del artículo 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que las restricciones que finalmente se pretenda imponer al derecho a ser votado están tasados y conciernen a aspectos inherentes a

la persona. El artículo 23.2 de la Convención establece que tales límites se determinarán “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. A la luz de este precepto, el artículo 42 no sólo representa algo así como una anomalía en el Derecho comparado, como subrayó la parte actora, también constituye una vulneración de los Tratados Internacionales suscritos por México.

En el mismo sentido, la interpretación gramatical del artículo 42 de la Constitución bajacaliforniana tampoco resulta conforme con la jurisprudencia de la Suprema Corte que determina, a partir de su interpretación del artículo 35 de la Constitución federal, la imposibilidad de limitar el derecho fundamental a ser elegido Gobernador sobre la única base de su condición de funcionario municipal, dado que esta calidad no forma parte de las calidades inherentes a la persona.

La Sentencia asume además, la fuerza expansiva de los derechos y sostiene la falta de proporcionalidad de la medida, que no satisface los conocidos subprincipios de idoneidad, necesidad ni proporcionalidad en sentido estricto, como también indica el voto concurrente del magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar, al que desearía referirme a continuación. El voto concurrente se adhiere a la decisión mayoritaria de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de revocar la resolución del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California y de confirmar el acuerdo de registro de Jorge Hank Rhon como candidato a Gobernador de Baja California, pero al mismo tiempo formula una metodología discrepante que muestra un profundo compromiso con el ideario neoconstitucionalista.

El voto concurrente comienza examinando con detenimiento algunas cuestiones procesales y presta considerable atención al problema de la violación de los principios de certeza y seguridad jurídicas causada por la alteración injustificada de criterio interpretativo por parte del Tribunal de Justicia Electoral de Baja California, puesto que éste sostuvo en su sentencia de 11 de

diciembre de 2006 una interpretación del artículo 42 en términos no prohibitivos que luego sería abandonada en la sentencia de 21 de junio de 2007 que sí lo interpreta en términos prohibitivos, lo que dio lugar a su impugnación por parte de Jorge Hank Rhon. Para el magistrado Nava Gomar es una exigencia de la argumentación racional justificar este tipo de alteraciones, si bien no consideró este argumento con fuerza bastante para estimar como procedente su impugnación.

Sin embargo, dos cuestiones examinadas por el voto concurrente presentan mayor interés aquí. La primera es la existencia o no de un genuino conflicto entre los artículos 41 y 42, y la segunda se refiere al sentido que pueda tener una interpretación literal o gramatical de la prohibición del artículo 42. Ambas cuestiones son resueltas por el voto concurrente de manera, a mi modo de ver, satisfactoria. El voto concurrente niega la existencia de un genuino conflicto entre reglas, por expresarlo con los términos aquí empleados y niega relevancia a la interpretación puramente gramatical de los preceptos en conflicto. De este modo, opta acertadamente por *constitucionalizar* el problema fijando los términos de la discusión en un conflicto entre derechos o principios que debe resolverse atendiendo al principio de proporcionalidad y por otra parte desarrolla una interpretación conforme y sistemática del artículo 42, superadora de una visión alternativa de corte literalista, gramatical, formalista y, en definitiva, legalista. En suma, el voto concurrente abre decididamente la vía de un planteamiento del problema no en los términos legalistas y formalistas de una antinomia, sino en los términos (hemos visto que afectos al ideario neoconstitucionalista) de un conflicto entre principios que deben ser ponderados.

El punto de partida, profundamente garantista, consiste, así pues, en situar en el centro de la discusión no meramente las normas emanadas del Legislador que regulan el caso de forma inmediata, singularmente los artículos 41 y 42 de la Constitución bajacaliforniana, sino más bien los derechos y principios que se hallan en juego. El derecho que se halla en juego es el derecho al sufragio pasivo del señor Hank Rhon al que se opone un principio implícito

en una constelación de preceptos cuya razón última consiste, como vimos más arriba, en “no permitir que ciertos sujetos pudiesen acceder a un cargo de elección popular sin que antes concluyan el periodo para el que fueron electos en el proceso electoral inmediato anterior”. Son múltiples los preceptos constitucionales relevantes que, por otro lado, consolidan frente a este principio implícito el derecho al voto del señor Hank Rhon. El voto concurrente nos proporciona algunas pistas de interés en este sentido. Concretamente, el artículo 5, párrafo vigésimo segundo, señala que:

Para garantizar el principio de legalidad de los actos y resoluciones electorales se establecerá un sistema de medios de impugnación en los términos que señalen esta Constitución y la Ley. **Dicho sistema** dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y **garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos** de votar, **ser votado** y de asociación, en los términos de la fracción III del artículo 68 de esta Constitución. (Énfasis del magistrado Nava Gomar.)

También resulta relevante el artículo 7, que reza así en su primer párrafo:

El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución.

Asimismo, el artículo 8, fracción IV, inciso c), dice que entre los derechos de los habitantes del Estado se halla el de “**ser votados** siempre que reúnan los requisitos que determina esta Constitución y sus leyes” (énfasis del magistrado Nava Gomar) y el artículo 10 indica, en fin, que

Los derechos de ciudadanos se pierden o suspenden, respectivamente, en los casos previstos en los artículos

37 y 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (énfasis del magistrado Nava Gomar).

A partir de estos preceptos constitucionales, el voto concurrente concluye que “(e)ste derecho supone la existencia de un límite o **ámbito de inmunidad del ciudadano frente al legislador**, de suerte que ninguna norma puede obstaculizar el ejercicio de ese derecho de **forma irrazonable** o arbitraria”. (Énfasis míos.)

Esta afirmación condensa correctamente dos aspectos considerados centrales en la aproximación neoconstitucionalista al problema: la consideración de los derechos como “triumfos”, “cortafuegos” o “cotos vedados”, que presentan una fuerza expansiva y, al mismo tiempo, la invocación de una teoría de la argumentación jurídica para delimitar precisamente dónde se hallan los confines (por otra parte no inmóviles) de los derechos así concebidos, excluyendo la consideración de los derechos como límites absolutos y modulando su alcance de acuerdo con criterios de razonabilidad.

La tesis central del voto concurrente consiste en poner de relieve cómo el artículo 42 establece en su párrafo tercero una limitación temporal al ejercicio del derecho a ser votado que resulta desproporcionada en la medida en que en la práctica conduce a la suspensión irrazonable del propio derecho al sufragio pasivo en casos como el del señor Hank Rhon. Dicho en otros términos, esta limitación del derecho a ser votado no cumple aquí con el principio de proporcionalidad.

El argumento central, de corte en alguna medida consecuencialista, remite acertadamente a las consecuencias que *en la práctica* comportaría el cumplimiento estricto de lo prescrito por el artículo 42 de la Constitución de Baja California. De nuevo, en este punto es necesario acudir a otras normas del ordenamiento que indican cómo se desarrolla específicamente el calendario de las elecciones a los diversos cargos y aquí arribamos a una constatación sorprendente: El artículo 44 de la Constitución local establece que el Gobernador será electo para un periodo de seis años y comenzará a ejercer su función el primer día de

noviembre posterior a su elección, elección que debe producirse, a tenor del artículo 20 de la Ley de Instituciones y Procesos Electorales de Baja California, el primer domingo del mes de agosto del año correspondiente. Pero si atendemos al calendario electoral, comprobamos que ninguno de los cargos señalados en el tercer párrafo del artículo 42 concluye su mandato antes del primer domingo de agosto del año de la elección. Por lo que a nosotros nos interesa, esto significa que el Presidente Municipal que desee llegar a ser Gobernador de la Baja California, primero debe concluir su mandato como Presidente Municipal y luego necesariamente esperar hasta seis años más para poder concurrir a esas elecciones.

Para demostrar que se trata de una limitación desproporcionada que en la práctica suspende irrazonablemente el derecho al sufragio pasivo, el voto concurrente invoca las razones de la Constitución General de la República y del Derecho internacional (el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero sobre todo compara esta limitación que la Constitución de la Baja California impone a los Presidentes Municipales con las impuestas a otros cargos análogos de la Federación y de otros Estados de la Unión. Si la sentencia consideraba como una anomalía del Derecho comparado la limitación del artículo 42, el voto particular subraya que, significativamente, la de Baja California se queda a este respecto sola entre todas las legislaciones de la República, puesto que es la única que no prevé “una cláusula de escape” que haga posible separarse del cargo con cierta antelación a los Presidentes Municipales para, en su caso, poder contender en las correspondientes elecciones a Gobernador.

El voto concurrente se sumerge también en las razones subyacentes a la reforma del artículo 42 y, frente a posiciones *originalistas* de la interpretación constitucional, relativiza la importancia del discurso de los redactores de la norma y aboga claramente por una interpretación evolutiva de los derechos. Es bien sabido que la teoría de la interpretación

constitucional se ha debatido recurrentemente entre dos formas de contemplar la Constitución, bien como la expresión de una voluntad original que merece ser investigada y luego observada escrupulosamente, bien como un conjunto de conceptos que admiten una sucesión de concepciones a lo largo del tiempo,²⁶ bajo el supuesto de que nos hallamos ante verdaderas *living Constitutions*. La discusión presenta una dimensión filosófica profunda,²⁷ pero también involucra aspectos ideológicos y políticos bien relevantes, como lo demostró la célebre polémica mantenida entre Robert Bork y Ronald Dworkin hace algunos años.²⁸ Se trataba finalmente del conflicto de una ideología profundamente reaccionaria con otra de inspiración fundamentalmente liberal.

Desde luego, el ideario del neoconstitucionalismo se inclina por posiciones no originalistas a partir de una concepción de los derechos fundamentales no absoluta ni inmutable, sino flexible y revisable. Consecuentemente, los principios justfundamentales pueden ser contemplados como normas derrotables (*defeasible*) que se caracterizan por su carácter revisable, en el sentido de que el conjunto de excepciones que puedan presentar no puede ser determinado de forma exhaustiva de una vez para siempre y *ex ante*, sino que se halla abierto a la posibilidad de nuevas excepciones que puedan surgir en futuras aplicaciones de la norma.²⁹ Esto supone, en fin, adoptar una teoría externa de los límites a los derechos fundamentales. De acuerdo con esta lectura, los límites a los derechos no son meras delimitaciones que vamos

²⁶ Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, capítulo quinto.

²⁷ Vid. Pablo de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del Derecho*, España, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

²⁸ Vid. M. Beltrán, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, España, Civitas, 1989.

²⁹ Me refiero a esta cuestión en mi trabajo "Principios y derechos fundamentales", en Betegón *et al.* (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 235-268; ahora también disponible con ligeras modificaciones y con el título "La incidencia de la derrotabilidad de los principios justfundamentales sobre el concepto de Derecho", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.org), nº 3, 2003, pp. 197-227.

descubriendo en los sucesivos casos,³⁰ sino que son límites que los derechos de carácter razonable y determinables argumentativamente *ex post* y que consecuentemente se afirme la exclusión de limitaciones absolutas e irrazonables sobre ellos. Discriminar cuándo la limitación a un derecho resulta o no irrazonable o desproporcionada es el fin al que se orienta la aplicación del *test* de proporcionalidad al que se remiten tanto el voto concurrente como la Sentencia. vamos *construyendo* a partir de una argumentación racional.³¹ Todas estas bases teóricas aconsejan, en fin, que la resolución del conflicto de principios se desarrolle mediante la justificación de límites a los derechos de carácter razonable y determinables argumentativamente *ex post* y que consecuentemente se afirme la exclusión de limitaciones absolutas e irrazonable sobre ellos. Discriminar cuándo la limitación a un derecho resulta o no irrazonable o desproporcionada es el fin al que se orienta la aplicación del *test* de proporcionalidad al que se remiten tanto el voto concurrente como la Sentencia.

³⁰ Por ejemplo, en España han sostenido esta visión implícita en la teoría interna de los límites a los derechos fundamentales Ignacio de Otto "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades", en Martín-Retortillo Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, España, Civitas, 1988, pp. 137 ss. y más recientemente Rodríguez-Toubes, Joaquín, "En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales", *Derechos y Libertades*, 6, 1998, pp. 397-410. También con matices se inclina por esta posición Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 126 ss. Mantiene una teoría interna conciliadora con una "metodología dinámica" en la interpretación de los derechos fundamentales. Pedro Serna, "Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información", *Humana lura*, nº 4, 1994, pp. 197-234. Por su parte, Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, España, EUNSA, 2000, p. 250 refuerza esta conciliación hasta llegar a una *teoría externa moderada*.

³¹ No será difícil para el lector vislumbrar tras este planteamiento una posición metaética constructivista y discursiva que elude concepciones metafísicas de la ética y de los derechos humanos. Cfr. John Rawls, "Kantian Constructivism in Moral Theory", en Rawls, John, *Collected Papers* (ed. Samuel Freeman), Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 303-358 y del propio Rawls, muy especialmente "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *ibid.*, pp. 388-414. Permítaseme una referencia a uno de mis trabajos más recientes donde me ocupo específicamente de este orden de cuestiones: "¿Esencias jusfundamentales? Notas a propósito de un trabajo de Robert Alexy", en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, en prensa.

Como es sabido, el principio de proporcionalidad presenta tres subprincipios orientados a resolver la ponderación de bienes en conflicto: los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el principio de adecuación, la medida que limita el derecho debe ser adecuada o idónea para asegurar un fin constitucional. En nuestro caso, la restricción del derecho al sufragio pasivo de los Presidentes municipales debería ser *adecuada*, idónea para garantizar una participación de los contendientes en los comicios que resulte responsable frente a los electores y, sobre todo, debería ser *necesaria*, en el sentido de que no deberían existir otros medios alternativos menos lesivos para el derecho de sufragio pasivo de los Presidentes municipales para asegurar el mismo fin de garantizar candidaturas responsables frente a los electores y, en definitiva, una cierta calidad democrática. Tanto el voto concurrente como el criterio general de la sentencia constatan la no necesidad de la medida ante la existencia de una serie de instrumentos alternativos no lesivos de derechos y que presentan naturaleza bien preventiva (por ejemplo, la revisión, análisis, auditoría y dictaminación de las cuentas públicas anuales), bien correctiva (por ejemplo, el recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o ante el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California e incluso ante el del Poder Judicial del Estado) o incluso sancionatoria o punitiva (por ejemplo, la suspensión o desaparición de ayuntamientos). La propia articulación de mecanismos para suplir ausencias es indicativa de que la separación anticipada de un cargo con el fin de contender a otras elecciones no debería suponer una lesión insuperable para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. A mayor abundamiento, el cumplir de manera íntegra el mandato de un cargo público no garantiza que éste respete su programa de gobierno. Todo parece indicar, pues, que la medida restrictiva del derecho al sufragio pasivo que impone el artículo 42 bajo su interpretación prohibitiva es inadecuada e innecesaria en relación con el fin al que en principio se orienta la restricción

del derecho de sufragio pasivo en casos como el del Presidente municipal Hank Rhon.

En cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, ya hemos visto con anterioridad qué razones se erigen contra la interpretación prohibitiva del artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución de Baja California cuando verificamos cuáles serían las consecuencias de su estricto cumplimiento. La lesión del derecho al voto del señor Hank Rhon no redundaría necesariamente en beneficio del principio implícito que restringe el derecho a contender a las elecciones de Gobernador y cuya fuerza de inspiración originalista debe ser, no lo olvidemos, convenientemente modulada en un Estado constitucional coherente.

IX. A modo de conclusión

El caso Hank Rhon presenta una apariencia de claridad a la que contribuye la pura literalidad del texto del artículo 42. Sin embargo, el procedimiento examinado en su conjunto constituye de por sí una prueba de lo inadecuado de los planteamientos formalistas y legalistas a la hora de afrontar las controversias jurídicas. Este tipo de planteamientos no sólo no nos proporcionan soluciones, sino que además empobrecen y ocultan la dimensión argumentativa inherente a la labor jurisdiccional, que es la que precisamente ensalza el ideal del neoconstitucionalismo. El ordenamiento jurídico *impregnado e irradiado* por los principios y valores constitucionales no admite su fragmentación en reglas cuyas contradicciones se configurarían a través de antinomias. Una vez planteado el conflicto no como una antinomia entre las presuntas *reglas* del artículo 41 y del artículo 42 de la Constitución bajacaliforniana, sino como una colisión de principios o *razones*, un amplio abanico de consideraciones de orden jurisprudencial, de Derecho internacional y de cariz consecuencialista se abre ante nosotros y cuando arribamos a este punto, entonces en un Estado constitucional la fuerza expansiva del derecho al sufragio pasivo sólo puede restringirse de forma razonable atendiendo a las exigencias del principio de proporcio-

nalidad y a las consecuencias que sólo un detallado examen de la aplicación estricta de la legislación electoral en su conjunto puede mostrarnos.

En su célebre libro *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick establece una analogía entre la tarea del científico y la del juez que, me parece, el caso Hank Rhon confirma en alguna medida. Según el profesor escocés, tanto el científico como el juez deben justificar sus conclusiones a partir de dos órdenes de consideraciones. Por un lado, es necesario que sus tesis sean de acuerdo con un cuerpo de conocimiento previo en el que ellas deben inscribirse sin violencia. En el caso del científico, se trata de que su teoría sea armónica con el cuerpo de conocimiento construido hasta entonces por la comunidad científica. En el caso del juez, se trata de que sus decisiones sean conformes en lo posible con un cuerpo de normas. En ese cuerpo de normas, algunas son muy generales como las leyes del ordenamiento jurídico, otras más particulares como los precedentes, otras de carácter no institucionalizado como los dictados de la dogmática, pero en un Estado constitucional lo más importante es que todos esos materiales normativos se hallen “impregnados” o “irradiados” por principios jusfundamentales fuertemente arraigados a la razón práctica.

Por otro lado, es necesario que las tesis sean contrastadas con la realidad. El científico, como el juez, no sólo debe mirar a su ordenamiento de referencia. También debe mirar al mundo. En otras palabras, debe contrastar cuáles sean las consecuencias que la adopción de una teoría tiene en el mundo y comprobar así su plausibilidad en el cuerpo coherente de leyes que enmarca su actividad. El científico debe verificar empíricamente sus hipótesis, del mismo modo que el juez debe contrastar qué consecuencias se pueden derivar de la aplicación de su decisión inscrita en el cuerpo de normas que conforman el Derecho y ver si esas consecuencias, a su vez, son razonables en términos jurídicos.

Bien lejos de posturas formalistas y legalistas que fragmentan, segmentan y disgregan el ordenamiento jurídico contemplándolo como un conjunto de mónadas aisladas, olvidando su naturaleza

sistemática, valorativa y práctica, es necesario por tanto mirar, por un lado, al Derecho como un cuerpo holista, abierto, sistemático y coherente, tal y como nos aconseja el ideario del neoconstitucionalismo y, por otra parte, mirar al mundo, en el sentido de examinar cuáles puedan ser las consecuencias que se deriven de la adopción y aplicación de una interpretación en términos prohibitivos del artículo 42 de la Constitución bajacaliforniana para constatar que de ello se desprende una irrazonable suspensión del derecho al sufragio pasivo del señor Hank Rhon cuya materialización no debería poder prosperar en un Estado constitucional.

Interpretación conforme a la constitución. Antinomias y lagunas: caso Hank Rohn es el cuaderno núm. 9 de la serie *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, se imprimió en septiembre de 2009 en los Talleres de Offset Santiago S.A. de C.V., Río San Joaquín 436, C.P. 11520, Col. Ampliación Granada, México, D.F.

Su tiraje fue de 1,000 ejemplares