

TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

La democracia a juicio.

Estudio comparativo
de la jurisprudencia
del TEPJF en el proceso
electoral 2017-2018

Autorías

Elena Bindi
Tania Groppi
Mario Perini
Andrea Pisaneschi
Amaya Úbeda de Torres

Coordinación

Giammaria Milani



La democracia a juicio.
Estudio comparativo
de la jurisprudencia del TEPJF
en el proceso electoral 2017-2018

Editorial ТЕРЖ

La democracia a juicio.
Estudio comparativo
de la jurisprudencia del TEPJF
en el proceso electoral 2017-2018

Elena Bindi
Tania Groppi
Mario Perini
Andrea Pisaneschi
Amaya Úbeda de Torres

Giammaria Milani
Coordinación

TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

México, 2023

342.7108 M6
D359j

La democracia a juicio. Estudio comparativo de la jurisprudencia del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018 / Elena Bindi [y otros cuatro]; Milani, Giammaria, coordinador. -- 1.ª edición. -- Ciudad de México, México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2023.
1 recurso en línea (271 páginas) : diagramas.

Incluye referencias bibliográficas.
ISBN 978-607-708-687-1

1. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación - Órganos facultados para la creación de jurisprudencia - Jurisprudencia. 2. Elecciones - Proceso electoral - México. 3. Principios electorales - Principio de libre e igual participación - México. 4. Protección de los derechos humanos - Control concentrado de la convencionalidad - Control difuso de la convencionalidad. 5. Derecho a la seguridad jurídica - Derecho a tutela jurídica efectiva - Derecho al debido proceso. 6. Derecho electoral - México. I. Bindi, Elena, autora. II. Milani, Giammaria, coordinador. III. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

*La democracia a juicio.
Estudio comparativo de la jurisprudencia del TEPJF
en el proceso electoral 2017-2018*

Con el sello Pacini Editore: 1.ª edición, 2018.

Con el sello Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: 1.ª edición, 2023.

D. R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero 5000, CTM Culhuacán,
04480, Coyoacán, Ciudad de México.
Teléfono: 55-5728-2300.

www.te.gob.mx
editorial@te.gob.mx

Coordinación académica: Dirección General de Relaciones Institucionales Internacionales.
Edición: Elena Bindi, Tania Groppi y Andrea Pisaneschi.

Las opiniones expresadas en la presente obra son responsabilidad exclusiva de quien las emite.

ISBN 978-607-708-687-1

Directorio

Sala Superior

Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón

Presidente

Magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera

Magistrado Felipe de la Mata Pizaña

Magistrada Janine M. Otálora Malassis

Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso

Comité Académico y Editorial

Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón

Presidente

Magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera

Magistrado Felipe de la Mata Pizaña

Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso

Dra. Blanca Heredia Rubio

Dr. José de Jesús Orozco Henríquez

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

Dra. Natalia Saltalamacchia Ziccardi

Dr. Fernando Alberto Lázaro Serrano Migallón

Dra. Gabriela Dolores Ruvalcaba García

Secretaria Técnica Académica

Lic. Agustín Millán Gómez

Secretario Técnico Editorial

Índice

Presentación	15
Prólogo	19
<i>Reyes Rodríguez Mondragón</i>	

PARTE I MARCO GENERAL

Capítulo 1

Las reglas y los datos del proceso electoral

Andrea Pisaneschi

1. Los datos generales y el tamaño de la elección de 2018	25
2. Los principios básicos del procedimiento electoral mexicano: los partidos políticos y los candidatos independientes	27
3. Las etapas del procedimiento electoral	34
4. El papel del Instituto Nacional Electoral (INE) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF)	37

Capítulo 2

Los principios electorales supranacionales

Amaya Úbeda de Torres

1. La protección de la democracia a través de los derechos de la Convención Europea y de la Corte Interamericana: breve análisis comparado de los principios en materia electoral a la luz de la jurisprudencia	43
1.1. El contorno del derecho de participación política en ambos convenios	44

1.2. Los principios vertebradores de los derechos de participación política en la interpretación jurisprudencial	50
1.3. La protección de los derechos de sufragio activo y pasivo: casos escogidos	53
2. La protección de la democracia a través de los estándares del <i>soft law</i>: la contribución de la Comisión de Venecia.	60
2.1. La Comisión de Venecia como actor de la construcción de estándares internacionales en materia electoral	61
2.2. La Comisión de Venecia y el desarrollo de estándares electorales internacionales	65
3. Las interacciones entre la Comisión y los órganos supranacionales de derechos humanos	68

Capítulo 3

El debido proceso y argumentación judicial

Elena Bindi, Tania Groppi y Andrea Pisaneschi

1. El debido proceso, el derecho a la audiencia y a la prueba	75
2. Tutela cautelar	83
3. El <i>amicus curiae</i> en el proceso electoral	87
3.1. Intervenciones de terceros interesados y del <i>amicus curiae</i> en México	87
3.2. El <i>amicus curiae</i> en las decisiones del proceso electoral 2017-2018	90
3.3. Una evaluación desde la perspectiva del derecho comparado	92
4. El test de proporcionalidad en el proceso electoral	97
4.1. ¿Por qué se utiliza el principio de proporcionalidad?	97
4.2. El test de proporcionalidad en perspectiva comparada: el marco europeo	98
4.3. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del año electoral 2018 sobre los derechos político-electorales	103
4.4. Conclusiones	107

Capítulo 4

El uso del derecho extranjero e internacional

Tania Groppi

1. El derecho extranjero e internacional en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales	111
2. La investigación empírica: las citas explícitas en la jurisprudencia del TEPJF del año 2018	116
2.1. Premisas metodológicas	116
2.2. Análisis cuantitativo	120
2.3. Análisis cualitativo	124
2.3.1. Análisis formal	126
2.3.2. Análisis sustancial	135
3. Conclusiones	143

PARTE II

ANÁLISIS DE CASOS

Capítulo 1

Los candidatos independientes

Andrea Pisaneschi

1. Principios generales	147
2. Candidatos independientes y apoyo ciudadano	151
3. Candidatos independientes y pautas televisivas	155
4. Candidatos independientes y financiación	157

Capítulo 2

Los partidos políticos

Mario Perini

1. El marco supranacional e internacional	161
2. Los partidos políticos en el contexto político mexicano: una premisa necesaria	167
3. Los principales asuntos tratados por el TEPJF en materia de organización y funcionamiento interno de los partidos	169
3.1. Sobre la naturaleza de la reglamentación interna y su interpretación; el principio de autoorganización interna	169

3.2. Los procedimientos internos de los partidos: la selección de los candidatos y la justicia interna	173
3.3. La posición del asociado dentro del partido	176
4. Síntesis	180

Capítulo 3

Las redes sociales y las noticias falsas

Elena Bindi y Andrea Pisaneschi

1. Introducción al problema	181
2. Las tesis y los principios generales sobre las redes sociales	183
3. YouTube y “si los niños fueran candidatos”	188
4. Twitter	190
5. El tema de las noticias falsas (<i>fake news</i>)	192
6. Santi Romano, la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y las redes sociales	199

Capítulo 4

La paridad de género y la violencia política de género

Elena Bindi

1. El marco normativo	203
1.1. Premisa. El derecho de voto de las mujeres	203
1.2. La evolución del marco normativo en México	205
1.3. La importante sentencia antijuanitas y la reforma constitucional de 2014	207
2. La jurisprudencia del año electoral 2018 sobre la paridad de género	211
2.1. Aplicación y finalidad de la cuota de género	212
2.2. Ajuste en el orden de prelación en el registro de candidaturas	213
2.3. Sustitución de candidatos	214
2.4. Autoorganización de los partidos	215
2.5. Alternancia y prelación en la asignación de los escaños de representación proporcional	218
2.6. Integración de los órganos legislativos	220

3. Un caso sin precedentes sobre los derechos político-electorales de las personas transgénero (muxes)	221
4. Algunas consideraciones en perspectiva comparada europea sobre la paridad de género	222
5. La jurisprudencia del año electoral 2018 sobre la violencia política de género	228
5.1. Los criterios para la investigación exhaustiva e integral	228
5.2. El “modo honesto de vivir” como requisito de elegibilidad y prohibición de la violencia política en razón de género	230
6. Los estereotipos negativos basados en el género en los <i>spots</i> electorales de la campaña de 2018	231
6.1. El uso de un lenguaje discriminatorio y la libertad de expresión en materia comicial	231
6.2. Los estereotipos de subordinación no siempre constituyen violencia de género, desde un punto de vista simbólico	233
6.3. La difusión de un promocional que promueve estereotipos sexistas no es ejercicio de la libertad de expresión	235
7. El <i>focus</i> en la sentencia SUP-REP-87/2018, un caso ejemplar para identificar la línea límite más allá de la cual los estereotipos se vuelven discriminatorios	236
8. Algunas consideraciones en perspectiva comparada sobre los estereotipos negativos	240

Capítulo 5

La representación política de los pueblos indígenas

Tania Groppi

1. El marco normativo	247
2. La jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas	250
2.1. Cuestiones procesales	251
2.2. Representación indígena en las candidaturas plurinominales	252

2.3. Acción afirmativa indígena en los distritos por el principio de mayoría relativa	253
2.4. Selección de candidaturas para la elección de diputados locales	254
2.5. Registro de candidatos para la presidencia de la república y consulta indígena	255
2.6. Los derechos electorales de los desplazados internos	255
3. Consideraciones en perspectiva comparada	256
Algunas notas conclusivas:	
de la argumentación a la legitimación	261
Autorías y colaboraciones	269

Presentación

En México, el 1.º de julio de 2018 se llevaron a cabo las elecciones de los órganos representativos en los niveles federal, estatal y local. En particular, a nivel federal, se ha elegido por sufragio universal directo, para un periodo de seis años, al nuevo presidente de la república, así como a los 500 miembros de la Cámara de Diputados y a los 128 miembros del Senado. En 30 de los 32 estados que componen la Federación mexicana se han celebrado también elecciones para la renovación de los órganos del gobierno del nivel estatal (gobernadores y parlamentos estatales), así como de los órganos del gobierno local.

Estas elecciones mexicanas constituyen un momento de gran interés para el estudio de los derechos político-electorales, al permitir una comparación entre los instrumentos judiciales de tutela (o de protección) de estos derechos en México con respecto a los estándares europeos e internacionales.

En la organización y el control de las elecciones mexicanas participan una pluralidad de órganos administrativos y judiciales. En particular, a nivel federal, el Instituto Nacional Electoral (INE), una autoridad pública administrativa que se encarga de organizar las elecciones federales; la Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos Electorales (FEPADE), una dependencia especializada de la Procuraduría General de la República, responsable de la prevención y el enjuiciamiento de los delitos electorales federales, y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), un órgano especializado encargado de resolver

controversias en materia electoral y de proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos.

Con el fin de analizar precisamente el papel de las sentencias del TEPJF en las elecciones mexicanas de 2018, el mismo Tribunal y la Universidad de Siena han suscrito, a principios del año 2018, un convenio específico de colaboración para realizar el Proyecto para el Acompañamiento de las Elecciones Mexicanas de 2018.

El Proyecto constituye una nueva etapa en una colaboración pluriannual entre el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Universidad de Siena, en el marco del convenio general firmado por las dos instituciones los días 20 y 26 de octubre de 2015. El convenio general, que tiene por objeto proponer, promover e implementar proyectos de intercambio académico y profesional, consulta, cooperación y asistencia técnica sobre temas relacionados con el desarrollo de la democracia, los procesos comiciales y la justicia electoral, ha dado lugar, a lo largo de los años, a una serie de actividades de capacitación e investigación.

En 2016 se celebró el “Seminario judicial técnicas de decisión judicial”, que tuvo lugar en Ciudad de México y en Siena, e incluyó visitas institucionales a los órganos constitucionales ubicados en Roma. El propósito del seminario fue la creación de un espacio académico para el aprendizaje de las metodologías y técnicas de decisión de los órganos judiciales en materia electoral, con una perspectiva comparada, que tuvo como foco de estudio el diálogo entre los ordenamientos europeos y los latinoamericanos.

En 2017 se llevó a cabo en Ciudad de México un seminario/conversatorio sobre la crisis de la representación y de la democracia en el contexto europeo, así como respecto a los desafíos que se les presentan a los órganos judiciales. Con el título “Los retos jurisdiccionales frente a la crisis de representación”, dicha actividad logró un fructífero diálogo, en el cual participaron como ponentes algunos profesores de la Universidad de Siena y el presidente de la Asociación Italiana de Derecho Público Comparado y Europeo.

El Proyecto para el Acompañamiento de las Elecciones Mexicanas de 2018 representa la natural evolución de estas actividades. Dicho proyecto ha sido realizado en dos fases: el seguimiento de la jurisprudencia electoral del TEPJF en las diversas etapas del proceso electoral y

la redacción de un libro blanco sobre los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018.

El seguimiento ha tenido la función de analizar y resumir todas las decisiones emitidas por la Sala Superior del TEPJF entre el 6 de marzo y el 29 de agosto de 2018, así como de comentar las sentencias más relevantes, consideradas como “*leading cases*”.

En total, se han incluido en la página web dedicada al proyecto La Democracia a Juicio 1,624 fichas y 37 comentarios. Todas las fichas contienen una lista de datos (número y tipo de asunto; fecha; magistrado(a) ponente; voto particular, concurrente, aclaratorio o razonado, e intervención de *amici curiae*), algunas informaciones sobre las técnicas de argumentación (uso del test de proporcionalidad o del derecho extranjero o internacional), algunas palabras clave y el resumen de la sentencia. Las decisiones problemáticas o emblemáticas, o bien que se separen de las reglas judiciales consolidadas a nivel comparado y de los estándares internacionales han sido objeto de comentarios; estas decisiones han sido analizadas teniendo en cuenta los precedentes más importantes de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales europeos, con un enfoque de derecho comparado.

La redacción del presente libro blanco tiene como propósito exponer y sistematizar todo el material recogido y comentado durante la actividad de seguimiento, identificando las principales problemáticas, de modo que constituya un instrumento que sintetice y resalte el rol desempeñado por la jurisprudencia en el año electoral 2018.

La primera parte del libro está dedicada a algunos temas generales, relativos a las reglas y los datos del proceso electoral (capítulo 1), a los principios electorales supranacionales (capítulo 2), al debido proceso y la argumentación judicial (capítulo 3) y al uso del derecho internacional (capítulo 4). En la segunda parte se analizan, con un enfoque de derecho comparado europeo, los casos y los principios más relevantes sobre los principales temas tratados en la jurisprudencia del TEPJF con ocasión de las elecciones de 2018: los candidatos independientes (capítulo 1); la autonomía de los partidos (capítulo 2); las redes sociales y las noticias falsas (capítulo 3); la paridad de género y la violencia política de género (capítulo 4), y la representación política de los pueblos indígenas (capítulo 5).

La redacción de este libro blanco y el desarrollo de todo el Proyecto no hubieran sido posibles sin el trabajo realizado por la Unidad de Seguimiento, coordinada por el Dr. Giammaria Milani, de la Universidad de Siena, y compuesta tanto por estudiantes de doctorado de la misma Universidad como por algunos colaboradores externos: Stefano Bargiacchi, Valentina Carlino, Matteo Corsalini, Elia Cremona, Francesco de Renzo, Lorenza Mancini, Brando Mazzolai y Floriana Plataroti. Finalmente, se extiende un agradecimiento especial a Andrea Cristina Robles Ustariz, quien, además de ser miembro de la Unidad de Seguimiento, se encargó de la primera revisión de este libro blanco, y a los profesores Carlos Vidal Prado y David Delgado Ramos por el precioso trabajo de revisión final del texto.

Siena, 29 de diciembre de 2018

Elena Bindi
Tania Groppi
Andrea Pisaneschi

Prólogo

En un panorama de continua transformación del sistema democrático, es pertinente la reedición de una obra que encapsula el trabajo de una colaboración trascendental entre la Universidad de Siena y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Este esfuerzo conjunto se ha dedicado a la sistematización exhaustiva y analítica de un trabajo que tiene como finalidad presentar y analizar, desde una perspectiva comparada, el papel desempeñado por el TEPJF en el proceso electoral 2017-2018.

La democracia a juicio. Estudio comparativo de la jurisprudencia del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018 constituye un testimonio de la importancia que adquiere el análisis jurídico en el desarrollo y la sostenibilidad de las democracias. En estas páginas se despliega un estudio detallado de la toma de decisiones judiciales en el contexto de un proceso electoral de gran magnitud, caracterizado por la confluencia de comicios locales en todo el país y por derivar en la tercera alternancia en la presidencia de la república.

El título de la obra, *La democracia a juicio*, encierra una doble connotación: por un lado, refleja la introspección crítica que se requiere para evaluar y comprender el sistema democrático; por otro, se adentra en el examen minucioso de las sentencias del TEPJF que moldearon y delinearán los fundamentos de la democracia misma.

El resurgimiento de esta obra es también una invitación a reflexionar sobre los intrincados matices que caracterizan al proceso de toma

de decisiones judiciales. La colaboración entre la Universidad de Siena y el Tribunal Electoral es un testimonio de la intersección entre la academia y la práctica judicial, un encuentro que da forma a un texto de alto nivel.

El contexto del proceso electoral de 2017-2018 sirve como telón de fondo para este análisis. El escrutinio de los comicios de 2018 proporciona una plataforma para comparar los mecanismos judiciales de protección de los derechos político-electorales en México con estándares internacionales. Indudablemente, esta evidencia servirá como base para evaluar y comprender el desarrollo del próximo proceso, en 2024.

La presente edición es un compendio que no solo disecciona las decisiones judiciales, sino también brinda una síntesis de los temas y desafíos de mayor urgencia que trazaron el panorama político y jurídico de ese periodo. La obra se organiza en dos partes distintas y complementarias.

La primera abarca cuestiones generales y relevantes relacionadas con el proceso electoral, desde las reglas y los datos que lo conforman (capítulo 1), pasando por los principios electorales de carácter supranacional (capítulo 2), hasta el debido proceso y la argumentación judicial (capítulo 3), además del uso del derecho extranjero e internacional como herramienta de referencia (capítulo 4).

La segunda parte, desde un enfoque arraigado en el derecho comparado europeo, se adentra en el análisis minucioso de los casos y principios más relevantes que dieron forma a la jurisprudencia del TEPJF en el contexto de las elecciones de 2018. En esta sección se examinan temas cruciales, como los candidatos independientes (capítulo 1), los partidos políticos (capítulo 2), el impacto de las redes sociales y la difusión de noticias falsas (capítulo 3), la promoción de la paridad de género y la lucha contra la violencia política de género (capítulo 4), así como la representación política de los pueblos indígenas (capítulo 5).

Cada capítulo del libro aporta una perspectiva única que contribuye a la comprensión holística de la complejidad y la diversidad de cuestiones que emergen en el entorno político-electoral.

Además, esta obra resalta la política institucional de construir líneas jurisprudenciales que garanticen certeza. Por medio del análisis de 175 sentencias, las autorías subrayan el sistema de precedentes que ha permitido al Tribunal Electoral establecer condiciones relativamente

estables tanto para la continuidad como para el cambio jurídico en un entorno normativo y político-electoral complejo.

Vale la pena destacar que los criterios emitidos en aquella contienda mantienen su relevancia y serán de gran importancia en el proceso electoral de 2023-2024. Estas sentencias abordan una amplia variedad de temas que trascienden las simples disputas electorales y se centran en la protección de los derechos político-electorales. Se destacan especialmente aquellas relacionadas con la paridad de género en las candidaturas, la violencia de género, los grupos indígenas, la libertad de expresión y las candidaturas independientes.

Por ejemplo, en el contexto de la resolución del caso SUP-REC-83/2018, la Sala Superior del Tribunal Electoral señaló de manera significativa que, para garantizar el cumplimiento efectivo de la paridad de género, se requiere la implementación de medidas afirmativas destinadas a lograr una igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. En ese sentido, la Sala confirmó la decisión del Instituto Tlaxcalteca de Elecciones de establecer una medida concreta: la reserva de los primeros puestos en las listas de representación proporcional para fórmulas compuestas exclusivamente por mujeres.

La contundencia de estas líneas jurisprudenciales trazadas por la Sala Superior refuerza su función constitucional de auténtica defensora de los derechos de los grupos minoritarios o históricamente marginados. En ese orden de ideas, subraya de manera inequívoca el papel desempeñado por el Tribunal Electoral, en su calidad de componente integral del Poder Judicial, en el contexto del proceso de la consolidación democrática.

Finalmente, se concluye este breve prólogo señalando las razones por las que se invita a leer la obra. En unos meses, México volverá a experimentar el proceso más grande y complejo de su historia democrática. Por un lado, la magnitud del reto se refleja en la cantidad de cargos que se renuevan y la cantidad de personas que estarán conteniendo para asumir las riendas de la Administración pública federal, local y municipal los siguientes años; por otro, la complejidad de la contienda se vislumbra en las estrategias de los actores políticos, cada vez más sofisticadas, que utilizan cualquier medio a su disposición para ganar ventaja en el ámbito competitivo. Ello, invariablemente, pone a prueba el marco jurídico que rige las elecciones y el funcionamiento

de la democracia mexicana. En este contexto trascendental, la obra adquiere un valor inestimable.

Esta edición, resultado de la colaboración entre dos instituciones de gran prestigio, refleja la sinergia entre la teoría y la práctica, así como entre la investigación y su aplicación. Este enfoque integral permite adentrarse en un análisis que trasciende los aspectos coyunturales de las elecciones, hacia un examen que alcanza a los pilares que sostienen el sistema democrático y las cuestiones que definen su salud y vitalidad. Por lo tanto, al leer esta obra no solo se enriquece el entendimiento de los procesos electorales y judiciales, sino también se asume un papel activo en la construcción de un futuro democrático sólido y equitativo. En otras palabras, las lecciones extraídas de este estudio tienen relevancia histórica, pero también son herramientas valiosas para afrontar el próximo proceso electoral.

Sin más, se invita a cada lector a adentrarse en sus páginas con mente abierta y el deseo de comprender la complejidad detrás de la toma de decisiones que dan forma a la justicia electoral.

Reyes Rodríguez Mondragón
Magistrado presidente
de la Sala Superior del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación

Parte I
MARCO GENERAL

Capítulo 1

LAS REGLAS Y LOS DATOS DEL PROCESO ELECTORAL

Andrea Pisaneschi

Resumen: 1. Los datos generales y el tamaño de la elección de 2018. — 2. Los principios básicos del procedimiento electoral mexicano: los partidos políticos y los candidatos independientes. — 3. Las etapas del procedimiento electoral. — 4. El papel del Instituto Nacional Electoral (INE) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

1. Los datos generales y el tamaño de la elección de 2018

El proceso electoral en México de 2017-2018 ha sido uno de los más grandes (si no es que el más grande) procedimientos electorales en el mundo. Algunos datos: en un solo día se han elegido 1 presidente de la república, 128 senadores, 500 diputados federales y 18,299 autoridades locales —en 30 de las 32 entidades locales (las excepciones fueron Baja California y Nayarit)—. De estas, han sido elegidos siete gobernadores y un jefe de gobierno (Chiapas, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Puebla, Tabasco, Veracruz y Ciudad de México). En el Cuadro 1 (Fuente: INE) figuran algunos datos relativos a los diferentes tipos de elección.

Cuadro 1. Diferentes tipos de elección

Renovación de	Número de estados	Estados
Poderes Ejecutivo y Legislativo, y autoridades municipales	8	Chiapas, Ciudad de México, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Puebla, Tabasco y Yucatán
Poderes Ejecutivo y Legislativo	1	Veracruz
Poder Legislativo y autoridades municipales	14	Baja California Sur, Campeche, Colima, Chihuahua, Guerrero, Estado de México, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora y Zacatecas

Continuación.

Renovación de	Número de estados	Estados
Poder Legislativo	4	Aguascalientes, Durango, Hidalgo y Tlaxcala
Autoridades municipales	3	Coahuila, Quintana Roo y Tamaulipas
Elección de	Número de estados	Estados
Gubernaturas	9	Chiapas, Ciudad de México, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Puebla, Tabasco, Veracruz y Yucatán
Congresos locales	27	Excepto Coahuila, Quintana Roo y Tamaulipas
Autoridades municipales	25	Excepto Aguascalientes, Durango, Hidalgo y Tlaxcala

El total de los cargos atribuidos en un solo día es impresionante: 3,447 autoridades a nivel federal. En este marco, se presentaron también 283 aspirantes a candidatos independientes, de los cuales 48 buscaban la presidencia, 54 el Senado y 181 la Cámara de Diputados. Quienes aspiran a la presidencia deben recabar 866,593 firmas (1 % del listado nominal), distribuidas en 17 estados; para el Senado se requiere 2 % del listado nominal estatal, cubriendo la mitad de los distritos electorales, y, finalmente, para presentarse como candidato independiente a la Cámara de Diputados se requiere 2 % del listado nominal en el distrito electoral correspondiente.

Tenían derecho de voto 89,123,355 electores. Por tercera vez, se llevó a cabo el voto de los mexicanos en el extranjero (las anteriores fueron en 2006 y 2012), calculándose 181,256 votantes. También la estructura operativa fue impresionante. El Instituto Nacional Electoral (INE) instaló en el país 156,807 casillas electorales y preparó 281,702,835 boletas electorales.

El número de ciudadanos que fueron seleccionados, a través de un doble sorteo, y fueron capacitados para integrar las mesas de votación fue de alrededor de 1.4 millones.

2. Los principios básicos del procedimiento electoral mexicano: los partidos políticos y los candidatos independientes

El procedimiento electoral mexicano está regulado, en gran parte, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en una ley nacional, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE).

En lo que respecta a la Constitución, una reforma constitucional promulgada en 2014 redistribuyó, dentro del modelo de Estado federal, las competencias entre la Federación y las 32 entidades federativas en materia político-electoral, y estableció las bases para la configuración de un sistema para la organización de las elecciones en todo el país. Los principios básicos en materia electoral se encuentran, de hecho, en gran parte, en el artículo 41 de la Constitución.

Aquí se tratarán, muy brevemente, las reglas fundamentales sobre los partidos políticos y las candidaturas independientes, las reglas sobre la paridad de género, las funciones fundamentales del INE y las funciones fundamentales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

El artículo 41 de la Constitución regula, en primer lugar, a los partidos políticos, que son claramente considerados como la base de la democracia mexicana. Los partidos políticos tienen naturaleza jurídica de derecho público, y la ley establece requisitos para su registro. La Constitución les atribuye la función de “promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de estos al ejercicio del poder público”. La Constitución establece también principios sobre la financiación de los partidos políticos. La financiación es, básicamente, pública: los recursos públicos tienen que prevalecer sobre los recursos privados, y se pueden beneficiar de esta financiación solo los partidos que mantengan su registro después de cada elección.

Las reglas sobre la financiación se encuentran, en parte, en la Constitución y, en parte, en la LGIPE. La financiación pública de los partidos se divide en tres diferentes tipos: financiación permanente, financiación para gastos de campaña y financiación permanente, pero específica.

La primera es aquella financiación otorgada para el sostenimiento de actividades ordinarias; la segunda es aquella financiación asignada durante años electorales en relación con los gastos de los partidos relacionados con la campaña electoral; la tercera, a su vez, está relacionada con actividades específicas, como educación, capacitación, investigación socioeconómica y política, o tareas editoriales.

La financiación se otorga en relación con los siguientes principios.

El financiamiento permanente se fijará anualmente, multiplicando el número total de ciudadanos inscritos en el padrón electoral por sesenta y cinco por ciento del valor diario de la unidad de medida y actualización. El treinta por ciento de la cantidad que resulte, de acuerdo con lo señalado anteriormente, se distribuirá entre los partidos políticos en forma igualitaria, y el setenta por ciento restante, de acuerdo con el porcentaje de votos que hubieren obtenido en la elección inmediata anterior de diputados.

El financiamiento público para las actividades tendentes a la obtención del voto durante el año en que se elijan el presidente de la república, los senadores y los diputados federales equivaldrá a cincuenta por ciento del financiamiento público que le corresponda a cada partido político por actividades ordinarias en ese mismo año; cuando solo se elijan diputados federales, equivaldrá a treinta por ciento de dicho financiamiento por actividades ordinarias.

El financiamiento público para actividades específicas, relativas a educación, capacitación, investigación socioeconómica y política, así como tareas editoriales, equivaldrá a tres por ciento del monto total del financiamiento público que corresponda en cada año por actividades ordinarias. Treinta por ciento de la cantidad que resulte, de acuerdo con lo señalado anteriormente, se distribuirá entre los partidos políticos en forma igualitaria, y el setenta por ciento restante, de acuerdo con el porcentaje de votos que hubieren obtenido en la elección inmediata anterior de diputados.

La ley fija, también, límites a las erogaciones en los procesos internos de selección y en la campaña electoral. En este marco, la financiación privada es marginal, pues solo permite aportaciones de sus militantes y simpatizantes (personas físicas), y el monto máximo está establecido en la ley. En particular, la financiación privada se clasifica en los siguientes tipos:

- a) Por la militancia. Es un tipo de financiación que comprende tanto las aportaciones y cuotas individuales y obligatorias, ordinarias y extraordinarias, en dinero o en especie que los partidos políticos imponen a sus militantes como las que, de manera voluntaria y personal, pueden aportar precandidatos o candidatos exclusivamente para sus precampañas o campañas.
- b) Por simpatizantes. Comprende las aportaciones que, de manera libre, voluntaria y personal, realicen, ya sea en dinero o en especie, los simpatizantes de los partidos que sean personas físicas, con residencia en el país, durante los procesos electorales federales y locales.
- c) Por autofinanciamiento. Comprende los ingresos obtenidos por el concepto de actividades promocionales, tales como conferencias, espectáculos, juegos o sorteos, eventos culturales, ventas editoriales y cualquier otra similar que los partidos políticos realicen con el fin de allegarse fondos.
- d) Por rendimientos financieros. Comprende los rendimientos generados por cuentas, fondos o fideicomisos que los partidos pueden establecer con instituciones financieras domiciliadas en México para la inversión de sus recursos líquidos, los cuales deben destinar al cumplimiento de sus objetivos y no están protegidos por el secreto bancario o fiduciario.

Además, la ley prohíbe las aportaciones procedentes de las siguientes fuentes: cualquier poder, dependencia u organismo público, en sus distintos niveles y modalidades; partidos políticos y personas físicas o morales extranjeras; organismos internacionales de cualquier naturaleza; personas morales; personas que vivan o trabajen en el extranjero. Asimismo, la ley dispone que los partidos no pueden solicitar créditos procedentes de la banca de desarrollo para financiar sus actividades ni recibir aportaciones de personas no identificadas.

De manera concomitante, con la ampliación y el fortalecimiento del régimen de prerrogativas de partidos políticos y candidatos se ha ido conformando un riguroso sistema de control, rendición de cuentas, fiscalización y revelación pública sobre el origen, manejo y aplicación de sus fondos públicos y privados. Su reglamentación y operación es responsabilidad exclusiva del INE, ya que comprende partidos políticos nacionales y locales, así como aspirantes, precandidatos y candidatos a todos los cargos de elección popular que se disputan en el país.

Para cumplir con estos objetivos, el INE ha articulado un sistema integral de fiscalización que permite verificar la información reportada por partidos y candidatos, a través de mecanismos y procedimientos de rendición de cuentas, auditoría y confrontación de información que se apoyan en una plataforma tecnológica que exige el registro de operaciones en línea en los tres días posteriores a su realización. En el ejercicio de sus funciones de fiscalización, el Consejo General del INE no está limitado por los secretos bancario, fiduciario y fiscal. Puede, además, contar con el apoyo de autoridades federales y locales; está facultado y ya ha suscrito convenios de colaboración en materia de inteligencia financiera con la unidad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Es importante subrayar que la infracción de las reglas respecto a los gastos de campaña puede provocar la nulidad de la elección. La Constitución establece (artículo 41, apartado D, punto VII) que, en el caso en que un partido hubiera excedido el gasto de campaña en 5 % del monto total autorizado y la diferencia entre la votación obtenida entre el primero y el segundo sea menor a cinco por ciento, esta violación será determinante; por lo tanto, esta violación amerita la sanción de la nulidad de las elecciones. Asimismo, la utilización de recursos de procedencia ilícita produce la nulidad de las elecciones cuando la diferencia entre el primero y el segundo lugar no sea de más de 5 por ciento.

Dado que los partidos políticos son considerados el fulcro de la democracia, tienen naturaleza pública y son objeto de una reglamentación jurídica que no se limita a la financiación y los gastos, sino que disciplina los procedimientos de selección interna y, en cierto modo, el tema de la paridad de género. Desde este punto de vista, los partidos políticos están obligados a promover y garantizar la paridad entre los géneros en la postulación de sus candidaturas a los cargos de elección popular para integrar tanto las dos cámaras del Congreso de la Unión como las legislaturas de los estados. Esta exigencia es aplicable tanto a las candidaturas para los escaños, según el principio de mayoría, como a las listas de representación proporcional. En todo caso, las fórmulas compuestas por titular y suplente deben ser del mismo género, y en el caso de las listas, se deben alternar las fórmulas de distinto género para garantizar el principio de paridad. Más aún, para las elecciones federales de 2018, el Consejo General del INE determinó que por lo menos dos de las

cinco listas regionales de candidaturas que integren los partidos políticos para integrar la Cámara de Diputados sean encabezadas por mujeres, y que la lista única para el Senado sea también encabezada por una fórmula de mujeres. Se esperaba que esto permitiese incrementar el porcentaje de representación de las mujeres en el Congreso de la Unión, que en su conformación resultante de las elecciones de 2012 alcanzaba ya 42.4 % (212) de los 500 escaños de la Cámara de Diputados y 32.8 % (42) de los 128 del Senado.

La ley disciplina también las coaliciones entre los partidos. Las coaliciones son los acuerdos que suscriben y deben formalizar ante la autoridad electoral competente (el INE, en el caso de los partidos políticos nacionales, y para las elecciones federales) dos o más partidos políticos para postular candidatos comunes a los cargos de elección por mayoría (presidencia, diputaciones y senadurías). Un partido político de nueva creación debe concurrir solo en la primera elección federal posterior a su registro. Por consiguiente, solo puede formar parte de una coalición a partir de su segunda participación en una elección federal.

La ley distingue tres tipos de coaliciones:

- a) Total. Comprende todos los cargos por mayoría, es decir, las 300 diputaciones, los 32 binomios de senadurías y la presidencia de la república. En caso de elecciones para todos los cargos federales, como las del 1 de julio de 2018, no se pueden realizar coaliciones para uno solo de los cargos en disputa, por ejemplo, que solo comprendan las 300 diputaciones o los 32 binomios senatoriales.
- b) Parcial. Comprende al menos la mitad de los cargos en disputa, es decir, puede tener efectos sobre al menos 150 de las candidaturas a diputados o 16 de los binomios de senadurías.
- c) Flexible. Comprende al menos 25 % de los cargos de mayoría en disputa, es decir, puede limitarse a 75 candidaturas a diputaciones por mayoría o a ocho binomios de senadurías.

Las coaliciones parciales y flexibles se pueden limitar, de ser el caso, a un solo tipo de elección, es decir, no comportan efectos extensivos a las otras elecciones. En todo caso, en el marco de un proceso electoral, un partido político no puede formar parte de más de una coalición.

Es oportuno subrayar, sin embargo, que según la Constitución ningún partido político, sea cual sea el porcentaje de votación que haya

tenido en la elección de diputados federales, puede contar con más de 300 escaños de los 500 que integran la Cámara. Con esta disposición se asegura que ningún partido político cuente, por sí mismo, con la mayoría calificada (dos tercios) de los votos para introducir reformas a la Constitución. De esta forma se asegura que cualquier reforma constitucional sea resultado de un proceso de negociación y acuerdo entre distintas fuerzas políticas.

La protección constitucional de los partidos políticos es, por lo tanto, muy fuerte, porque la Constitución considera que son estos los instrumentos fundamentales para garantizar la democracia en el país.

Sin embargo, una reforma constitucional de 2012 introdujo también la posibilidad de postular candidaturas independientes, como instrumento para equilibrar la representación y el peso de los partidos políticos en los órganos electivos. Desde 2012 la Constitución reconoce la figura de las candidaturas independientes para los cargos de elección popular en todos los niveles del gobierno, y deja a criterio de las legislaciones de las distintas jurisdicciones territoriales la regulación de sus términos, reglas y requisitos.

No obstante, las garantías para los candidatos independientes son menores respecto a las de los partidos políticos. De hecho, la Constitución establece que “los candidatos independientes tendrán derecho de acceso a prerrogativas para las campañas electorales en los términos que establezca la ley”. Por lo tanto, la disciplina y las garantías no son de nivel constitucional, sino ordinario.

La legislación de los estados debe establecer:

- a) El número de firmas de apoyo requerido para solicitar el registro a cada cargo, el plazo para recabar las firmas de apoyo requeridas y el procedimiento de registro.
- b) Los derechos, prerrogativas y obligaciones de los candidatos registrados.
- c) Los límites de los gastos que pueden erogar.

En el Cuadro 2 se presenta un resumen de los requisitos respecto a las firmas de apoyo para los cargos federales de 2018.

**Cuadro 2. Requisitos de firmas de apoyo
para cargos federales 2018**

Cargo federal	Porcentaje de firmas de apoyo requeridas	Número de firmas	Plazo para recabar las firmas
Presidencia	1 % del total de los electores registrados y habilitados para votar en todo el país, pero distribuidos de tal forma que ese requisito de 1 % se cumpla, además, respecto a los electores registrados en 17 de las 32 entidades federativas	866,593	20 días
Senaduría	2 % del total de los electores registrados y habilitados para votar en la respectiva entidad federativa, pero distribuidos de tal forma que al menos en la mitad de los distritos electorales que comprende la entidad se cuente con las firmas de apoyo de 1 % de los electores	Varía de una entidad a otra, en función de su número de electores, pero el rango oscila entre 10,013 (en Baja California) y 224,185 (en Estado de México) firmas	90 días
Diputación	2 % del total de los electores registrados y habilitados para votar en el distrito electoral de referencia, pero distribuidos de tal forma que al menos en la mitad de las secciones electorales que comprende cada distrito se cuente con las firmas de apoyo de 1 % de los electores	Varía de un distrito a otro, pero el rango oscila entre 4,436 (en el distrito 11 de Chiapas) y 7,394 (en el distrito 10 de la Ciudad de México) firmas	60 días

Para facilitar tanto la recolección de las firmas de apoyo y la documentación de soporte de los aspirantes como el proceso de verificación por parte de la autoridad electoral, el INE diseñó y puso en ejecución una aplicación automatizada que opera a través de los teléfonos móviles. Se puede observar que algunas decisiones del TEPJF se refieren a la utilización de esta aplicación. Si bien en el caso de las elecciones locales le corresponde a la respectiva autoridad electoral determinar el número de firmas requerido para cada cargo y los plazos para recolectarlas, el proceso de revisión y validación de las firmas es responsabilidad del INE.

La Constitución reconoce las prerrogativas de las candidaturas independientes de recibir financiamiento público para sus gastos de campaña. En particular, durante los periodos electorales, las prerroga-

tivas de financiamiento público y acceso gratuito a el radio y la televisión se hacen extensivas a los candidatos independientes.

Sin embargo, como se verá, muchas cuestiones decididas por el TEPJF tienen por objeto la diferencia entre los partidos políticos y los candidatos independientes desde el punto de vista del acceso a la financiación y a los tiempos en radio y televisión.

3. Las etapas del procedimiento electoral

Según la legislación de México, el proceso electoral se compone de diferentes etapas: precampaña, intercampaña y campaña.

La precampaña es el plazo durante el cual los partidos políticos realizan actos públicos o de propaganda dirigidos a sus propios militantes con el propósito de dar a conocer sus propuestas y de obtener el respaldo necesario para lograr su postulación. El plazo de precampaña también busca llevar a cabo los procesos internos de los partidos políticos para seleccionar las candidaturas a los cargos de elección popular.

Cada entidad federativa determina la duración de los periodos de precampaña para las elecciones locales (con el límite de dos tercios de campaña). Sin embargo, en el caso de las elecciones federales, cuando se renuevan tanto la presidencia de la república como las dos cámaras del Congreso, las precampañas no pueden durar más de sesenta días. En todo caso, las precampañas de todos los partidos políticos deben celebrarse dentro del mismo plazo. Los gastos de precampaña están sujetos a límites, los cuales se fijan en la legislación electoral de la jurisdicción respectiva.

El plazo de intercampaña se sitúa entre la conclusión de la precampaña y el inicio de la campaña electoral. Está prohibido que durante este periodo se realicen actos anticipados de campaña (reuniones públicas, asambleas, etcétera) y que se difunda propaganda que implique la promoción de candidaturas. Los partidos políticos solo pueden difundir propaganda de carácter genérico.

Esta diferencia entre propaganda de carácter genérico y de promoción de candidaturas, en cierto momento, puede generar un procedimiento contencioso electoral. En este periodo los candidatos

(de partidos políticos e independientes) se registran y hay una fase de lo contencioso electoral conectado con el problema del registro.

Las campañas electorales, en general, son aquellas actividades que pueden llevar a cabo los partidos políticos, las coaliciones y los candidatos registrados con el propósito de dar a conocer sus programas. Es necesario subrayar que la legislación mexicana distingue y, por lo tanto, regula de manera diferente los denominados “actos convencionales de campaña” (reuniones públicas, asambleas, etcétera) y los “actos de propaganda” (escritos, imágenes, publicaciones, etcétera), que tienen como fin promover directamente las candidaturas.

Cada entidad federativa determina la duración de los periodos de campaña para las elecciones locales. En el caso de las elecciones federales, cuando se renuevan tanto la presidencia de la república como las dos cámaras del Congreso, las campañas tienen una duración de noventa días.

En todos los casos, las actividades de campaña deben concluir tres días antes de la jornada electoral. También es importante subrayar que los gastos que realicen los partidos políticos, las coaliciones y los candidatos en las actividades de campaña y en la propaganda electoral no pueden rebasar los topes que para cada elección federal determine el Consejo General del INE. En el Cuadro 3 se resumen las diferentes etapas.

Cuadro 3. Cronograma básico del proceso electoral federal 2017-2018

Actividad	Plazo o fecha
Inicio del proceso electoral federal	Septiembre 8 de 2017
Voto en el extranjero	
Fecha límite para solicitar la emisión o renovación de la credencial para votar en sedes de embajadas y consulados de México en el extranjero	Marzo 31 de 2018
Plazo para solicitar el registro como electores en el extranjero	Septiembre 1 de 2017 a marzo 31 de 2018
Fecha límite para notificar la recepción y activar la credencial para votar con fotografía de los electores en el extranjero	Abril 30 de 2018
Envío postal, por parte del INE, de paquetes con documentación y materiales a los electores en el extranjero	Mayo de 2018

Continuación.

Voto en el extranjero	
Fecha límite para que lleguen a México los sobres que contienen las boletas de los electores en el extranjero y los votos emitidos puedan formar parte del conteo	Junio 30 de 2018, antes de las 8:00 horas
Conteo de los votos emitidos en el extranjero	Julio 1 de 2018, a las 18:00 horas
Registro de contendientes	
Candidaturas independientes	
Plazo para que los aspirantes a registrarse como candidatos independientes a una diputación federal recaben el apoyo ciudadano requerido	Octubre 12 a diciembre 17 de 2017
Plazo para que los aspirantes a registrarse como candidatos independientes a senadores recaben el apoyo ciudadano requerido	Octubre 17 de 2017 a enero 21 de 2018 (97 días)
Plazo para que los aspirantes a registrarse como candidatos independientes a la presidencia recaben el apoyo ciudadano requerido	Octubre 15 de 2017 a febrero 19 de 2018 (127 días)
Coaliciones	
Fecha límite para la presentación de solicitudes para el registro de coaliciones electorales	Diciembre 13 de 2017
Registro de candidaturas	
Plazo para la presentación de solicitudes de registro tanto de candidaturas partidistas como independientes para todos los cargos de representación federales	Marzo 11 a 18 de 2018
Fecha límite para que el INE apruebe las solicitudes de registro de todas las candidaturas a cargos federales	Marzo 29 de 2018
Principales etapas del periodo preelectoral	
Periodo de precampañas	Diciembre 14 de 2017 a febrero 11 de 2018 (60 días)
Periodo de intercampañas	Febrero 12 de 2017 a marzo 29 de 2018
Periodo de campañas	Marzo 30 a junio 27 de 2018 (90 días)
Visitantes extranjeros	
Plazo para presentar solicitudes de acreditación	Junio 20 de 2018
Debates presidenciales (organizados por el INE)	
Primero (Ciudad de México)	Abril 22 de 2018
Segundo (Tijuana, Baja California)	Mayo 20 de 2018
Tercero (Mérida, Yucatán)	Junio 12 de 2018

4. El papel del Instituto Nacional Electoral (INE) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF)

Este procedimiento tan complejo y articulado es regulado y vigilado, desde un punto de vista administrativo, por el Instituto Nacional Electoral. El INE puede ser definido como una autoridad independiente de regulación: regula las diferentes aéreas del procedimiento electoral que la Constitución y la ley le otorgan, y resuelve las quejas entre los diferentes actores del procedimiento electoral. La Constitución define al INE como un organismo público y autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente en sus decisiones y funcionamiento. Sus decisiones, que son administrativas, siempre pueden ser impugnadas ante los órganos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Es muy difícil sintetizar las competencias del INE, porque son muchas. Desde fijar las reglas para el registro de los candidatos (y verificar el respeto de estas reglas) hasta la responsabilidad de la jornada electoral, en todos sus perfiles (también el conteo rápido y el conteo de los votos están bajo su responsabilidad), todos los actos de regulación del procedimiento electoral son competencia del INE. En particular, el INE es el único responsable de todas las actividades relacionadas con la organización y conducción de las elecciones federales, desde la revisión y ajuste de la división territorial para fines electorales (300 distritos) hasta el otorgamiento de constancias a los diputados y senadores que hayan sido elegidos, pasando por todas las tareas de organización y logística de las elecciones. El INE es también el único responsable de la integración y el mantenimiento del registro de los electores; de la expedición de la credencial para votar con fotografía; de la ubicación de las mesas de votación, así como de la designación y capacitación de sus integrantes; del control y la fiscalización del financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales.

Además, cuando se trate de elecciones locales, el INE tiene facultades reglamentarias en los siguientes temas: observación electoral, impresión de documentos, producción de materiales electorales, encuestas y sondeos de opinión, conteos rápidos y provisión de resultados preliminares.

Siempre, a propósito de los procesos electorales locales, en su calidad de ente rector del sistema, el INE tiene facultades de atracción sobre cualquier asunto cuando su trascendencia así lo amerite, o bien para establecer un criterio de interpretación, asunción directa de actividades propias de las autoridades estatales para la organización de sus elecciones; delegación total o parcial de alguna de sus atribuciones a las autoridades electorales locales.

En su ámbito de jurisdicción, las autoridades electorales de los estados (OPLE) son corresponsables de la organización, conducción y vigilancia de los procesos electorales locales. Entre sus atribuciones destacan las relativas al registro de partidos políticos y de candidaturas para cargos electivos locales. El INE tiene, también, el deber de elaborar materiales para la capacitación de los funcionarios de las mesas de votación, preparar la jornada electoral, realizar el escrutinio y cómputo de los resultados finales, declarar la validez de las elecciones y entregar las constancias a los ganadores, con la excepción de la de presidente electo, que es entregada por el TEPJF.

En este marco de competencias muy vastas, una tarea importante que la Constitución atribuye al INE es administrar la campaña política respecto a los medios radiotelevisivos. En particular, el INE puede administrar el tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión y distribuirlo a los partidos políticos (y también a los candidatos independientes), así como vigilar los tiempos otorgados y los contenidos, que tienen que ser coherentes con las diferentes etapas de la campaña electoral. La Constitución otorga también al INE el poder de evaluar las infracciones a estas reglas y conminar sanciones. En particular, el artículo 41 prevé la posibilidad de la nulidad de la elección de los partidos que compren o adquieran cobertura informativa o tiempos en radio y televisión fuera de los supuestos previstos en la ley.

Los actos del INE pueden ser impugnados ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El artículo 99 de la Constitución atribuye al TEPJF la naturaleza de “máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación”.

No se puede profundizar aquí en competencias tan complejas como las del TEPJF, que necesitaría un estudio específico. Tan solo se puede decir, de modo meramente informativo, que el Tribunal cuenta

con una Sala Superior y salas regionales. La Sala Superior cuenta con siete magistrados electorales y tiene competencia para resolver, en forma definitiva e inapelable, varias controversias electorales determinadas por la misma Constitución y por la ley electoral. Las salas del TEPJF podrán también resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución. Sin embargo, este tipo de decisiones se limitan al caso concreto sobre el que verse el juicio (control concreto de constitucionalidad); en estos casos, el TEPJF tiene que informar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que lleva a cabo el control abstracto de constitucionalidad. En caso de contraste entre tesis del TEPJF y de la SCJN, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decide qué tesis debe prevalecer.

Capítulo 2

LOS PRINCIPIOS ELECTORALES SUPRANACIONALES

Amaya Úbeda de Torres

Resumen: 1. La protección de la democracia a través de los derechos de la Convención Europea y de la Corte Interamericana: breve análisis comparado de los principios en materia electoral a la luz de la jurisprudencia. — 1.1. El contorno del derecho de participación política en ambos convenios. — 1.2. Los principios vertebradores de los derechos de participación política en la interpretación jurisprudencial. — 1.3. La protección de los derechos de sufragio activo y pasivo: casos escogidos. — 2. La protección de la democracia a través de los estándares del *soft law*: la contribución de la Comisión de Venecia. — 2.1. La Comisión de Venecia como actor de la construcción de estándares internacionales en materia electoral. — 2.2. La Comisión de Venecia y el desarrollo de estándares electorales internacionales. — 3. Las interacciones entre la Comisión y los órganos supranacionales de derechos humanos.

Hay varias formas de abordar las diversas fuentes normativas en materia de derecho electoral desde el prisma del derecho internacional.

En primer lugar, la celebración de elecciones, como proceso, implica el conjunto de diferentes elementos y, sobre todo, el paso por una serie de etapas que forman parte del llamado ciclo electoral. Así, el periodo preelectoral implica el respeto del pluralismo político y la existencia de las condiciones necesarias de transparencia y acceso a la información y a los medios de comunicación para la incoación de la campaña electoral. El periodo electoral implica que se garanticen todos los aspectos necesarios para poder asegurar el voto universal, libre, secreto, igual y directo.¹ Por último, el periodo poselectoral tiene también una importancia capital, desde el punto de vista tanto de la transparencia del recuento y del anuncio de resultados como de lo contencioso electoral.

¹ Tal y como se deriva del Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia.

En segundo lugar, la aproximación a las fuentes normativas implica una reflexión metodológica inicial acerca de los diferentes instrumentos jurídicos existentes. Evidentemente, existen fuentes normativas vinculantes directas, que se derivan de los tratados internacionales en vigor y que constituyen estándares de *hard law*. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que en su artículo 25 se refiere a los derechos de participación política; el Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en su artículo 3, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 23, enuncian las bases de los derechos individuales en torno al proceso electoral, los derechos de participación política, que son derechos de dimensión dual, puesto que, aun siendo individuales, tienen una dimensión colectiva y una importancia mayor para la sociedad en su conjunto. Estos tratados son interpretados por los órganos internacionales pertinentes y, en el caso de los instrumentos regionales que son objeto de estudio, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyas sentencias, también jurídicamente vinculantes, forman parte de estos estándares de *hard law*. El estudio de estas fuentes será el objeto del primer párrafo de esta contribución, si bien algunos temas escogidos serán desarrollados a partir de la jurisprudencia más reciente en ambos lados del Atlántico.

Sin embargo, el derecho electoral internacional está basado también, en gran medida, en estándares de *soft law*, como recomendaciones, resoluciones y códigos de buenas prácticas que usan el derecho comparado y, utilizando el derecho nacional, señalan cuáles son los principios del derecho constitucional compartidos que dan lugar a un mayor consenso. Este tipo de estándares han sido desarrollados, en gran medida, por órganos como la Comisión de Venecia (Comisión Europea para la Democracia por el Derecho). Si bien la Comisión es un órgano creado en el seno del Consejo de Europa (COE), en los albores de la caída del muro de Berlín, se trata de un órgano consultivo del COE que, tras sufrir una modificación de sus estatutos en el año 2002, pasó de ser un acuerdo parcial a, además, un acuerdo ampliado, lo que le ha permitido acoger en su seno no solo a todos los estados europeos miembros del Consejo de Europa, sino también a alguno no

miembro, como Kosovo.² En efecto, cuenta con 61 estados, esto es, 14 más que los miembros del Consejo de Europa, ya que se ha abierto la puerta a países de otros continentes; incluye a 6 estados del continente americano como miembros de pleno derecho³ y tres como observadores.⁴ Esta amplitud de miras es la que, junto con su vasto mandato y sus acuerdos con otras organizaciones internacionales, como la Unión Europea (UE), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Organización de Estados Americanos (OEA), ha facilitado que la Comisión se haya convertido en un catalizador de los estándares constitucionales, propiciando su transición hacia estándares comunes internacionales.⁵

Por tanto, la circulación entre los estándares de *hard law* y los estándares de *soft law* es un fenómeno patente, ya que ambos contribuyen a reforzarse mutuamente y constituyen la base de la construcción de un derecho internacional electoral global. Algunos ejemplos concretos serán puestos de manifiesto para ilustrar este fenómeno, sobre todo desde la experiencia del TEDH y de sus interacciones con la Comisión de Venecia.

1. La protección de la democracia a través de los derechos de la Convención Europea y de la Corte Interamericana: breve análisis comparado de los principios en materia electoral a la luz de la jurisprudencia

Huelga decir que la jurisprudencia en ambos lados del océano no ha proporcionado una definición de democracia, aunque esta se conside-

² Kosovo se convirtió en miembro de la Comisión de Venecia en 2014, puesto que obtuvo la mayoría de dos tercios necesaria, según el estatuto de la Comisión. Para formar parte del Consejo de Europa, sin embargo, es necesaria la unanimidad.

³ Brasil, Costa Rica, Chile, Estados Unidos de América, México y Perú.

⁴ Argentina, Canadá y Uruguay.

⁵ Véase A. ÚBEDA DE TORRES, *La régionalisation par la coordination interétatique: le rôle catalyseur de la Commission de Venise*, en S. DOUMBE-BILLE (ed.), *La régionalisation du droit international*, París, 2012.

ra el único modelo político compatible con el derecho que emana de los dos tratados de derechos humanos.⁶ La democracia representativa y la celebración del proceso electoral se consideran claves en el seno de la jurisprudencia de las dos jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos.

En el seno de esta síntesis, una serie de elementos serán puestos de relieve: en primer lugar, el contenido y las primeras interpretaciones del contorno de las dos cláusulas incluidas en ambos convenios, señalando sus diferencias y sus similitudes; en segundo lugar, se analizarán las particularidades de los elementos interpretativos vertebradores del proceso electoral y de los derechos de participación política; por último, se hará hincapié en los retos recientes y en las conquistas y los avances en la protección de los derechos subjetivos del sufragio activo y pasivo, acompañando el análisis de los límites y los retos que han sido puestos de manifiesto por la jurisprudencia más reciente.

1.1. El contorno del derecho de participación política en ambos convenios

Las cláusulas de organización de elecciones y de derechos políticos se dirigen, *objetivamente*, a la celebración, como tal, del proceso electoral. Las obligaciones de los estados que se derivan de los artículos 3 del Protocolo I del CEDH y 23 de la CADH podrían parecer distintas, atendiendo a su redacción; la jurisprudencia y la lógica de los sistemas han conducido a resultados similares, estableciendo un punto de partida común.

El peso del factor estatal en la cláusula europea es palpable, con el enunciado atípico del artículo 3 del Protocolo I, que no es, en su redacción, uno más de los derechos convencionales, y que ha necesitado de mayor desarrollo jurisprudencial. En efecto, la disposición, menos ambiciosa que su homóloga interamericana, parece concentrarse exclusivamente en la obligación de celebrar elecciones, y no hace alusión expresa a los derechos individuales de sufragio. Así fue interpreta-

⁶ Ver, en este sentido, la sentencia del TEDH *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey* (1998), párrafo 45. La Comisión IDH se ha pronunciado en el mismo sentido en su *Informe anual 1990-1991*, capítulo V, sección III, punto 1.

do en sus inicios por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión EDH) en los primeros momentos de su aplicación, negando la aplicabilidad directa de la disposición,⁷ lo que dio lugar a especulaciones iniciales acerca de la protección del derecho de voto, que fueron disipadas rápidamente, primero, por la Comisión y, después, por el Tribunal. A pesar de que durante algún tiempo se declararon inadmisibles las demandas relativas a este artículo,⁸ la Comisión fue incluyendo poco a poco el derecho de sufragio dentro de la cláusula, declarando, a partir de una decisión de 1967, el reconocimiento del sufragio universal.⁹ Más adelante, el sufragio pasivo también se cobijó bajo el manto convencional, llegando la consagración de este cambio jurisprudencial con el primer pronunciamiento en este campo, la célebre sentencia *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*, emitida por el TEDH, en la que se pone de manifiesto que “la coloración interestatal” de la redacción del artículo no refleja ninguna diferencia de fondo respecto de las demás disposiciones del Convenio o de sus protocolos.¹⁰

Despejada esta primera cuestión acerca de la operatividad de la cláusula, el contenido de las obligaciones estatales relativas a las elecciones también ha sido perfilada por la jurisprudencia. Así, la parte del artículo 3 que recoge la referencia a la elección del *cuerpo legislativo* ha sido interpretada, constituyendo una de las diferencias esenciales con la Convención Americana. En efecto, pronto decidieron incluir, dentro de este término, además del cuerpo legislativo nacional, a las entidades del tipo federal. Para ello, el criterio a seguir fue atender a lo establecido, en el plano interno, por la Constitución; por tanto,

⁷ Así ocurrió en la demanda n° 530/59 contra la RFA, decisión del 4 de enero de 1960 (An. 3, p. 184), y en la demanda n° 1065/61 vs. Bélgica (An. 4, p. 260), en la que la Comisión declara inadmisibles las peticiones de participar en las elecciones organizadas en Bélgica, presentada por unos belgas residentes en territorio colonial.

⁸ J. GARCÍA ROCA, *Del compromiso internacional de los estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1 CEDH)*, en J. GARCÍA ROCA, P. SANTOLAYA (eds.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, 2005, p. 829. Se señala que 710 de los 713 recursos presentados sobre el derecho de voto fueron rechazados hasta 1960.

⁹ Decisión de inadmisibilidad de la Comisión EDH, *X vs. Alemania*, del 6 de octubre de 1967, demanda n° 2728/66.

¹⁰ A. ÚBEDA DE TORRES, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*, Madrid, 2007, p. 430.

Länder y otras formaciones, así como los consejos regionales belgas que dan lugar a la demanda en el caso *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, pertenecen a esta categoría.¹¹ Igualmente, están protegidos órganos importantes dentro de procesos de autodeterminación, aunque la transferencia de competencias de la metrópolis al territorio no haya sido completa.¹²

Sin embargo, se han excluido aquellas entidades o asambleas que no ejerzan poder legislativo, siendo la razón que estas dependen, en último término, de un cuerpo legislativo, en el sentido del Convenio. La primera parte de la polémica se basó en la petición del derecho de voto al Parlamento Europeo: desde la primera decisión de la Comisión EDH al respecto, en la que entendió, en 1978, que la falta de poderes legislativos del mismo no permitía considerarlo como un cuerpo legislativo y que, por ende, no podía extenderse la protección del derecho de sufragio otorgado por el Protocolo a este órgano;¹³ el TEDH, veinte años más tarde, se pronunció en un sentido distinto en la famosa sentencia *Matthews vs. UK*, considerando al Reino Unido responsable de las obligaciones internacionales contraídas en su territorio, aplicables a Gibraltar, y que la evolución del Parlamento Europeo permitía calificarlo de cuerpo legislativo.¹⁴

El sistema interamericano contiene una disposición mucho más centrada en el derecho de sufragio, más acorde con su tiempo. El artículo 23 de la CADH es más explícito y se adecua más a la redacción de un tratado de derechos humanos. Pero si en el CEDH la ausencia de referencia al aspecto individual de la cláusula ha sido superado por la jurisprudencia, en el caso de la CADH las obligaciones estatales de cara al proceso electoral se resuelven a través del artículo 2 de la Conven-

¹¹ Así lo había declarado la Comisión respecto de los Länder austriacos en la decisión de inadmisibilidad *X vs. Austria*, del 12 de julio de 1976, DR 6, p. 120. Ya discutido durante los trabajos preparatorios, a petición del RU, en *Mathieu-Mohin and Clerfayt* se precisa que basta, si el Parlamento está compuesto por dos cámaras, que una de ellas sea elegida conforme al principio de democracia representativa (párrafo 53).

¹² Así, se considera como cuerpo legislativo de la Nueva Caledonia a su Congreso, sentencia del TEDH *Py vs. France* (2005), párrafo 42.

¹³ Decisión de inadmisibilidad de la Comisión EDH, *Lindsay y otros vs. RU*, del 8 de marzo de 1979, demanda n° 8354/78, DR 15, pp. 247-250.

¹⁴ TEDH, *Matthews vs. UK* (1999), párrafo 48.

ción, que no tiene un equivalente directo en su homólogo europeo y que es aplicable a todos los derechos, pues se trata de una disposición general que exige a los estados la adaptación de su legislación en todo lo que sea necesario para hacer “efectivos tales derechos y libertades”. Con ello, tanto una legislación electoral que sea contraria a la CADH como la ausencia de los procedimientos necesarios para poder proceder a la celebración de elecciones “auténticas” constituirían una violación de la Convención.¹⁵

Así, la Comisión Interamericana ha reconocido en distintas ocasiones que existen obligaciones positivas que recaen en el Estado. De hecho, destacó en su *Informe anual 1990-1991* la relación directa y básica entre los derechos políticos y la democracia representativa, y la necesidad de que las elecciones vayan acompañadas de otros derechos, como la libertad de expresión, el pluralismo político y la sujeción a las leyes en la materia.¹⁶ Y también tuvo ocasión de detallar los aspectos prácticos de las obligaciones que pesan sobre el Estado en los procesos electorales, en las demandas presentadas a raíz de las elecciones de 1985 y 1986 celebradas en algunos estados mexicanos, cuando el Partido Acción Nacional (PAN) denunció las irregularidades y el fraude cometidos por el Partido Revolucionario Institucional (PRI). En efecto, dado que México había ratificado la Convención en 1982, pero aún no había aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte,¹⁷ la Comisión decidió tratar conjuntamente los tres casos, dos referidos a falsificaciones de actas de escrutinio y de las planillas de registro, y uno de mayor envergadura, en el que se denunciaba el uso de procedimientos legales para proporcionar mayor control al partido del gobierno, como

¹⁵ El juez Piza Escalante se pronunció acerca de la combinación de los artículos 2 y 23 de la CADH, afirmando que el artículo 1 de la Convención es plenamente aplicable a aquellos derechos que crean obligaciones claras e incondicionales, pero para los derechos que no tienen esa virtualidad, sin que medidas complementarias los hagan “plenamente exigibles”, entre los que se encuentran los derechos políticos, que necesitan para existir de normas detalladas acerca de “registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio”; el artículo 2 cumple una función eficaz (opinión separada del juez Piza Escalante, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, “La exigencia del derecho de rectificación o respuesta” (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la CADH, párrafo 27).

¹⁶ *Informe anual 1990-1991* de la Comisión IDH, capítulo V.

¹⁷ Esta se produjo el 16 de diciembre de 1998.

el empleo de fondos públicos en su campaña, la eliminación de personas del padrón, el relleno de urnas, etcétera.

Concentrándose en la característica de autenticidad, la Comisión entiende que el artículo 23 impone unas condiciones generales y una organización, en sí, de las elecciones en la que la presencia de una oposición libre es esencial, a pesar de que fuera eliminada del texto original. Ello ha llevado a la Comisión a “tener en cuenta de manera especial la vigencia de estados de excepción que restrinjan el ejercicio de los derechos civiles asociados al ejercicio de los derechos políticos”.¹⁸ Por su parte, la Corte confirmó la jurisprudencia constante de la Comisión, y, tras señalar que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que forma parte la Convención”,¹⁹ matiza que ello conlleva, entre otras obligaciones, “la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común”.²⁰

El ámbito de la obligación estatal de celebrar elecciones está, sin embargo, limitada en algunos aspectos. La primera cuestión que pone de relieve las exclusiones de la cláusula es el análisis del *tipo de actividad* protegida. En efecto, tan solo las elecciones, y no otros aspectos que podrían encuadrarse dentro de un régimen democrático, derivan de las mismas; así, las formas de democracia participativa o “semidirecta” han sido excluidas del ámbito del artículo 3 del Protocolo I del CEDH por una jurisprudencia constante.²¹ Aunque la razón esgrimida habitualmente ha sido el carácter meramente consultivo de los referendos, estos no se han considerado protegidos, aun cuando son utilizados con el fin de derogar una disposición de una ley, o bien en materia de autodeterminación.²² También se excluyen las elecciones que no sean

¹⁸ Informe I/90, precitado, relativo a los tres casos contra México, párrafo 71.

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, párrafo 34.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 32.

²¹ Confirmada en la famosa saga relativa a los votos de los presos, puesto que en la decisión *Moohan and Gillon vs. UK*, de los demandantes, se quejaban de no haber podido votar en el referéndum sobre la independencia de Escocia de 2014, y el TEDH consideró la demanda, con base en el artículo 3 del Protocolo I, inadmisibile.

²² Así se desprende de la decisión de la Comisión EDH del 10 de julio de 1975, demanda n° 6742/74, D. R. 3, p. 98, si bien los referendums generales y, en particular, los de autodeterminación sí se hallan protegidos en el seno de las Naciones Unidas por el artículo 25 del PIDCP

de carácter político, como las celebradas en el seno de una organización profesional, así como las que no conlleven la elección de un órgano con funciones legislativas, como las de tipo administrativo o incluso las conducentes a la elección del jefe de Estado, que ni siquiera es un “cuerpo legislativo”, en el sentido del CEDH, si bien ha habido un cambio jurisprudencial al respecto.²³ En el sistema interamericano, el artículo 23 de la CADH no restringe las elecciones al “cuerpo legislativo”; además, en su apartado 1.A se incluye el derecho a participar “en la dirección de los asuntos públicos”, tanto directamente como por medio de representantes. En definitiva, como es habitual en la interpretación de los demás derechos de la Convención, frente a la construcción tímida del sistema europeo, el sistema interamericano comprende todos los aspectos de la participación política: no solo existe una obligación positiva de celebrar elecciones, sino que estas elecciones no se limitan a las legislativas e incluyen también las locales y las demás formas por las cuales se puede participar en los asuntos públicos del país, protegiéndose el referéndum, a diferencia del sistema del CEDH. En efecto, la Comisión IDH y la Corte se han pronunciado en este sentido.²⁴

(véase el Comentario general al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafo 10).

- ²³ En efecto, la Comisión EDH lo había declarado así en dos asuntos (Baskauskaite vs. Lituania, decisión del 21 de octubre de 1998, demanda n° 41090/98, sin publicar, y Habsburg-Lothringen vs. Austria, del 14 de diciembre de 1989, demanda n° 15344/89, D. R. 64, p. 211). Sin embargo, el TEDH ha afirmado que no excluye la posibilidad de aplicar el artículo P1-3 a las elecciones presidenciales, ya que esta disposición debe estar dirigida a regular funciones del cuerpo legislativo. Un jefe de Estado puede tener iniciativa legislativa o incluso el poder de adoptar leyes y otras vastas prerrogativas en materia legislativa (decisión del TEDH Boskoski vs. FYROM [2004], párrafo 1). Como en el caso en cuestión el presidente no tenía ninguno de estos poderes, la demanda fue declarada inadmisibles por incompetencia *ratione materiae*.
- ²⁴ La Comisión Interamericana ha tenido ocasión de evaluar la transparencia de las consultas importantes, tales como la de las reformas constitucionales aprobadas en Guatemala tras la firma de los acuerdos de paz en 1999 (Comisión IDH, *Informe sobre Guatemala*, 2001) o la de los sucesivos referéndums que han tenido lugar en Venezuela (Comisión IDH, *Informe sobre Venezuela*, 2009, capítulo II). La Corte ha afirmado que “los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos” (Corte IDH, Castañeda Gutman vs. México [2008]).

1.2. Los principios vertebradores de los derechos de participación política en la interpretación jurisprudencial

Uno y otro convenio contienen una serie de garantías que aseguran la libertad de las elecciones. Para ello, todas las características enunciadas en ambos textos tienden a asegurar el respeto de dos principios fundamentales, que se han convertido en los pilares de los pronunciamientos de los respectivos tribunales y comisiones al respecto: por un lado, la *autenticidad* que debe regir a lo largo de todo el proceso electoral; por el otro, la importancia del principio de *igualdad*, que constituye una guía esencial para evaluar el cumplimiento de la obligación estatal por la jurisprudencia.

Respecto del significado de la *autenticidad*, elemento que se discutió en la redacción del artículo 3 del Protocolo Adicional del CEDH, pero que aparece expresamente en la CADH, está íntimamente relacionado con el voto libre e igual, en cuanto que debe haber una relación directa entre la voluntad de los electores y el resultado de la votación, así como una no injerencia en la voluntad de los ciudadanos. La autenticidad se halla, pues, íntimamente ligada a la idea de *libertad* de las elecciones, que exige dos elementos complementarios: por un lado, el Estado debe asegurar que la voluntad del elector se forme libremente, lo que entraña una obligación negativa o de no intervenir en la misma, y una obligación positiva de asegurar el acceso de los ciudadanos al voto; por el otro, debe reunir las condiciones necesarias para que esa voluntad pueda expresarse también libremente. Ello conlleva la ausencia de un ambiente de represión, ya no solo en cuanto a las elecciones en sí, sino también respecto de los derechos fundamentales directamente asociados a las mismas, en especial las restricciones a la libertad de expresión y asociación, por su importancia en los procesos electorales.

Especialmente importante en el sistema interamericano ha sido, además, la preocupación por el respeto de los derechos de las minorías y por su correcta representación, una constante de la Corte Interamericana. Si bien la democracia supone, desde un punto de vista metodológico, un gobierno de mayorías, la oposición política es el lugar desde el que se enriquece el debate político y se propicia la participación de

todos los sectores de la sociedad, incluyendo los más minoritarios y asegurando el pluralismo; sin ella, una dictadura de las mayorías destruiría las bases de la auténtica democracia, convirtiéndola en meramente nominal. En el seno del sistema europeo, el principio de igualdad aplicado al proceso electoral se extiende a tres aspectos principales: la existencia de un solo voto por elector, lo que excluye evidentemente votos colectivos o familiares; la igualdad de oportunidades, que puede ser aplicada de forma estricta (que todos los partidos sean tratados de forma exactamente idéntica) o proporcional (en función del número de votos que recibieron), y la igualdad de la “fuerza electoral”, que impide el uso de la distribución de circunscripciones electorales para favorecer a determinados partidos.

La jurisprudencia ha tenido resultados desiguales. En efecto, la cláusula de participación política ha sido interpretada como un derecho no absoluto en la jurisprudencia europea, que da lugar a que vaya de la mano del reconocimiento de un margen de apreciación estatal importante, sobre todo en lo que se refiere al establecimiento del sistema electoral de preferencia. Así, el TEDH valora dos aspectos clave a la hora de establecer si el artículo 3 del Protocolo Adicional ha sido violado: por un lado, la existencia de un comportamiento arbitrario o desproporcionado que afecta los derechos individuales, y, por el otro, la protección de la libre expresión de la opinión del pueblo, de la sociedad democrática en su conjunto. Así, la igualdad no puede ser interpretada como una restricción en la elección del sistema representativo que garantice una auténtica proporcionalidad entre los votos y los representantes políticos, que pudiera dar lugar a una preferencia por el sistema proporcional respecto del mayoritario.²⁵ De hecho, un sistema que imponga una barrera electoral mínima para participar en las elecciones no ha sido considerado contrario al principio de igualdad,²⁶ ni

²⁵ Comisión EDH, decisiones Partido Liberal y otros vs. RU, del 18 de diciembre de 1980, D. R. 21, demanda nº 8765/79, p. 211; X vs. Islandia, del 8 de diciembre de 1981, D. R. 27, demanda nº 8941/80, p. 145.

²⁶ La Coalición Federalista Canaria interpuso una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo contra España por un asunto relativo al sistema existente, ya que en las elecciones de la comunidad autónoma, y habiendo obtenido más de 28 % de los votos, no obtuvo ningún escaño en el Parlamento canario. El TEDH consideró que el establecimiento de barreras electorales determinadas para evitar la “atomización” del cuerpo electoral es legítimo, y ello llevó al Tribunal a no admitir la demanda; TEDH, Federación Nacionalista Canaria vs. Spain (2001).

siquiera cuando dicha barrera electoral fuera señalada como la más alta de todo el sistema europeo.²⁷ Las mismas ideas tienen eco al otro lado del Atlántico,²⁸ si bien el sistema interamericano ha sido marcado, en la jurisprudencia inicial de la Corte, por casos de violaciones extremas de los derechos políticos, en los que los opositores políticos han sido perseguidos y asesinados.²⁹

En fin, cada sistema electoral debe apreciarse a la luz de la evolución política del país, ya que lo que pudiera ser inaceptable en uno puede justificarse en otro.³⁰ Finalmente, numerosos aspectos de los *procesos electorales* también escapan del control de los órganos jurisdiccionales. En materia de financiación de las campañas electorales, el sistema europeo concede un amplio margen de apreciación, y se admiten restricciones internas que puedan tener justificación en algún objetivo legítimo y compatible con el principio democrático,³¹ aunque ello conlleve como sanción la retirada del derecho a ejercer el cargo del candidato.³² Incluso, con relación al acceso a los medios o a

²⁷ Como fue el caso de la sentencia del TEDH *Yumak and Sadak vs. Turkey* (2008), párrafos 131-132. A pesar de haber fijado la barrera en 10 %, siendo la más elevada de todos los países, se consideró que no impedía la participación de los candidatos en cuestión.

²⁸ La Comisión Interamericana ha tenido, también, la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de las barreras electorales y ha considerado la Ley de Partidos Políticos de Argentina compatible con la Convención por el hecho de exigir que un candidato deba reunir un número o un tanto por ciento de electores (Comisión IDH, Resolución 26/88, caso n° 10109 c. Argentina, del 13 de septiembre de 1988, párrafo 10).

²⁹ Como fue el caso del político opositor al golpista Serrano Elías en Guatemala, Jorge Carpio Nicolle, asesinado por fuerzas del ejército, lo cual fue objeto de una sentencia en la que la Corte Interamericana aceptó el allanamiento del gobierno y lo condenó en la fase de reparaciones, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (2004).

³⁰ TEDH, *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium* (1987), párrafo 52.

³¹ TEDH, *Bowman vs. UK* (1998), donde se planteó la compatibilidad entre el CEDH y una regla del derecho británico, según la cual los particulares no participantes en la campaña electoral no podían ayudar financieramente a uno de los candidatos. Aunque el Tribunal de Estrasburgo analizó este caso a través de una posible violación del artículo 10, y no del artículo P1-3, consideró que este tipo de restricción, aún, en principio, inadmisibles, podía admitirse, en aras de “asegurar la igualdad de los candidatos a las elecciones” (párrafo 43). En el caso del Partido Nacionalista Vasco - Organización Regional Iparralde, el Tribunal estableció que la prohibición de fuentes de ingresos extranjeras a los partidos políticos, como tal, no era incompatible con el artículo 11 del CEDH, si bien hay salvedades derivadas del derecho de la UE.

³² Como fue el caso en *Masson vs. France* (1999), en el que la candidatura del demandante fue anulada por irregularidades en la financiación de la campaña, lo que se consideró compatible con el CEDH.

la regulación del tiempo de publicidad, se deja a los estados exigir una igualdad estricta o una igualdad adaptada a la representación obtenida por los partidos. En efecto, ambos sistemas establecen el marco general en el que se encuadran los procesos electorales, que deben exigir un régimen equilibrado y transparente de financiación o igualdad de acceso a los medios, pero dejan a los estados un amplio margen para la regulación concreta de los mismos. El propio TEDH ha afirmado que el artículo 3 del Protocolo I no puede ser “un código electoral” con la vocación de regular todos los aspectos del proceso electoral.³³

Si la obligación estatal, más directamente vinculada con el aspecto procesal de la celebración de elecciones, tiene, pues, muy en cuenta el respeto de la soberanía, el desarrollo jurisprudencial del aspecto subjetivo o individual de la participación política ha dado lugar a un desarrollo muy importante del derecho de sufragio activo y pasivo, construyendo una protección de la democracia a través de los derechos individuales, no exenta de dificultades.

1.3. La protección de los derechos de sufragio activo y pasivo: casos escogidos

El derecho de sufragio activo y pasivo ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial en uno y en otro sistema.

En el sistema europeo, respecto de las condiciones exigidas para el ejercicio del derecho de sufragio activo, tres limitaciones han sido comúnmente aceptadas como compatibles con el CEDH. La primera de ellas, la *nacionalidad*. El CEDH ha sido especialmente restrictivo en cuanto al derecho de sufragio de los extranjeros, evidentemente excluidos de la protección del artículo 3 del Protocolo I, que además excluye el control, en principio, de las elecciones locales, al no ser elecciones para un cuerpo legislativo. El segundo criterio, el de la *residencia*, ha dado lugar a una jurisprudencia que, siendo flexible con las exigencias estatales, ha denegado, en general, el derecho de voto por no cumplir con los requisitos de residencia exigidos.³⁴ En efecto,

³³ TEDH, *Davydov and others vs. Russia* (2017).

³⁴ Decisiones de la Comisión EDH *X. y otros vs. Bélgica*; *X. vs. RU* (11 de diciembre de 1976); *X. vs. RU* (28 de febrero de 1979); *X. vs. RU* (13 de mayo de 1982); TEDH, *Polacco and Garofalo vs. Italy* (1997); *Luksch vs. Germany* (1997).

cuatro razones, repetidas en numerosos casos, justifican tales restricciones, que se pueden resumir en dos: el especial vínculo entre los candidatos elegidos y los residentes, durante la campaña y el mandato, y el intento de evitar el fraude electoral.³⁵ El TEDH ha desarrollado una interpretación basada en el consenso, dando importancia al margen de apreciación y considerando que, no existiendo una aproximación común hacia los no residentes, no es contrario al CEDH la pérdida del derecho de voto, tras una serie de años, de los no residentes,³⁶ incluso aunque sean expatriados, no existiendo la obligación de organizar materialmente el voto desde el extranjero.³⁷ Si tal posibilidad existe, sin embargo, es necesario que el voto sea organizado de forma que se respeten la autenticidad y la libertad de las elecciones.³⁸ Por último, la *edad* es el tercer criterio de restricción de las condiciones de ejercicio.

Una de las cuestiones que más dificultades ha suscitado en los últimos tiempos, incluido el posible abandono del sistema del CEDH por parte de algunos estados por esta razón, ha sido la cuestión del derecho de voto de los presos. Así, frente a la jurisprudencia constante en el pasado, según la cual se podía imponer la pérdida del derecho de voto a toda persona condenada mientras estuviese cumpliendo su sentencia,³⁹ incluso por un periodo que excediese al de la condena, el asunto Hirst dio lugar a un giro importante de la cuestión.⁴⁰ En efecto, el Sr. Hirst es un condenado por asesinato que, ante el TEDH, se queja de que, como pena accesoria a la principal, fue privado de su derecho de voto en las elecciones nacionales y locales, y que así se mantendría mientras siguiese detenido. El TEDH hace hincapié en que se trata de la

³⁵ La Comisión EDH los enuncia de la siguiente forma: a) la falta de conocimiento del ciudadano no residente de los problemas cotidianos del país; b) su imposibilidad de conocer bien los programas electorales y de conocer a los candidatos; c) la influencia o adaptación de los programas a los residentes; d) la correlación entre el derecho de voto y el hecho de soportar las consecuencias directas de la elección. Polacco y Garofalo vs. Italia, demanda n° 23450/94, dec. de la Comisión EDH, del 15 de septiembre de 1997.

³⁶ TEDH, Schindler vs. UK (2013).

³⁷ TEDH, Sitaropoulos and Giakoumopoulos vs. Greece (2012).

³⁸ TEDH, Riza and others vs. Bulgaria (2015).

³⁹ Comisión EDH, decisión del 6 de octubre de 1967, demanda n° 2728/66; decisión del 19 de diciembre de 1974, D. R. 1, p. 87, demanda n° 6573/74; decisión del 4 de julio de 1983, D. R. 33, demanda n° 9914/82; decisión del 14 de abril de 1998, D. R. 93-B, demanda n° 24827/94.

⁴⁰ TEDH, Hirst vs. UK n° 2 (2005).

primera vez que considera una suspensión general y automática de todos los presos convictos, y en que, aunque al ser un delito grave el caso particular podría ser justificable, es un caso que afecta los derechos de todos los presos, ya que a todos se les aplica esta pena de forma automática. El Tribunal consideró que el artículo 3 del Protocolo I fue violado, en razón del carácter automático e indiscriminado de la posibilidad de votar, que impide una evaluación caso por caso, y contrario, pues, al principio de proporcionalidad. Este caso ha sido seguido por toda una saga de casos que, junto con la negativa del Reino Unido en la ejecución de Hirst, han dado lugar a numerosas condenas, ya que el Tribunal, en *Greens and M. T. vs. UK* (2010), condenó al Reino Unido como consecuencia de esa falta de ejecución. Al no haber modificado la ley, que imponía de manera sistemática la inhabilitación de los presos, y dado el número tan elevado de demandas repetitivas que había recibido, el Tribunal decidió aplicar el procedimiento de las sentencias piloto a este caso y, en virtud del artículo 46 del CEDH, dio al Estado seis meses para hacer la modificación legislativa necesaria para cumplir con lo establecido en Hirst no. 2. Entretanto, todo examen de las demandas repetitivas pendientes fue congelado, a la espera de la ejecución de la sentencia, lo que sucedió hasta 2013, ya que, al no haber sido aprobada la propuesta legislativa que se hizo, se continuó con el examen de las más de 2,000 demandas pendientes.⁴¹ En diciembre de 2017, el Reino Unido presentó una serie de medidas administrativas de ejecución, que incluía la posibilidad, en algunos casos, de que los presos pudieran votar, para lo cual debían salir con un permiso temporal. Dichas medidas fueron consideradas como apropiadas, y tras la presentación del plan de cumplimiento presentado, la ejecución fue considerada cerrada, en la decisión de diciembre de 2018,⁴² siendo necesario seguir como se cumplió y ejecutó durante 2018. Un problema más complejo plantea *Anchugov and Gladkov vs. Russia* (2013), siempre sobre el derecho de voto de los presos, pero en este caso deriva de un mandato constitucional rígido que ha dado lugar a una decisión del Tribunal Constitucional ruso de inejecutabilidad de la sentencia

⁴¹ Dando lugar a condenas en *McHugh and others vs. UK* (2015) y en *Millbank and others vs. UK* (2016).

⁴² Resolución del Comité de Ministros, del 6 de diciembre de 2018, CM/ResDH (2018), 467.

del TEDH (2016),⁴³ al menos en lo que a las medidas de carácter general que se derivan se refiere.

En el seno del sistema interamericano, el derecho de sufragio estaba claramente expuesto en el artículo 23 de la Convención, por lo que su afirmación fue inherente a la disposición desde un principio, siendo la tarea de los órganos más de afirmación que de innovación jurídica. En efecto, en ella se garantiza no solo el derecho a votar y ser votado, sino también el derecho del individuo (o, más bien, de los ciudadanos) de participar, en general, en la conducción de los asuntos públicos, que implica el reconocimiento de la capacidad individual de participar en el debate público, ya sea a través de representantes o directamente. El párrafo segundo del artículo 23 enuncia que la ley podrá restringir el ejercicio de los derechos exclusivamente “por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. Dado que los mayores abusos del derecho de sufragio activo se han enmascarado con algún criterio objetivo, como los de nacionalidad, edad o residencia, por ejemplo, exiliando a opositores políticos e impidiéndoles votar a distancia,⁴⁴ la Corte y la Comisión han hecho una interpretación especialmente restrictiva de estas posibles limitaciones. La cuestión de la nacionalidad ha sido objeto de una preocupación constante, incluso desde los trabajos preparatorios, para que no fuese utilizada a fin de excluir a ciudadanos naturalizados. El asunto *Ivcher Bronstein vs. Perú* trata, precisamente, de esta cuestión, en la que el demandante, un ciudadano israelí nacionalizado peruano, fue privado de su nacionalidad adquirida para que no tuviera, así, el derecho de poseer su propia cadena de televisión (derecho enfocado exclusivamente, según la legislación, a ciudadanos peruanos), la cual había pasado de apoyar al gobierno a hacer una crítica feroz de Fujimori y su equipo. Aunque la Corte no se pronunció de forma directa acerca de la privación de sus derechos políticos, afirmó la interrelación entre estos y la nacionalidad. Con la supresión de la nacionalidad no solo se restringieron los derechos del demandante, sino que se declaró afectada, entre

⁴³ Sentencia del 19 de abril de 2016.

⁴⁴ Véanse, en este sentido, todos los informes de la Comisión Interamericana acerca de la situación de los derechos en Haití, Paraguay, etcétera.

otras cuestiones, la dimensión social del derecho, es decir, la libertad de todos los peruanos para ejercer opciones políticas. Para que los opositores políticos puedan ejercer su legítimo derecho a disentir, es necesario asegurar otros derechos fundamentales, como los de la justicia, la libertad personal, el Estado de derecho, etcétera.⁴⁵

El derecho de sufragio pasivo también está sometido a condiciones de edad, nacionalidad y residencia, y, según el TEDH, es compatible con el CEDH que sean aplicadas de forma más estricta que para ejercer el derecho al voto e incluso que se añadan otras condiciones de elegibilidad. El TEDH ha establecido que, si bien los estados tienen la potestad de regular las condiciones de acceso, estas limitaciones deben adecuarse a las bases interpretativas del CEDH, es decir, deben ser conformes al principio de efectividad de los derechos, que exige derechos efectivos y no ilusorios; que el objetivo perseguido, además de legítimo, no puede ser contrario al principio de proporcionalidad, y, por último, que es necesario el respeto de la libre expresión del electorado. Así, en el caso de un refugiado ucraniano residente, habitualmente, en Estados Unidos de América, que había huido de su país por miedo a represalias políticas y que cumplía los requisitos formales para presentarse en las elecciones, el TEDH decide, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, condenar al Estado y exigir la aceptación de su candidatura.⁴⁶ Otro ejemplo se produce respecto de los candidatos a las elecciones y, concretamente, acerca del conocimiento del idioma nacional como otro requisito susceptible de restringir el derecho de sufragio pasivo, una cuestión muy vinculada con las minorías y sus derechos políticos. En *Podkolzina vs. Latvia*, la demandante, perteneciente a la minoría rusa, sufrió una serie de exámenes específicos para demostrar su dominio del letón, el cual ya había sido acreditado mediante el correspondiente diploma. El Tribunal reconoce que, si bien los conocimientos lingüísticos son un parámetro legítimo para imponer una limitación, la constatación de dichos conocimientos no debe ser arbitraria ni desproporcionada, lo que homogeneiza la jurisprudencia del TEDH con la del Comité de Derechos Humanos de las Na-

⁴⁵ Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001), que reproduce lo ya establecido en *Castillo Petruzzi y otros* (1999) y en la Opinión Consultiva OC-4/84.

⁴⁶ TEDH, *Melnitchenko vs. Ukraine* (2004).

ciones Unidas. La situación de las minorías y su participación en los asuntos públicos también ha dado lugar a otra condena, en *Aziz vs. Cyprus* (2004), en la que, debido a la situación de la isla, los miembros de la comunidad turcochipriota residentes en la zona controlada por el gobierno de Chipre no podían inscribirse en el censo y ejercer su derecho al voto, mientras que la comunidad grecochipriota sí. El Sr. Aziz es privado del derecho al voto exclusivamente en virtud de su origen; no se ha respetado ni el artículo 3 del Protocolo I ni el principio de prohibición de la discriminación del artículo 14 del CEDH.

En el sistema interamericano, se ha apostado desde un principio por un control más intenso de la actuación estatal, conforme con la desconfianza que los órganos del sistema muestran hacia la aplicación efectiva de garantías por el derecho de los estados. Los derechos de los pueblos indígenas han dado lugar a una jurisprudencia muy importante en este caso, interpretando de la forma más favorable posible el derecho de sufragio pasivo. Legislaciones que a menudo consideraban a los indígenas como jurídicamente incapaces y que han dado lugar a la destrucción o la explotación de sus tierras son la base del desarrollo de los derechos políticos en el asunto *Yatama vs. Nicaragua* (2005), un hito jurisprudencial en esta materia, ya que la Corte se pronuncia por primera vez acerca del derecho de sufragio pasivo, y lo hace con relación a un grupo indígena de origen mayoritariamente misquito. *Yatama*, una asociación *sui generis*, tiene muchas dificultades para convertirse en partido político, y del razonamiento de la Corte se desprende una serie de principios: en primer lugar, el hecho de que el ámbito de protección del artículo 23 de la CADH es mucho mayor que el de su homólogo europeo, ya que comprende no solo las elecciones legislativas, sino también las regionales y las locales. En segundo lugar, el control intenso que ejerce la jurisprudencia sobre las restricciones permisibles al derecho de sufragio pasivo. En tercer lugar, el derecho de sufragio pasivo “contagia” igualmente a todo el proceso judicial seguido por *Yatama*, por lo que, como en el sistema europeo, se deduce como otro derecho tener un proceso equitativo en las cuestiones electorales, que entran en el ámbito de protección de los artículos 8 y 25 de la CADH. En definitiva, de todo ello se desprende que las reglas no pueden constituir un obstáculo que conviertan los derechos en ilusorios, y que, si bien los partidos son asociaciones esenciales para la democracia, hay otras formas de participación posibles.

Un caso muy distinto fue el de la limitación del derecho de sufragio pasivo del general exgolpista Ríos Montt a las elecciones en Guatemala, puesto que la Constitución establecía una inelegibilidad permanente respecto de todos los jefes de movimientos políticos contrarios o de ruptura del orden constitucional. A pesar de recordar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación estatal, la Comisión concluye que la disposición en cuestión establece un límite legítimo y proporcionado al fin perseguido, en este caso, preservar el orden constitucional.⁴⁷ Se trata de un caso muy similar al asunto *Etxebarria and others vs. Spain* (2009), en el que el TEDH considera conforme al CEDH y al orden democrático la prohibición de las candidaturas de los demandantes, en virtud de sus vínculos y apoyo a la violencia y a los métodos terroristas.

En fin, otros dos asuntos son esenciales, sobre todo con vistas a la comparación con el sistema europeo, así como a la evolución del contencioso interamericano: el asunto *López Mendoza vs. Venezuela* y la cuestión de las candidaturas independientes, con la sentencia *Castañeda Gutman vs. Venezuela* (2011) tiene eco en el sistema europeo, puesto que trata de una pena de suspensión de derechos políticos como consecuencia de un procedimiento administrativo sancionador, llevando a una inhabilitación que no se deriva de una condena penal, ya que el demandante había sido declarado inocente. La inhabilitación decretada concierne al derecho de sufragio pasivo, puesto que, habiendo sido elegido alcalde, lo inhabilita para ejercer la función pública. La Corte consideró que la restricción había sido impuesta por la vía de la sanción, y puesto que el órgano que impuso las sanciones al señor López Mendoza no era un “juez competente”, ni hubo “condena” ni las sanciones se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, hubo violación del artículo 23.2 de la CADH.

El caso *Castañeda Gutman vs. México* (2008) es complejo y da lugar a distintos pronunciamientos. El demandante se queja ante el órgano electoral interno, el anteriormente llamado IFE y hoy Instituto Nacional

⁴⁷ *Informe anual 1993* de la Comisión IDH. A pesar de que en esa ocasión se impidió su participación, en 1999, su revitalizado partido ganó las elecciones presidenciales, teniendo al frente a Alfonso Portillo, y la candidatura de Ríos Montt a presidente fue un hecho en las elecciones de 2003, aunque fue eliminado en la primera vuelta.

Electoral (INE), por la imposibilidad de inscribir su candidatura como candidato independiente para las elecciones presidenciales. Cuando llega ante la Suprema Corte, se rechaza su reclamación, puesto que debió haberla presentado ante el Tribunal Electoral. Sin embargo, dicho recurso estaba, en cualquier caso, abocado al fracaso, puesto que la ley era muy clara respecto a la imposibilidad de inscribir candidaturas independientes. La Corte no considera que la CADH ha sido violada por la obligación de presentar la candidatura a través de los partidos políticos y no como candidato independiente, ya que, teniendo en cuenta el resto de los elementos del sistema, no había requisitos que lo hicieran demasiado difícil, por ejemplo, no ser necesario estar afiliado a un partido para poder presentar la candidatura en su seno. En efecto, la Corte IDH concluyó que los estados pueden regular en su legislación la postulación de candidaturas exclusivamente a través de partidos políticos, siempre y cuando la misma sea razonable. La Corte concluyó que lo que prohíbe dicha observación es que la regulación obligue, de forma excesiva, a que los candidatos sean miembros o afiliados de partidos políticos;⁴⁸ sin embargo, sí considera que hay una violación, por la falta de un recurso eficaz para poder reclamar por esta cuestión. A pesar de que las candidaturas independientes no fueran una obligación que se desprendiese de la sentencia, México cambió su legislación y permitió dichas candidaturas, por primera vez, en sus elecciones presidenciales de 2018.

2. La protección de la democracia a través de los estándares del *soft law*: la contribución de la Comisión de Venecia

La Comisión de Venecia ha contribuido de forma significativa al desarrollo de estándares internacionales en materia electoral, actuando como un auténtico catalizador de un consenso estatal hacia uno regional y uno universal. Sus rasgos distintivos y su trabajo como órgano

⁴⁸ Lo cual es conforme al Comentario general al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto es casi idéntico al artículo 23 de la CADH.

consultivo, de gran influencia en la construcción de un derecho constitucional común en el ámbito electoral, serán objeto de análisis, en primer lugar. A continuación se señalan los principios clave y los estándares desarrollados por la Comisión, a través de mecanismos como el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral. Por último, el refuerzo de dichos estándares internacionales en materia electoral, a través de las interacciones entre la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y, sobre todo, del TEDH y la Comisión de Venecia, será puesto de relieve mediante ejemplos concretos.

2.1. La Comisión de Venecia como actor de la construcción de estándares internacionales en materia electoral

La principal tarea de la Comisión de Venecia es ayudar a los estados a identificar sus valores comunes compartidos, basados en los tres pilares del Consejo de Europa: democracia, Estado de derecho y derechos humanos. La Comisión emite opiniones, en las que comparte sus puntos de vista sobre enmiendas constitucionales concretas y legislación clave de un Estado en particular, cuya situación haya sido sometida a su estudio. En sus opiniones, que no son vinculantes, la Comisión ofrece críticas, cuando sea necesario, de cualquier disposición nueva que no se ajuste a las normas establecidas y, también, recomienda e identifica nuevos estándares.

Los estados que han recibido dicha opinión sobre sus enmiendas constitucionales o legislativas tienen la opción de seguir o no estas recomendaciones y de adaptarlas a su contexto nacional específico. No existe una solución común que funcione para todos los países y que pueda ser recomendada en todas sus opiniones, lo que hace que la tarea de la Comisión de Venecia de establecer los estándares y, al mismo tiempo, hacer recomendaciones válidas a nivel nacional sea difícil y exija un conocimiento fino del contexto específico nacional.

La Comisión de Venecia tiene una tarea muy compleja: cooperar con los estados, que es más fácil de lograr de manera efectiva cuando son los estados los que solicitaron explícitamente esta cooperación, pero sin perder su neutralidad, demostrando que es una entidad técnica y jurídica, y no política. Las opiniones de la Comisión deben ser

percibidas como imparciales e independientes para que tengan éxito y no se menoscabe su autoridad. Para lograr su complejo objetivo de identificar estándares constitucionales comunes, la Comisión no sigue un modelo de supervisión vertical. Se trata de un actor transnacional que actúa a través de la cooperación estatal. También contribuye a la transformación de los ordenamientos jurídicos nacionales al ayudarlos a adaptarse de manera preventiva a las normas internacionales y regionales. La Comisión de Venecia internacionaliza los ordenamientos jurídicos nacionales mediante la adopción de un enfoque regional, identificando y creando nuevos estándares de *soft law* y reforzando los estándares existentes de *hard law*.

Las características clave que explican cómo la Comisión identifica las nuevas normas de ley blanda tienen que ver, principalmente, con su metodología de trabajo flexible. La primera característica relevante se refiere al sistema para realizar solicitudes a la Comisión. En lo que respecta a quién puede realizar una solicitud a la Comisión de Venecia, hay tres tipos posibles de “clientes” de la Comisión. Juntos hacen posible el intercambio de estándares entre el derecho nacional y el internacional a través del uso de experiencias transnacionales. El artículo 3.2 del Estatuto de la Comisión de Venecia establece que

la Comisión puede dar, dentro de su mandato, opiniones bajo petición presentada por el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria, el Congreso de Autoridades Locales y Regionales de Europa, la Secretaría General o por un estado u organización internacional, o cuerpo participante en el trabajo de la Comisión. Cuando un estado pida una opinión de un asunto concerniente a otro estado, la Comisión debe informar al estado concerniente y, a menos que los dos estados lo acuerden, debe presentar el asunto al Comité de Ministros.

La Comisión de Venecia, por lo tanto, busca principalmente servir a sus estados miembros. Incluso, pueden realizar una solicitud interestatal, relativa a otro Estado miembro. Al igual que en el caso de otras formas de solicitudes interestatales, el procedimiento no ha tenido mucho éxito; debido a esto, se revisó el Estatuto, estableciendo que la solicitud interestatal debe ser precedida por un acuerdo de los

dos estados interesados o por el Comité de Ministros.⁴⁹ Los estados no miembros también pueden pedir opiniones a la Comisión, reforzando su carácter de órgano, que va más allá del exclusivo ámbito regional, pero no directamente, sino a través de alguna organización que coopere con la Comisión.⁵⁰ Dentro de cada Estado, el enfoque de las solicitudes también puede ser bastante flexible: la solicitud puede provenir del gobierno, del Parlamento e incluso, en ciertos casos, de la oficina del ombudsman. Sin embargo, para evitar que la Comisión se utilice para obstruir las reformas internas o al partido en el gobierno, los partidos políticos no pueden enviar solicitudes de forma independiente, sin el apoyo de una institución oficial, como el Parlamento o el gobierno, y las autoridades locales no pueden hacerlo sin el consentimiento del Estado central.

El segundo grupo de actores que pueden desencadenar el trabajo de la Comisión de Venecia son los órganos principales del Consejo de Europa: el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE), el Congreso de Autoridades Locales y Regionales y el secretario general del Consejo de Europa. Las solicitudes provenientes de estos órganos ayudan a institucionalizar el trabajo de la Comisión de Venecia y a consolidarla como un actor que no depende totalmente de la voluntad de los estados para ejercer su trabajo. En los últimos años, estos mecanismos institucionales se han reforzado. En el caso de la Asamblea Parlamentaria, ha desarrollado un papel cada vez más importante en la activación de solicitudes, promoviendo también el uso de normas de *soft law* a través de la adopción de tales opiniones. También ha usado sus poderes para abordar situaciones problemáticas, por ejemplo, en relación con el uso por parte del Estado de las disposiciones de emergencia y la legislación especial en Francia⁵¹ y Turquía.⁵² El secretario general también ha desempeñado

⁴⁹ La práctica ha sido compleja. Rumanía lo pidió en 2001 respecto a la legislación húngara sobre minorías, lo que se resolvió con la preparación del estudio general en 2001 sobre el trato preferente de las minorías nacionales por el Estado afín. Azerbaiyán también lo utilizó respecto del preámbulo de la Constitución de Armenia, acerca de la reunificación de la región del Nagorno Karabaj, que fue abandonada posteriormente.

⁵⁰ Como ha sido el caso de Bolivia.

⁵¹ Opinión de 2016, CDL-AD (2016) 006.

⁵² Opiniones de 2017, CDL-AD (2017) 007 y CDL-AD (2017) 021.

un papel clave, solicitando el primer análisis sobre la compatibilidad de ciertas “acciones” (no legislativas) tomadas por el gobierno y el Parlamento de Rumania con el Estado de derecho,⁵³ así como acerca del referéndum en Crimea.⁵⁴ Este último ejemplo es crucial en el campo electoral, pues muestra claramente cómo el uso de normas de *soft law*, como un código de buenas prácticas en referendos, y el refuerzo mutuo de estas con normas vinculantes, como la Constitución nacional, llevaron a la Comisión de Venecia a concluir que la celebración del referéndum implicó una clara violación de las normas europeas.

La dimensión internacional, que va más allá de la región europea, es el resultado de que el tercer grupo de actores puede solicitar opiniones a cualquier organización u organismo internacional que participe en el trabajo de la Comisión”, una opción que se ha interpretado de manera bastante amplia. Estas organizaciones pueden realizar solicitudes siempre que hayan sido invitadas a participar, incluso una vez en la sesión plenaria de la Comisión, para permitirles hacer solicitudes. Los actores más relevantes, sobre todo en el ámbito electoral, han sido la OSCE-ODIHR y la Unión Europea. En el campo de las elecciones, la OSCE-ODIHR ha tenido un impacto clave, ya que existe una práctica bien establecida de que cualquier solicitud de opinión de la ODIHR o de la Comisión de Venecia debe tratarse como un proyecto conjunto. En la práctica, por lo tanto, casi todas las opiniones electorales, incluidas las relacionadas con los partidos políticos y la financiación de campañas electorales, han sido opiniones conjuntas. La OSCE no solo trae a la Comisión de Venecia un grupo de estados más amplio y diferente, sino también una experiencia práctica en el campo. Los informes electorales elaborados por la ODIHR durante la observación de las misiones electorales son una fuente de información muy importante, utilizada como base para el análisis realizado en las opiniones y recomendaciones de la Comisión.

El Consejo para las Elecciones Democráticas completa el mecanismo institucional. Es un organismo tripartito, compuesto por miembros de la Comisión de Venecia, la Asamblea Parlamentaria y el

⁵³ Opinión de 2012, CDL-AD (2012) 026.

⁵⁴ Opinión de 2014, CDL-AD (2014) 002.

Congreso de Autoridades Locales y Regionales. El Consejo discute cualquier opinión relacionada con el campo electoral antes del debate en el pleno, asegurando que se tome un enfoque coherente en todas las discusiones, especialmente en lo que respecta al uso de las fuentes.

En materia electoral, la Comisión puede proporcionar, además, un apoyo técnico que va más allá de asesorar la legislación. Ucrania ha sido un ejemplo paradigmático de este tipo de cooperación, ya que se han establecido contactos con un grupo de expertos en derecho electoral en el país con el que ha trabajado en muchos proyectos diferentes después del Maidán,⁵⁵ que han dado como resultado un intercambio beneficioso de experiencias e ideas que pueden ayudar a los expertos nacionales en su tarea de redacción. No solo ha ocurrido en este caso, sino en muchos otros. La Asamblea Constituyente de Túnez consultó a la Comisión en varias ocasiones, después de 2012, sobre muchos temas durante la redacción de la Constitución, incluida la elección del tipo de sistema democrático para el país y el sistema electoral. El gobierno tunecino terminó solicitando una opinión formal a la Comisión sobre el texto constitucional antes de su votación final.⁵⁶

La accesibilidad de la Comisión respecto a los estados, su flexibilidad y su versatilidad son clave para su éxito, pero deben combinarse con otra característica positiva derivada del Estatuto de la Comisión de Venecia: su amplio mandato. Esta es una característica crucial que identifica a la Comisión de Venecia no solo como un actor clave en la internacionalización del derecho.

2.2. La Comisión de Venecia y el desarrollo de estándares electorales internacionales

En los últimos 28 años, la Comisión ha generado fuentes de *soft law* y *hard law* a partir del corpus de sus diversas opiniones legales, especialmente en el campo electoral.

En lo que respecta a las normas de *soft law*, la Comisión utiliza, cuando estén disponibles, los informes y las resoluciones de la PACE y

⁵⁵ Los acontecimientos que llevan el nombre de la famosa plaza de Kiev llevaron a la salida del expresidente Yanukovich en 2014.

⁵⁶ Opinión de 2013, CDL-AD (2013) 032.

del Comité de Ministros del Consejo de Europa. El uso de las resoluciones de este último parece particularmente apropiado, ya que el Comité de Ministros es el órgano político clave del Consejo. Con respecto a la PACE, la interacción entre las normas es bastante intensa debido a la cooperación reforzada e institucionalizada en el campo electoral.

Primero, desde 2004, la Comisión de Venecia llegó a un acuerdo para acompañar a la PACE en sus misiones electorales *ad hoc* de observación a los estados miembros. La Asamblea invita a la Comisión de manera sistemática cuando esta emite previamente una opinión sobre la legislación electoral del Estado en cuestión. El papel de la Comisión de Venecia durante estas misiones consiste en brindar asistencia técnica y legal durante la observación, explicando los aspectos jurídicos relevantes de la legislación electoral nacional vigente y recordando a los miembros de la Asamblea que componen la delegación aquellos elementos problemáticos del país en cuestión. Al final de cada misión, la Asamblea Parlamentaria emite un informe detallado sobre los resultados de la observación de las elecciones en ese país específico, un informe que a menudo se coordina con las organizaciones especializadas en el campo, como la OSCE/ODIHR, la Asamblea Parlamentaria de la OSCE y, a veces, el Parlamento Europeo de la UE. Este informe final se prepara con la cooperación de la Comisión de Venecia, que contribuye al análisis del marco legal. Los informes de la PACE se utilizan luego como una fuente de información para preparar opiniones, conocer el contexto nacional y relacionar con los problemas prácticos las propuestas realizadas y los comentarios sobre la nueva reforma. La cooperación con el Congreso sigue el mismo mecanismo, aunque no haya un acuerdo formal específico.

En segundo lugar, la cooperación entre la PACE, el Congreso y la Comisión de Venecia continúa desarrollándose también en Estrasburgo. Para emitir nuevas recomendaciones sobre temas específicos, la PACE o el Congreso pueden solicitar a la Comisión de Venecia que proporcione un estudio de derecho comparado. El objetivo es identificar tendencias e incluso enriquecer el debate dentro de estos órganos, lo que también facilita el desarrollo de mecanismos de establecimiento de normas. Por ejemplo, la PACE invitó a la Comisión de Venecia a proporcionar una recomendación en este campo. Su informe sobre los métodos de nombramiento de candidatos dentro de los partidos polí-

ticos⁵⁷ fue ampliamente citado. El Congreso también ha invitado a la Comisión de Venecia a comentar e informar sobre temas clave, como la situación de los votantes que residen de facto en el extranjero.⁵⁸ La interacción entre los estándares de soft law es clara y se ve reforzada por la cooperación técnica y legal entre los dos organismos.

Con base en las fuentes utilizadas, su experiencia práctica en los países y en los estudios generales, la Comisión ha desarrollado varios documentos que establecen estándares clave en el campo electoral. El más importante es, sin lugar a dudas, el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, adoptado en 2002.⁵⁹ Aunque no es vinculante, se ha convertido en la fuente central de referencia para establecer estándares en las elecciones; por lo tanto, este texto ha ayudado a dar coherencia y construir un *jus commune*⁶⁰ en el campo electoral. El Código ha permitido a la Comisión ser más sistemática en su enfoque e identificar más eficazmente las nuevas tendencias que conducen a las normas. Sin embargo, también requiere precaución para identificar los estándares en el campo electoral por los siguientes motivos: primero, no todos los aspectos analizados en las opiniones pueden tratarse de la misma manera. La cercanía de algunos de estos aspectos a la soberanía de los estados, por ejemplo, la elección del sistema electoral, hace que la Comisión de Venecia sea muy reacia a emitir recomendaciones en este campo. Hay muy pocas excepciones, que se basan también en otros factores, como la falta de estabilidad en el derecho electoral o constitucional y en una práctica muy clara establecida en informes emitidos por otras organizaciones expertas que dejaba muy claramente al descubierto los problemas existentes y que ha permitido a la Comisión poder realizar recomendaciones muy contextualizadas a la situación jurídica concreta.⁶¹

⁵⁷ Informe de 2015, CDL-AD (2015) 020.

⁵⁸ Informe de 2015, CDL-AD (2015) 040.

⁵⁹ CDL-AD (2002) 023rev2-cor-e.

⁶⁰ En la expresión del profesor Van Bogdandy. Véase, entre otros trabajos, A. VON BOGDANDY, *Iusconstitutionale commune*, en E. FERRER MAC-GREGOR, F. MARTÍNEZ RAMÍREZ, G. A. FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. 2.^a edición, Ciudad de México, 2014, pp. 774-777.

⁶¹ Así, en el caso de Ucrania, tres sistemas electorales distintos han sido utilizados durante los últimos 18 años: un sistema puramente proporcional de listas cerradas, uno mayoritario con

Además, el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral contiene una distinción entre los principios (igual, universal, libre, secreto y directo) y ciertos elementos necesarios para su implementación: derechos fundamentales, garantías procesales y estabilidad. La lucha contra la corrupción, como tal, o la idea de la responsabilidad no se incluyen explícitamente en estos elementos clave. A la luz de la construcción de estándares universales comunes, se puede considerar que el Código contiene una selección de principios de *minimis*, completada por algunas otras recomendaciones basadas en buenas prácticas. Sin embargo, no es un conjunto de estándares rígidos y ha tenido que ser modificado. Se han adoptado varias declaraciones interpretativas a este respecto a la luz de los problemas recurrentes existentes en algunos países, por ejemplo, la declaración interpretativa de 2016 sobre la publicación de las listas de votantes.⁶² El elemento del *voto secreto*, la confidencialidad, responde a una finalidad básica esencial: evitar las coerciones en el momento de emitir el voto, incluyendo la abstención. Ello implica que no solo se impone una obligación en ese sentido al Estado a la hora de votar, sino que también supone una obligación al votante, cuyo voto debe permanecer anónimo.

3. Las interacciones entre la Comisión y los órganos supranacionales de derechos humanos

Finalmente, la Comisión de Venecia no solo emite sus opiniones basada en normas de *soft law*. Más allá de aplicar la ley, que a veces no se respeta a nivel nacional, se busca la norma del derecho internacional

circunscripciones únicas y uno mixto, en el que la mitad de los diputados son elegidos en circunscripciones uninominales y la otra mitad de forma proporcional en una circunscripción única. El sistema mixto se reintrodujo en 2011 y fue criticado con base en los informes de observación electoral de la OSCE y de otros actores internacionales, señalando que, si bien es la elección soberana del Estado, los procesos electorales con sistema mixto y mayoritario uninominal habían dado lugar a problemas muy concretos en Ucrania en elecciones pasadas, que deberían ser tomados en cuenta a la hora de volver a usarlos (Opinión de 2011, CDL-AD [2011] 037, p. 22).

⁶² Declaración interpretativa del Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, relativa a la publicación de la lista de votantes que han participado en las elecciones, CDL-AD (2016) 028.

disponible en cada situación, partiendo del artículo 25 del PIDCP, el CEDH, la jurisprudencia del TEDH y, dependiendo del país, el artículo 23 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte. El uso sistemático de la jurisprudencia, las interacciones desarrolladas entre el TEDH y la Comisión de Venecia, tanto oficiales como oficiosas, y los contactos entre ambas instituciones dan lugar a puntos de encuentro y a influencias mutuas que contribuyen a construir y a reforzar los estándares jurídicos electorales existentes.

La primera instancia en la que los dos órganos han desarrollado influencias mutuas se produce cuando es el Tribunal el que invita a la Comisión de Venecia a intervenir como un *amicus curiae* ante el Tribunal. En el campo electoral, la primera intervención se relacionó con el tema de la prohibición de contribuciones financieras a partidos políticos de fuentes extranjeras, lo que dio lugar a una extensa opinión sobre la prohibición de las contribuciones financieras derivadas de fuentes externas a los partidos políticos, adoptada en marzo de 2006.⁶³ Dicho informe y las líneas directrices de la Comisión sobre la financiación de los partidos políticos fueron muy utilizados por el Tribunal, que estableció que la prohibición de dichas fuentes de ingresos extranjeras, como tal, no era incompatible con el artículo 11 del CEDH, ya que la propia Comisión de Venecia había demostrado la falta de consenso entre los estados europeos en la materia.⁶⁴

Tras esta invitación inicial, ha sido la propia Comisión la que ha solicitado intervenir ante el Tribunal en varias ocasiones clave: una de ellas es la del célebre caso *Sejdić and Finci vs. Bosnia and Herzegovina* (2009), relativo a la violación del principio de no discriminación basada en el origen étnico en el acceso a cargos públicos.⁶⁵ De esta mane-

⁶³ CDL-AD (2006) 014.

⁶⁴ Caso del Partido Nacionalista Vasco - Organización Regional Iparralde vs. France (2007). Es interesante señalar que, aunque la sentencia no contradice lo establecido por la Comisión de Venecia, tampoco abraza abiertamente la necesidad de la prohibición de fuentes extranjeras, sino que hace que el Tribunal considere que se trata de una cuestión que entra dentro del margen de apreciación estatal.

⁶⁵ El informe de la Comisión de Venecia se adoptó en octubre de 2008, CDL-AD (2008) 027. En esta sentencia, el Tribunal no solo usó la tercera intervención preparada por la Comisión, sino también otras opiniones previas, como la emitida sobre la situación constitucional en Bosnia y los poderes del alto representante (CDL-AD [2005] 004, del 11 de marzo de 2005), la relativa a las diferentes propuestas para las elecciones presidenciales (CDL-AD [2006] 004, del 20 de marzo de 2006) y la opinión sobre la reforma constitucional de 2006 (CDL-AD [2006] 019 de 12 de junio de 2006).

ra, la interacción entre la Corte y la Comisión de Venecia llevó a una mayor coherencia y sincronía entre las dos en el uso de las fuentes. Además, la Comisión de Venecia utiliza regularmente el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo, dando así un efecto horizontal al Convenio y ayudando a difundir su impacto más allá de un caso específico (a través del llamado efecto de interpretación).

Rywin vs. Poland (2016) también ha dado lugar a un diálogo directo entre el Tribunal de Estrasburgo y la Comisión en un asunto relativo a las garantías y los poderes de las comisiones parlamentarias de investigación y su relación con los procesos judiciales. El caso tenía como telón de fondo a un conocido productor de cine, pero también a muchas autoridades, incluyendo al primer ministro polaco, envueltos en un escándalo de corrupción durante el proceso parlamentario de adopción de la ley de radiodifusión pública. La Comisión de Venecia expuso en su informe que, si bien los procedimientos seguidos ante las comisiones parlamentarias no están protegidos por las garantías del artículo 6 del Convenio y su carácter público no es ilegítimo, las injerencias en los posibles procesos judiciales posteriores deben ser evitadas y tratadas con la máxima cautela. Sin embargo, el descubrimiento de indicios penales por una comisión parlamentaria de investigación no debería, como tal, paralizar la misma, sino que esta debería informar de dichas cuestiones a la Fiscalía y seguir su curso, siendo los procedimientos judiciales y parlamentarios separados e independientes entre sí.⁶⁶ El Tribunal Europeo tomó una decisión muy ajustada (cuatro votos contra tres), considerando que no había habido en este caso una violación del principio de presunción de inocencia y, por tanto, una violación del Convenio.

El asunto Berlusconi vs. Italy ha sido el último de esta saga judicial de intercambios entre la Comisión y el TEDH a través de *amicus curiae*, en el que se planteaban las garantías necesarias que deben acompañar a una inhabilitación y una consecuente revocación de un parlamentario, en este caso el expresidente Berlusconi. Este se había quejado de que, en virtud de la entrada en vigor en 2012 de la ley n. 190/2012, el gobierno de Monti había establecido por decreto las condiciones de inhabilitación de todo diputado y senador, quedando la decisión final

⁶⁶ CDL-AD (2014) 013.

de invalidación de candidaturas y de inhabilitación derivada de una pena principal en manos del Parlamento. Siendo condenado, por fraude fiscal, en 2012 a cuatro años de cárcel y a una pena accesoria de cinco años de inhabilitación, que se modificaron después a dos años, el Senado italiano decidió invalidar la elección del señor Berlusconi como senador en febrero de 2013, y este no pudo ejercer su mandato público. La Comisión recordó que toda limitación debe ser restrictiva, y en ningún caso general, indiferenciada y desproporcionada, pero las limitaciones son posibles y pueden ser más estrictas en el caso de pérdidas de mandatos efectivos. Cuando la pérdida de dicho mandato no es inmediata, sino que se deriva de la decisión final de aplicación del Parlamento, las garantías procesales implican la posibilidad para el parlamentario o senador de presentar los argumentos que considere pertinentes ante el Parlamento y tener una audiencia pública y derecho a abogado, así como a la publicidad de su caso,⁶⁷ pero en cualquier caso el asunto ha sido archivado en la petición del propio señor Berlusconi ante el TEDH, al considerar que la inhabilitación ya no le es aplicable y, por tanto, que la demanda ya no tenía sentido.

Un segundo punto de encuentro se produce cuando la Comisión proporciona orientación y asesoramiento sobre cómo el Estado puede aplicar mejor las sentencias del Tribunal, o bien ofrece soluciones para superar posibles obstáculos de ejecución. Esto enlaza con la sección previa, aquella que concierne a los casos en los que la Comisión de Venecia ha sido llamada a pronunciarse con respecto a situaciones concretas relativas a la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo. Rusia ha protagonizado el episodio más reciente, tras la adopción del cambio de la legislación del Tribunal Constitucional, en diciembre de 2015, para dar a dicho órgano la posibilidad de valorar la imposibilidad de ejecución de las sentencias de Estrasburgo. Tras el cambio legislativo, en febrero de 2016, el ministro de Justicia ruso pidió al Tribunal Constitucional, con base en la nueva legislación, que se pronunciase acerca de la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia *Anchugov and Gladkov vs. Russia*, del 3 de julio de 2013, un asunto relativo al derecho de voto de los condenados que ha generado amplias polémicas.

⁶⁷ CDL (2017) 029.

También hubo una ocasión similar, esta vez de diálogo, entre la Corte IDH y la Comisión de Venecia, en el marco del caso Santiago Brysón de la Barra, que estaba pendiente ante el Tribunal Constitucional de Perú y que derivaba de la ejecución de la sentencia de El Frontón, dictada por la Corte Interamericana. A petición del propio Tribunal Constitucional, la Comisión presentó un *amicus curiae*, donde constaban ejemplos de derecho comparado acerca del tratamiento y la calificación de ciertos hechos como crímenes de lesa humanidad. Aunque no es un caso relevante en materia electoral, sí lo es para poner de relieve el papel importante de la Comisión en procesos nacionales de gran controversia.⁶⁸

En fin, el último punto de encuentro, quizá el más importante, es el que se deriva del uso de la jurisprudencia del TEDH y, cuando es pertinente, de la Corte IDH en las opiniones y su adaptación en el desarrollo de recomendaciones específicas para los estados cuyas legislaciones son objeto de análisis, así como del refuerzo de los estándares a través de la jurisprudencia mediante los estudios generales. Todas las opiniones emitidas por la Comisión de Venecia usan la jurisprudencia del TEDH, así que se citará, con fines ilustrativos, la única opinión electoral emitida con respecto a un país de América Latina, la opinión sobre la legislación electoral mexicana de 2013, que cita, en su larga lista de fuentes, las sentencias de la Corte IDH. La Opinión Consultiva OC-5/85 también es citada en el análisis relativo a la libertad de expresión, al igual que la jurisprudencia relativa a partidos políticos y representación.⁶⁹ En el reciente estudio emprendido sobre las limitaciones de los mandatos presidenciales⁷⁰ se hace igualmente no solo una aproximación de derecho comparado muy amplia, sino también un esfuerzo de sistematización de las fuentes que incluye al CEDH, el TEDH, el PIDCP, la CADH y la Corte IDH, así como instrumentos regionales africanos. Hay, además, referencias directas al caso Castañeda Gutman e incluso a la Carta Democrática Interamericana, que, como resolución de la OEA, y, por tanto, estándar de *soft law*, aporta su contribución a la circulación de estándares en material electoral.

⁶⁸ CDL (2011) 071.

⁶⁹ CDL-AD (2013) 021.

⁷⁰ CDL-AD (2018) 010.

El estudio de fuentes en materia electoral desde el punto de vista internacional, teniendo en cuenta que este trabajo se ha centrado en la jurisprudencia desarrollada por el TEDH y la Corte IDH y en el papel determinante de la Comisión de Venecia en la elaboración de estándares en este campo, presenta retos y desafíos importantes. Quizá uno de los más destacables es el reto de la *universalidad* de los estándares y las complejidades que tiene una aproximación basada en el derecho comparado. De hecho, identificar estándares universales en el campo electoral puede ser más desafiante para los estados que proponer tales estándares en los campos de los derechos humanos o del imperio de la ley, especialmente si la opinión va más allá del llamado “derecho humano a la democracia”, donde la atención se centra simplemente en el ejercicio de los derechos de sufragio y, en cambio, se centra en características clave que afectan la naturaleza misma del sistema electoral. Además de las afirmaciones muy contextualizadas acerca de la adecuación posible de un determinado sistema electoral con base en una práctica concreta, a las que se ha hecho referencia previamente y que son un aspecto que no puede ser extrapolable o “universalizable”, hay muchos otros elementos muy debatidos. Así, en el mencionado estudio sobre los mandatos presidenciales se examinan las bases de un posible “derecho humano a la reelección”, para concluir que, si bien hay una relación entre el derecho al sufragio pasivo y la reelección, esta es un elemento de funcionamiento institucional y no un derecho como tal, lo cual no implica que las limitaciones establecidas no deban perseguir un objetivo legítimo y ser razonables y necesarias en la sociedad democrática.⁷¹

El segundo reto que surge es el de considerar que las fuentes en una materia tan cercana a la soberanía como es la electoral se hallan en manos de instituciones internacionales que no son de representación política y, por tanto, son criticadas por su falta de *legitimidad*. Para contrarrestar tales críticas, hay dos elementos que pueden ser mencionados de forma preferente: en lo que respecta a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, puede decirse que ha sido cautelosa en su respeto de la particularidad estatal y del margen de apreciación

⁷¹ *Ibidem.*

de los estados. Acerca de la Comisión de Venecia, ha desarrollado una estructura específica para las opiniones, particularmente las emitidas en el campo electoral, que ayuda a la sistematización de estándares y a una aproximación coherente y sistemática. Así, una serie de factores se incluye en toda evaluación, tales como la estabilidad de la ley electoral y el proceso que lleva a su adopción; la necesidad de consenso entre todas las partes interesadas relevantes; la elección del sistema electoral; la lista de votantes registrados; la administración electoral; los canales disponibles para combatir el mal uso de los recursos administrativos; la campaña y la financiación electorales; la normativa de los medios de comunicación; la representación de las mujeres, y lo contencioso electoral.

En fin, el último reto es el que deriva del análisis de la *aplicación*, y tiene que ver con las dificultades de la puesta en práctica de los estándares de derecho internacional, si bien no es solo un desafío en materia electoral. La necesidad de la cooperación estatal es inherente al cumplimiento de las obligaciones internacionales. La jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH, vinculante jurídicamente, no puede, por sí sola, cubrir todos los ámbitos del derecho electoral. Los mecanismos de *soft law* son muy útiles en esta tarea, y la Comisión de Venecia y el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral han sido claves, fomentando dicha cooperación interestatal en el plano internacional y contribuyendo no solo al cumplimiento, sino a la creación misma del patrimonio electoral común.

Capítulo 3

EL DEBIDO PROCESO Y ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Elena Bindi, Tania Groppi y Andrea Pisaneschi*

Resumen: 1. El debido proceso, el derecho a la audiencia y a la prueba. — 2. Tutela cautelar. — 3. El *amicus curiae* en el proceso electoral. — 3.1. Intervenciones de terceros interesados y del *amicus curiae* en México. — 3.2. El *amicus curiae* en las decisiones del proceso electoral 2017-2018. — 3.3. Una evaluación desde la perspectiva del derecho comparado. — 4. El test de proporcionalidad en el proceso electoral. — 4.1. ¿Por qué se utiliza el principio de proporcionalidad? — 4.2. El test de proporcionalidad en perspectiva comparada: el marco europeo. — 4.3. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del año electoral 2018 sobre los derechos político-electorales. — 4.4. Conclusiones.

1. El debido proceso, el derecho a la audiencia y a la prueba

Uno de los aspectos más importantes para la jurisdicción electoral es la aplicación del principio del debido proceso. Este, que es un principio básico de los estados de derecho, tiene particular importancia en la jurisdicción electoral, porque en este tipo de jurisdicción es necesario conjugar, al mismo tiempo, la rapidez de la decisión, la tutela de los derechos políticos fundamentales, la fuerte presencia de las autoridades administrativas que regulan el procedimiento electoral (INE) y un sistema muy complejo de autoridades jurisdiccionales.

El principio del debido proceso tiene un papel fundamental en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Como ha dicho el TEDH, de hecho, el derecho a un proceso justo expresa un derecho fundamental que condiciona el goce efectivo de todos los otros derechos en una sociedad democrática.¹

* Se deben atribuir a Elena Bindi el apartado 4, a Tania Groppi el apartado 3 y a Andrea Pisaneschi los apartados 1 y 2.

¹ TEDH, Airey vs. Irlanda (1979), párrafo 24.

Por esta razón, el derecho al debido proceso se encuentra también en otras cartas internacionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En particular, la Convención trata el debido proceso, civil y penal en el artículo 6. El párrafo 1 del artículo 6 atribuye a cada persona el derecho a que su causa sea examinada con equidad, de manera pública y en un término razonable por un tribunal independiente e imparcial constituido por la ley. La sentencia tiene que ser emanada de manera pública, salvo posibles restricciones para la salvaguardia de intereses de naturaleza colectiva (moral, orden público, seguridad nacional, administración de la justicia) o relacionados con el objeto del juicio (intereses de los menores, protección de la vida privada de las partes).

Los párrafos 2 y 3, en cambio, hacen referencia a las garantías, en el marco del proceso penal. Estas garantías son la presunción de inocencia, el derecho a una información clara y tempestiva, el derecho a la defensa y el derecho a la prueba (es decir, el derecho a examinar a testigos).

Por lo tanto, este artículo tiene dos significados: el derecho *al* proceso (duración razonable y tribunal independiente e imparcial) y el derecho *en el* proceso, es decir, el derecho a gozar de las garantías mínimas del proceso (derecho de defensa, derecho de asistencia legal, derecho de ser informado, derecho a una audiencia pública, derecho al contradictorio paritario, etcétera).

El primer aspecto que cabe destacar es el principio de independencia e imparcialidad del juez.

Sobre este perfil, señala una jurisprudencia interesante del TEPJF que busca fortalecer la independencia y la imparcialidad de los órganos electorales, extendiendo los principios de independencia e imparcialidad del juez también a los órganos internos de control del Tribunal.

Con una decisión, la Sala Superior del TEPJF declaró la ilegitimidad constitucional de la reforma electoral realizada por el Congreso del Estado de Morelos, con la cual se facultó a sí mismo para designar al titular del órgano interno de control del Tribunal Electoral.²

² SUP-JE-7/2018.

El TEPJF consideró que

los conceptos de autonomía en el funcionamiento e independencia en las decisiones de las autoridades electorales, implican una garantía constitucional a favor de la ciudadanía y de los propios partidos políticos, y se refiere a aquella situación institucional que permite a las autoridades electorales emitir sus decisiones, con plena imparcialidad y en estricto apego a la normatividad aplicable al caso, sin tener que acatar o someterse a indicaciones, instrucciones, sugerencias o insinuaciones provenientes ya sea de superiores jerárquicos, de otros poderes del Estado o, incluso, de persona con las que guardan alguna relación de afinidad política, social o cultural.

Queda claro que con esta decisión el TEPJF, conforme a la Constitución, ha hecho una interpretación fuerte del principio de independencia e imparcialidad del Poder Judicial. Además, de la motivación más arriba referida se puede entender la estricta correlación que existe, según el Tribunal, entre el concepto de *independencia*, en el sentido de total ausencia de relaciones entre los órganos judicantes y el poder político, y el concepto de *imparcialidad*, en el sentido de tersidad respecto a los intereses en juego.

No en todos los estados de Europa estos conceptos están relacionados de esta manera. Mientras que la imparcialidad siempre está garantizada, el grado de independencia de los órganos jurisdiccionales depende de la historia del país, de su Constitución y de su convención constitucional. Hay, por ejemplo, países con un grado de independencia del Poder Judicial parecido al de México (como Italia), y hay otros países donde hay relaciones bastante estrechas entre el poder político y el Poder Judicial.

Esta conmixión es máxima, por ejemplo, en Inglaterra. Antes del Constitutional Reform Act de 2005 (que fue aprobado también por la necesidad de respetar el CEDH), el *lord chancellor* era, a su vez, ministro de Justicia y presidente de la House of Lords, en su función jurisdiccional, representando así un anillo de conexión entre el poder político y el poder jurisdiccional. De igual forma, el *lord chief justice*, miembro de la Court of Appeal, era miembro también de la House of Lords. La reforma de 2005 cambió mucho esta organización de poderes (por ejemplo, instituyó la Supreme Court y eliminó la función jurisdiccional de la House of Lords; quitó al *lord chancellor* el cargo de

cumbre del poder jurisdiccional). Pero hay todavía relaciones entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Esta conmixión de poderes, por el contrario, no ha producido consecuencias negativas, desde un punto de vista funcional, en consecuencia, de las reglas convencionales y de respeto recíproco entre los diferentes poderes del Estado.

En contraste, en algunos Estados, como Italia, que han tenido en el pasado experiencias autoritarias con el Poder Judicial bajo el control del Poder Ejecutivo, la independencia del Poder Judicial respecto a todos los otros poderes del Estado es muy fuerte.

Dado que en Europa hay diferentes modelos de relaciones entre el Poder Judicial y el poder político, el CEDH prevé el principio de independencia de los jueces, pero este principio está conectado de manera muy fuerte con el principio del debido proceso y el principio de imparcialidad (artículo 6); es decir, la independencia no es un valor abstracto ni es siempre solicitada como independencia absoluta. Lo que es necesario es garantizar el debido proceso. Por esta razón, tampoco la jurisprudencia del TEDH se ocupa, en abstracto, de este principio, sino en concreto, en relación con la imparcialidad. De hecho, en varias decisiones el TEDH ha comentado que ni el artículo 6 ni otras disposiciones del Convenio obligan a los estados a conformarse a la noción teórica de la separación de los poderes, aunque un buen nivel de independencia respecto al Poder Ejecutivo sea indicio de imparcialidad objetiva del órgano. En contra, relaciones demasiado estrechas entre el poder político y los jueces pueden ser “síntomas” de una falta de imparcialidad y, por lo tanto, afectar al principio del debido proceso que está sancionado en el artículo 6 del Convenio. En particular, la Corte puede analizar las modalidades de designación y duración del mandato de los miembros de los tribunales y la existencia de una tutela contra las presiones externas, que son índices de independencia y, consecuentemente, de imparcialidad. La Corte también puede verificar si hay una “apariencia de independencia”³

Al final, el carácter concreto del juicio del TEDH impide una reconstrucción abstracta de la noción de independencia, mientras que la eventual falta de independencia constituye un elemento para juzgar la imparcialidad del juez.

³ TEDH, Grande Stevens and others vs. Italy (2014); Kleyn and others vs. The Netherlands (2003).

En este marco, no obstante, es necesario subrayar que los tribunales electorales tienen el papel de juzgar las reglas de la política. La cuestión de la independencia del Poder Judicial respecto del poder político, que siempre es central para garantizar un debido proceso, es, por lo tanto, más importante cuando el proceso tiene una naturaleza electoral. Así es porque, como ha comentado el TEPJF,

la autonomía implica un ejercicio de equilibrio de poderes públicos, por ello debe evitarse que las autoridades locales electorales, como entes encargadas de organizar los procesos electorales tengan cualquier tipo de injerencia en su integración y funcionamiento de manera que su normatividad este blindada de cualquier sometimiento a otros poderes públicos.

Como ya teorizó Santi Romano, el ordenamiento electoral es un ordenamiento especial, con su propio conjunto de reglas y con sus propios jueces. Es razonable que las garantías de independencia de estos jueces, en relación con su propio papel, deban ser mayores o diferentes que las de los otros jueces, que tienen un papel diferente.

Por lo que respecta las garantías en el proceso, es importante subrayar que, aunque el artículo 6 del Convenio haga referencia al proceso civil y penal, el TEDH ha aplicado el principio del debido proceso al proceso administrativo y, lo que era más difícil, también al procedimiento administrativo —es decir, en la fase procedimental, frente a las administraciones públicas— cuando el procedimiento ha tenido como fin la emanación de una sanción de naturaleza penal.

En Europa, la diferencia entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional es muy fuerte y deriva de una doctrina dogmática antigua de matriz alemana, que consideraba al Estado en una posición de supremacía respecto del ciudadano, y al procedimiento administrativo, funcional para perseguir los intereses superiores del Estado. Después, con el paso del tiempo, esta visión de fuerte supremacía del Estado dejó espacio a una interpretación mucho más garantista de los derechos del ciudadano. En procedimiento administrativo ha garantizado el derecho de participación del ciudadano, el derecho a conocer los actos de la administración, el derecho a un proceso contradictorio con la administración. Sin embargo, permanecía, y todavía permanece, una fuerte diferencia formal y dogmática entre el procedimiento

administrativo y el proceso jurisdiccional. Las garantías del primero no son las mismas del segundo: el derecho a un proceso contradictorio es más débil, el derecho de conocer los actos no siempre se ejerce y hay muchas excepciones al derecho a la prueba.

El TEDH, que también tiene una visión sustantiva, no pudo no tener en cuenta esta fuerte y muy radicada distinción entre procedimiento y proceso. Por lo tanto, desarrolló una jurisprudencia según la cual las garantías del debido proceso (entre ellas, el derecho a una audiencia pública) se pueden aplicar también al procedimiento administrativo solo en presencia de determinadas circunstancias.⁴ Para llegar a este resultado, en primer lugar, la Corte interpretó el significado del concepto de *tribunal* en un sentido sustancial. Son tribunales, según la Corte, y para los fines de la aplicación del Convenio, no solo los órganos jurisdiccionales, sino también todos los órganos públicos del Estado (y, por esto, también los órganos administrativos), cuando tienen que decidir una causa de naturaleza penal.⁵ Lo que es importante, para el TEDH, es la valoración de los poderes, en concreto, ejercidos por el órgano público. Si estos poderes tienen una naturaleza jurisdiccional y el procedimiento también tiene naturaleza penal (no desde un punto de vista formal, sino sustancial), se deben aplicar las garantías del artículo 6 del Convenio.

Al final, se puede decir que, según el TEDH, los principios del debido proceso del artículo 6 del Convenio se pueden aplicar al procedimiento administrativo ante órganos administrativos, pero solo cuando se trate de una acusación penal (en sentido sustancial).

Ahora bien, si se va a ver la jurisprudencia del TEPJF, por lo que respecta al principio del debido proceso, se nota que los principios internacionales son aplicados de manera mucho más amplia.

⁴ Por ejemplo, cuando el acto, que formalmente es un acto administrativo, se pueda calificar como sustantivamente penal. Los casos típicos son las sanciones que el ordenamiento interno califica, desde un punto de vista formal, como administrativas, pero que desde un punto de vista sustancial son aflictivas, pueden ser calificadas como penales. Solo en estos casos la jurisprudencia del TEDH anticipa las garantías del debido proceso a la fase anterior del procedimiento. Cfr. TEDH, *Ozturk vs. Germany*, párrafo 52; *Grande Stevens and others vs. Italy* (2014), párrafo 94.

⁵ Esto desde la resolución del TEDH *Engel vs. The Netherlands* (1976), párrafo 22.

Entre varias decisiones del TEPJF que abordan el tema del debido proceso, se señala la decisión SUP-JDC-186/2018 y su acumulado, SUP-JDC-201/2018. Esta decisión se señala no solo por su importancia, desde un punto de vista político-institucional (admitió al candidato independiente a la presidencia de la república Jaime Heliodoro Rodríguez Calderón), sino por su interpretación del debido proceso y por los efectos de la violación de las reglas del debido proceso en el procedimiento electoral.⁶

El candidato a la presidencia Rodríguez Calderón fue excluido de la competición electoral por dos acuerdos del INE, por los cuales se tuvo como incumplido el porcentaje de apoyo ciudadano requerido para el registro de candidaturas independientes a la presidencia de la república. En particular, como comentó el TEPJF, al actor se le permitió comparecer dentro de la fase preliminar de verificación de apoyos ciudadanos, durante la cual no se actualizaba un perjuicio real y directo a su derecho a ser votado. En cambio, después de que la autoridad electoral advirtiese que el número de inconsistencias detectadas en el número de apoyos recabados o en la verificación del documento básico era suficiente para que el actor no alcanzara el umbral legal necesario para registrarse como candidato independiente a la presidencia de la república, no le permitió revisar la totalidad de dichas inconsistencias. Además, el TEPJF sostuvo que en las audiencias concedidas el actor solo pudo hacer la revisión respecto a los apoyos predeterminados por la autoridad, sin posibilidad de definir cuáles apoyos eran subsanables y cuáles no; por lo tanto, se limitó el derecho de audiencia del actor al determinar, por sí misma, cuáles registros en modo alguno podrían revisarse. Al final, Rodríguez Calderón reunió 98.08 % respaldos válidos respecto del umbral, sin que se le hubiesen permitido revisar todas las supuestas inconsistencias, lo que permitió al TEPJF sostener, también en consideración del porcentaje de apoyos que fueran sanados, que hubiese una presunción razonable de alcance del resultado.

⁶ Se trata de una decisión muy articulada en sus motivaciones (184 páginas), con un voto particular presentado por la magistrada presidenta Janine M. Otálora Malassis y por los magistrados Felipe de la Mata Pizaña y Reyes Rodríguez Mondragón, también, muy articulado y motivado.

Esta decisión se señala por la modalidad de interpretación del debido proceso en la visión del TEPJF y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En particular, el tema del debido proceso ha sido desarrollado por la Suprema Corte, que ha evidenciado, en particular, que el derecho de audiencia (consagrado en el artículo 14 de la Constitución) en el proceso electoral cobra plena relevancia, tratándose de los actos privativos, entendiendo por estos los que producen la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del ciudadano. La Suprema Corte añadió también que el núcleo duro del derecho de audiencia se compone de cuatro formalidades: la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; la posibilidad de ofrecer pruebas; la oportunidad de alegar y expresar las pretensiones concretas, y el dictado de una resolución o determinación que dirima las cuestiones debatidas.

Esta visión sustantiva deriva de una robusta jurisprudencia de la Corte IDH (ampliamente citada en la decisión). Según esta jurisprudencia, el derecho de audiencia, en un sentido sustancial, no se limita a un órgano judicial, sino a todos los órganos decisores estatales que tengan facultades para dictar actos limitativos de derechos. Por lo tanto, la diferencia —formal— entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional no tiene relevancia para la aplicación de las garantías del debido proceso.

De esta decisión se deriva, en primer lugar, una visión sustantiva del derecho de audiencia. El derecho de audiencia significa, de hecho, el derecho a probar y deducir en contradictorio con la otra parte. En consecuencia, si la audiencia es necesaria para garantizar el derecho a la prueba, no puede ser interpretada de manera formal. Esto implica la necesidad de evaluar si el actor tuvo la oportunidad, en todos los momentos relevantes del procedimiento, de presentar pruebas y de contraargumentar la otra parte.

En segundo lugar, es necesario subrayar que, en la interpretación de la Suprema Corte y del TEPJF, esta visión sustantiva se aplica a todos los procedimientos que producen la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho electoral de un ciudadano. Es decir, el derecho al debido proceso se aplica también al procedimiento ante el INE, aunque sea un procedimiento de naturaleza administrativa. Como se ha dicho, con este perfil, el TEDH tiene en materia una jurisprudencia un poco diferente.

En conclusión, e independientemente del caso concreto, se puede evidenciar que la Suprema Corte, el TEPJF y la Corte Interamericana tienen una visión sustantiva del debido proceso y del principio del derecho a una audiencia que parece más fuerte y más garantista que la interpretación europea. La posibilidad de aplicar los principios del debido proceso también a procedimientos como el procedimiento electoral gestionado por el INE, que es una autoridad administrativa independiente, por la razón, clara y sustantiva, de que los actos de esta autoridad van a limitar el derecho político a votar o a ser votado, es algo a lo cual Europa todavía no llega, contentándose con aplicar la garantía al momento de la impugnación sucesiva del acto. También, la interpretación de la audiencia como derecho a la prueba y derecho a un contradictorio paritario parece más sustantiva que la interpretación, a veces formal, de la jurisprudencia europea.

2. Tutela cautelar

Un segundo tema de análisis es la posibilidad que las reglas procesales ofrecen de garantizar también una tutela cautelar.

La tutela cautelar, como instrumento para garantizar la tutela de los derechos durante el proceso, no está normalmente prevista en los instrumentos convencionales internacionales, que se limitan a declarar principios sobre el debido proceso, aunque, desde algunos de estos principios, se puede también deducir que la tutela cautelar pueda ser necesaria para garantizar el debido proceso. En particular, sea el CEDH, sea la CADH, tratan de un proceso que se debe cumplir en tiempos “razonables”. Y la presencia o la no presencia de instrumentos cautelares en las reglas del proceso puede constituir medidas de evaluación de los tiempos razonables. Sin embargo, aunque la tutela cautelar no esté expresamente prevista en los instrumentos convencionales internacionales, es una regla presente en muchísimos ordenamientos jurídicos, en particular cuando se trate de la tutela de los derechos fundamentales.

Normalmente, los requisitos para la concesión de una medida cautelar son los mismos en los diferentes ordenamientos, porque la posibilidad de anticipar la decisión final de mérito siempre se basa en la existencia del conocido *fumus boni iuris*, es decir, un juicio pronóstico

sobre la validez de la pregunta. El *fumus boni iuris* se sustancia en un juicio *prima facie*; es decir, si *se observa*, sin profundizar demasiado en el juicio, que en la circunstancia haya una violación del derecho. La diferencia entre un juicio cautelar y un juicio sustancial está exactamente en la expresión *prima facie* y, en consecuencia, en el poder de investigación del juez en el juicio cautelar, que está limitado a un análisis sumario de los hechos. El segundo requisito que debe tener en cuenta la concesión de una medida cautelar es el llamado *periculum in mora*, es decir la necesidad de garantizar el derecho con antelación respecto a la conclusión del proceso por el riesgo que la pronuncia final pueda ser tardía.

Es cierto que la determinación de los poderes del juez en la evaluación del *fumus boni iuris* y del *periculum* siempre ha sido una cuestión problemática. Por un lado, si el juez profundiza demasiado en la evaluación del *fumus*, asume el riesgo de anticipar en el procedimiento cautelar la decisión final. Por otro lado, si el juez evalúa solo el peligro, puede conceder una tutela que no tiene que ser concedida. La cuestión vuelve a proponer un tema clásico del derecho procesal: las diferencias entre la valoración del juez en el juicio cautelar y la valoración del juez en el juicio sustancial. Sin embargo, lo difícil es analizar el grado de profundidad de este examen del *fumus boni iuris*. La evaluación del juez en el juicio cautelar no tiene que perjudicar ni sustituir a la valoración del juez en el juicio de fondo, porque son dos diferentes tipos de juicios.

Estos problemas, que son problemas históricos de cada procedimiento cautelar, son amplificadas en el juicio electoral. La medida cautelar en el juicio electoral puede ser muy peligrosa, porque contribuye a formar una voluntad política —*medio tempore*, entre la decisión cautelar y la decisión final de mérito— que después, en caso de decisión final contraria, no se puede modificar. Por el contrario, la no concesión de la medida cautelar puede contribuir a formar una voluntad electoral violatoria de las reglas del ordenamiento. Por estas razones, se puede decir que la concesión de la medida cautelar en el juicio electoral presenta varias dificultades y no puede ser concedida si no es en presencia de un *fumus boni iuris* que sea más evidente que en las medidas cautelares de otros procedimientos jurisdiccionales.

El problema es particularmente evidente en lo que respecta al caso de los *spots* televisivos y, en general, de la propaganda. En estos ca-

sos, las medidas cautelares son necesarias, porque los tiempos de los juicios ordinarios, en cierto modo, son muy cortos, pero insuficientes para garantizar la tutela en pocas horas, como en el caso de los cautelares.

Estos problemas están claramente definidos en la jurisprudencia del TEPJF. En un caso, el TEPJF resolvió una cuestión sobre el uso de los medios de comunicación social en el periodo electoral, definiendo también las medidas cautelares en el proceso electoral y las relaciones entre el juicio cautelar y el juicio sustancial.⁷ Este caso es emblemático, por un lado, de la necesidad de un juicio cautelar, también, en un proceso muy rápido, como el juicio electoral, y, por otro lado, de las particularidades de este tipo de juicio desde el tema de la evaluación del llamado *fumus boni iuris*.

El caso concernía al candidato de MORENA (Movimiento Regeneración Nacional) a la presidencia de la república, Andrés Manuel López Obrador, por la difusión de un promocional pautado a nivel local en donde, a juicio de los partidos quejosos, se sobreexponía la imagen del referido candidato. El INE, competente para adoptar medidas cautelares, ordenó a MORENA sustituir el promocional en un plazo no mayor a seis horas a partir de la notificación del propio acuerdo. MORENA interpuso un recurso de revisión del procedimiento especial sancionador en contra del acuerdo. El TEPJF rechazó el recurso porque, en esencia, el promocional violaba las pautas en materia de comunicación social. De hecho, este promocional, en el cual se observa la imagen de Andrés Manuel López Obrador (por tres segundos, junto a una candidata local), candidato a la presidencia de la república, fue transmitido en una pauta correspondiente al proceso electoral local de Ciudad de México. De acuerdo con la legislación de México, el TEPJF ha considerado que, cuando las elecciones de las entidades federativas sean concurrentes con la federal, los partidos políticos deben usar los tiempos asignados para cada elección. En las pautas locales no se pueden transmitir promocionales relacionados con el proceso electoral federal, pues de lo contrario existiría un mayor posicionamiento de candidatos a cargos de elección popular del ámbito federal, en detrimento de quienes participan en comicios estatales.

⁷ SUP-REP-144/2018.

En este contexto, el Tribunal ha considerado que, para el otorgamiento o no de una medida cautelar, se debe:

- Analizar la apariencia del buen derecho; es decir, examinar la existencia del derecho cuya tutela se pretende y su posible afectación (*fumus boni iuris*).
- Analizar el peligro en la demora; es decir, la existencia de causas que justifiquen de manera fundada que la espera de la resolución definitiva genere la desaparición de la materia de la controversia (*periculum in mora*).
- Fundar y motivar si la conducta denunciada, atendiendo el contexto en que se produce, trasciende o no a los límites del derecho o libertad que se considera afectado, y si, presumiblemente, se ubica en el ámbito de lo ilícito.

En este marco, el análisis de ponderación para determinar la adopción o no de una medida cautelar debe considerar de manera preliminar el grado de afectación que dicha medida puede generar en el derecho a la información del electorado y en la libertad de expresión del denunciado, como una limitación del debate público, considerando también la brevedad de los plazos en los procedimientos especiales sancionadores.

Ahora bien, el punto principal de la cuestión era que el candidato a las elecciones presidenciales apareció en la comunicación solo por tres segundos y junto a la candidata a las elecciones locales. Así que el partido quejoso sostenía que, en una interpretación del contexto, la comunicación estaba claramente dirigida al electorado local. En contra, según el TEPJF, desde la apariencia del buen derecho, la sola presencia de la imagen de un candidato en una elección federal, quien compite por el cargo de presidente de la república, constituye una promoción de su persona, en tiempos que deben destinarse para difundir propaganda relacionada con las elecciones locales.

Este, de verdad, es el punto relevante en el juicio cautelar. La cuestión aducida por el recurrente, que no existía una promoción personalizada del candidato a la presidencia de la república, que este no era el sujeto central del *spot*, que el discurso del material se dirigía a la candidatura local, es algo que tiene que ser analizado por la autoridad competente al momento de resolver sobre el fondo de la litis.

En otras palabras, lo que importa en el juicio cautelar es que aparezca una violación de la norma: la presencia en un *spot* local de un candidato federal. Por esto, y solo por esto, se presenta el *fumus boni iuris*. La valoración del contexto tiene que ser llevada a cabo en el juicio de fondo. En el cautelar es bastante analizar que —*prima facie*— no haya razones por las cuales un candidato federal aparezca en un *spot* local.

Por lo tanto, se puede decir que en el juicio electoral la evaluación del *fumus* no comprende la evaluación del contexto y de los diferentes balances entre los derechos, porque esta fase pertenece al juicio de fondo. De esta manera, resulta bastante clara la diferencia entre el juicio cautelar y el juicio de fondo. El primero se basa en una apariencia de buen derecho que impide la posibilidad de efectuar balances complejos entre diferentes derechos. El juicio de fondo, en contra, se basa normalmente en balances de derechos que son mucho más complejos.

3. El *amicus curiae* en el proceso electoral

3.1. Intervenciones de terceros interesados y del *amicus curiae* en México

Las decisiones del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018 dedican una significativa atención al tema de la admisibilidad de la intervención de los *amici curiae* en el proceso frente a la jurisdicción electoral, alcanzando una importante etapa en la evolución jurisprudencial.

Mientras las intervenciones de terceros interesados están previstas y regladas en las normas procesales, ninguna previsión normativa existe sobre el *amicus curiae*, una figura que, hasta una época reciente, era ajena al contexto procesal mexicano y, consecuentemente, al proceso ante la jurisdicción electoral.⁸

⁸ J. MENA VÁZQUEZ, *El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa*, en *Justicia Electoral*, 2010, pp. 173-ss. Véase también V. BAZAN, *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*, en *Revista Derecho del Estado*, 2014, pp. 3-ss., especialmente pp. 21-ss. Hay que destacar que la figura del *amicus curiae* fue incorporada en 2011 al Código Federal de Procedimientos Civiles, concretamente en el artículo 598.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación dedica su “Título XI” al TEPJF. Trata el tema de los terceros interesados en el artículo 199, incluyendo dentro de las atribuciones de los magistrados electorales la de “VII Admitir los medios de impugnación y los escritos de terceros interesados o coadyuvantes, en los términos que señale la ley de la materia”.

La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en su artículo 12.1, inciso c, define al tercero interesado, que es parte en el procedimiento de los medios de impugnación, como “el ciudadano, el partido político, la coalición, el candidato, la organización o la agrupación política o de ciudadanos, según corresponda, con un interés legítimo en la causa derivado de un derecho incompatible con el que pretende el actor”.

El escrito del tercero interesado, que se define “compareciente”, puede tenerse por no presentado si no corresponde a los requisitos establecidos por la ley, entre ellos “cuando se presente en forma extemporánea” (así, el artículo 19.1, d-).⁹

Acerca de los *amici curiae*, una primera evolución se da en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que, después de admitir algunas intervenciones, en el año 2007 emitió un acuerdo general, el Acuerdo número 10/2007, por medio del cual estableció los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el pleno del tribunal.¹⁰ En el año 2008, la Suprema Corte emitió otro acuerdo general, el Acuerdo número 2/2008, que establece los lineamientos para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional. Estas audiencias deben

⁹ Véase también el Reglamento Interno del TEPJF, artículo 44, X.

¹⁰ Cfr. Acuerdo número 10/2007, del 3 de mayo de 2007, del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se establecen los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el pleno del tribunal. El acuerdo establece que los lineamientos para la comparecencia de especialistas cuando, a criterio de los magistrados de la Corte, sea necesaria la aclaración de un concepto técnico, la comparecencia de dichos especialistas será tomada únicamente como una diligencia probatoria ordenada por el pleno de la Corte; además, establece que dicha comparecencia está fundamentada legalmente en la facultad que tienen los tribunales, de acuerdo con el artículo 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de decretar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, además de que limita la comparecencia a los especialistas que hayan sido previamente convocados y designados por el pleno durante una audiencia privada.

practicarse de manera programada y pública para que los interesados puedan exponer sus puntos de vista sobre los temas a los que se refieren dichos asuntos, que se consideran de gran entidad y trascendencia para la sociedad mexicana. Entre estos lineamientos están que dichas audiencias serán celebradas cuando las asociaciones, agrupaciones o particulares soliciten participar, con previo acuerdo del pleno del tribunal, y serán realizadas en una audiencia pública los días viernes, en el salón del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el entonces Distrito Federal, de las 10:30 a las 13:30 horas, a las que deberá asistir el ministro presidente y podrán asistir, a su entera discreción, los ministros interesados y el público en general.¹¹

Se ha puesto de manifiesto que la figura del *amicus curiae*, consagrada en el desarrollo de este acuerdo, presenta varias deficiencias si se relaciona con lo que pasa en el derecho internacional y comparado.¹² En primer lugar, la figura del *amicus curiae* aparece únicamente en acuerdos generales de la Suprema Corte; no así en ningún instrumento emanado de algún órgano legislativo. Además, la intervención está construida como una facultad de los tribunales de ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer, no como un derecho de la sociedad de intervenir en los procesos judiciales que estime de interés. En tercer lugar, solamente se establece el deber de asistir a la audiencia en la que los interesados presentarán sus opiniones al ministro presidente, dejando al arbitrio personal la asistencia de los demás ministros, lo que podría limitar los criterios que hagan recepción de las opiniones que se expongan en dichas audiencias.

En la práctica, se ha desarrollado también la tendencia de presentar informes escritos por terceros ajenos al litigio; empero, por lo general se quedan en un nivel informal, en el sentido de que no se mencionan en las sentencias, con muy pocas excepciones.¹³

¹¹ Cfr. Acuerdo número 2/2008, del 10 de marzo de 2008, del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se establecen los lineamientos para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional.

¹² G. LINDEN TORRES, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación no tiene buenos amigos*, en www.academia.edu/8585588/Amicus_Curiae_En_Mexico (último acceso, el 28 diciembre de 2018).

¹³ G. GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Amicus curiae. Reflexiones sobre la participación de la sociedad civil en la definición de los derechos*, en A. SOTELO GUTIÉRREZ (ed.), *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, Ciudad de México, 2017, pp. 43-ss.

La Sala Superior del TEPJF abrió la puerta a este instrumento al aprobar la jurisprudencia 17/2014,¹⁴ en lo concerniente solo a los medios de impugnación relacionados con elecciones por sistemas normativos indígenas:

al fin de contar con mayores elementos para el análisis integral del contexto de la controversia desde una perspectiva intercultural, es procedente la intervención de terceros ajenos a juicio a través de la presentación de escritos con el carácter de *amicus curiae* o “amigos de la corte”, siempre que sean pertinentes y se presenten antes de que se emita la resolución respectiva; los cuales, carecen de efectos vinculantes.

3.2. El *amicus curiae* en las decisiones del proceso electoral 2017-2018

Una importante novedad en las decisiones que se analizan es la evolución de la posición del TEPJF acerca del *amicus curiae*.¹⁵

En varias decisiones,¹⁶ el TEPJF hace referencia a la figura del *amicus curiae* prevista en las normas del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en el Reglamento Interno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁷ En el asunto SUP-REC-61/2018, se hace referencia a la decisión *Kimén vs. Argentina*, en la que la Corte

¹⁴ J. L. VARGAS VALDEZ, *El amicus curiae en los medios de impugnación relacionados con elecciones por sistemas normativos indígenas*, en *Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal*, 2017, pp. 543-ss.

¹⁵ Se encuentran referencias a la figura del *amicus curiae* en las decisiones SUP-RAP-26/2018, SUP-REP-32/2018, SUP-JDC-208/2018, SUP-JDC-296/2018, SUP-REC-61/2018, SUP-RAP-87/2018, SUP-JDC-304/2018, SUP-JDC-230/2018, SUP-RAP-209/2018, SUP-REC-254/2018, SUP-REC-378/2018, SUP-REC-878/2018, SUP-REC-1043/2018, SUP-REC-1045/2018, SUP-REC-1061/2018.

¹⁶ Se pueden mencionar SUP-RAP-26/2018, SUP-REP-32/2018, SUP-JDC-208/2018, SUP-JDC-296/2018, SUP-REC-61/2018, SUP-RAP-87/2018, SUP-JDC-304/2018, SUP-JDC-230/2018.

¹⁷ Véase SUP-JDC-208/2018: “En el art. 2, párrafo 3, del Reglamento interno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 36, párrafo 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, se define al *amicus curiae* como la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o que formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia a favor de una mejor administración de justicia”.

IDH sostuvo que “[l]os *amici curiae* son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma”.

Según el TEPJF,

en esa medida, estos escritos están vinculados a que los asuntos de Tribunal cúspide poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los *amici curiae* tienen un importante valor para el fortalecimiento de las decisiones judiciales, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta el órgano jurisdiccional.

En estas decisiones, el TEPJF considera que,

tratándose de la sustanciación de los medios de impugnación en materia electoral en que la *litis* es relativa al resguardo de principios constitucionales o convencionales, es factible la intervención de terceros ajenos al juicio, a través de la presentación de escritos con el carácter de *amicus curiae*, a fin de contar con mayores elementos para un análisis integral del contexto de la controversia. (SUP-JDC-208/2018)

Hay que destacar que en estas decisiones se establecen algunos criterios para que dichos escritos se estimen procedentes.

Los escritos tienen que ser presentados:

- 1) Por una persona física o jurídica ajena a los intereses de las partes de la controversia.
- 2) Antes de que se emita la sentencia respectiva.
- 3) Con la finalidad o intención de aportar elementos fácticos o conocimientos especializados, ya sean sobre una ciencia o una técnica, que sean ajenos a este órgano jurisdiccional, pero pertinentes para una mejor toma de decisión judicial.
- 4) Con la documentación o manifestaciones idóneas, de las que se adviertan que cuentan con la experiencia o pericia para aportar dichos elementos o conocimientos a este órgano jurisdiccional.

Como consecuencia de la aplicación de estos criterios, el TEPJF decide, en cada caso, si declarar procedente o improcedente la admisión y el análisis del escrito presentado.

Esta postura acerca de los escritos recibidos se ha consagrado en la jurisprudencia 8/2018, que considera, en línea general, admisible el *amicus curiae* en materia electoral. Según el TEPJF,

de la interpretación de los arts. 1, párrafos primero y quinto; 41, párrafo segundo, base VI, y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la jurisprudencia 17/2014 de rubro: “*Amicus curiae*. Su intervención es procedente durante la sustanciación de medios de impugnación relacionados con elecciones por sistemas normativos indígenas”, se desprende que el *amicus curiae* es un instrumento que se puede presentar dentro de la tramitación de los medios de impugnación en materia electoral para allegar legislación o jurisprudencia foránea o nacional, doctrina jurídica o del contexto, y coadyuva a generar argumentos en sentencias relacionadas con el respeto, protección y garantía de derechos fundamentales o temas jurídicamente relevantes. Lo anterior siempre que el escrito: a) sea presentado antes de la resolución del asunto, b) por una persona ajena al proceso, que no tenga el carácter de parte en el litigio, y que c) tenga únicamente la finalidad o intención de aumentar el conocimiento del juzgador mediante razonamientos o información científica y jurídica (nacional e internacional) pertinente para resolver la cuestión planteada. Finalmente, aunque su contenido no es vinculante para la autoridad jurisdiccional, lo relevante es escuchar una opinión sobre aspectos de interés dentro del procedimiento y de trascendencia en la vida política y jurídica del país; por tanto, se torna una herramienta de participación ciudadana en el marco de un Estado democrático de derecho.

3.3. Una evaluación desde la perspectiva del derecho comparado

La evolución del proceso frente al TEPJF hacia un proceso cada vez más “abierto” a la sociedad parece estar en línea con las tendencias que se están desarrollando, tanto a nivel de tribunales internacionales como de jurisdicciones constitucionales.

Al observar el derecho comparado, sobresale una creciente tendencia de abrir el proceso constitucional a “otras partes”. Esta tendencia a menudo comienza como una cuestión práctica, ante el silencio de la legislación, para ser posteriormente codificada en reglas de procedi-

miento internas o, menos frecuentemente, en la ley. Como muestra de lo anterior, solo para mencionar algunos ejemplos, se puede referenciar lo acontecido en Estados Unidos de América, Sudáfrica, Israel, Brasil, Argentina, Alemania y Francia, así como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es preciso resaltar que existe una aproximación diferente a los ordenamientos del *common law* respecto de los del *civil law*, y está vinculada a la distancia que, no obstante los diversos puntos de acercamientos entre las dos tradiciones, continúa existiendo entre ellos cuando se adentra en las motivaciones de las decisiones judiciales.

Casi en todas las jurisdicciones del *common law* del mundo, donde usualmente el control de constitucionalidad adoptado es el modelo difuso, se reconoce la figura del *amicus curiae*. Diferente es la situación de los ordenamientos del *civil law*, en los cuales generalmente opera una corte constitucional especializada. En el ámbito europeo, se pueden encontrar experiencias contrastantes, por lo menos en relación con las cortes constitucionales más antiguas y estables.

Así, mientras el Tribunal Constitucional austriaco, el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional portugués parecen permanecer casi impermeables ante cualquier intervención de sujetos externos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán se vale, por su iniciativa (de oficio), de la opinión de terceros “en cuanto que expertos”, permitiendo por esta vía la participación de personas físicas y jurídicas que puedan ser útiles al juicio, según una interpretación de la noción de “experiencia” que obedece plenamente a la discrecionalidad del Tribunal mismo. La Corte Constitucional italiana excluye intervenciones de *amici curiae*, pero admite las de los terceros interesados, siempre y cuando sean “titulares de un interés calificado, inherente de manera directa e inmediata a la relación sustancial deducida en el juicio”.

La ley sobre la Corte Constitucional belga reconoce la posibilidad de intervenir, en forma escrita, en las cuestiones prejudiciales a aquellos terceros que “demuestren tener un interés en la causa pendiente frente al juez *a quo*”. En los recursos de nulidad, la referencia es, en cambio, a aquellos que “justifican un interés”, lo que ha permitido una práctica muy abierta, especialmente en lo concerniente a las asociaciones. Una vez que se admite la intervención, dichos sujetos adquieren la naturaleza de partes en ambos tipos de juicio.

El Conseil Constitutionnel, tradicionalmente considerado como la “Cenicienta” de la justicia constitucional en temas de los derechos, a partir de la introducción de la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) ha desarrollado una extraordinaria apertura a los sujetos intervinientes, por lo que hoy es la experiencia francesa una de las más interesantes, especialmente en lo referente a la participación en el proceso constitucional de quienes tienen intereses difusos.

En cuanto a los tribunales supranacionales, su actitud reviste especial importancia, porque su ejemplo es susceptible de influir en las jurisdicciones de los estados miembros, que pueden encontrar problemático ser superados, a través de la participación en el juicio supranacional de los sujetos que fueron excluidos en el juicio constitucional doméstico.

Lo anterior no se aplica en lo referente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que en el momento de la remisión para resoluciones preliminares solo las partes en el procedimiento principal pueden intervenir ante el Tribunal, con la consecuencia de un trato bastante diferente para los terceros con respecto a aquel que se les da en los sistemas nacionales: la restricción de las intervenciones ante el Tribunal de Luxemburgo ha sido criticada por muchas ONG, especialmente después de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; no obstante, tal posición no parece estar evolucionando.¹⁸ La situación es diferente en acciones directas, donde los terceros pueden intervenir, aunque solo sea para apoyar las conclusiones de una de las partes, y donde se ha desarrollado una práctica significativa.¹⁹

Respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después de haber admitido una primera intervención en 1981,²⁰ modificó las re-

¹⁸ Así, los artículos 23 y 23 bis del Estatuto de la Corte. Véase S. CARRERA, B. PETKOVA, *The potential of civil society and human rights organizations through third-party interventions before the European courts: the eu's area of freedom, security and justice*, en M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (eds.), *Judicial activism and the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, pp. 233-ss.

¹⁹ Al respecto, el artículo 40 del Estatuto de la Corte. O. De SCHUTTER, *Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union Européenne*, en H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (eds.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, París, 2005, pp. 97-ss.

²⁰ *Young, James and Webster vs. United Kingdom* (1981), sobre un caso de despido de empleados de la ferrocarril inglesa en razón de su negativa a afiliarse a uno de los tres sindicatos autorizados, la Corte aceptó por primera vez la memoria presentada por una ONG, la Trade Union Congress (TUC).

glas de procedimiento en 1982 y, a partir de ese momento, admitió con frecuencia a los *amici curiae*. Actualmente, el artículo 36.2 del CEDH y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal²¹ se refieren a la posibilidad de intervención (además de la de cualquier Estado que no sea parte interesada) de “cualquier otra persona interesada”, una expresión que el Tribunal ha interpretado ampliamente, incluyendo las ONG y las organizaciones intergubernamentales, que ahora participan con frecuencia en los juicios de Estrasburgo.

Aún más “abierta” es la Corte Interamericana, que admitió la participación de *amici curiae* desde su primera opinión consultiva, en 1982.²² Lo mismo sucedió en su competencia contenciosa, donde admitió dicha figura a partir de uno de sus primeros casos, Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Esta práctica está ahora codificada en el reglamento (artículo 2.3), según el cual el *amicus curiae* es:

la persona o la institución no relacionada con el caso ni el juicio que presenta a la Corte “razonamientos” sobre los hechos del caso o fórmula “consideraciones jurídicas” sobre la materia del juicio, mediante el depósito de una memoria o directamente en audiencia.

La práctica demuestra que la Corte ha adoptado una actitud muy abierta con respecto a los *amici*, ya que ha aceptado memorias de los más variados temas y, también, de entidades que tienen su domicilio legal fuera de los estados miembros de la CADH, produciendo una “sobreparticipación” de sujetos y una considerable carga de trabajo, incluso al tener en cuenta la longitud de muchos *briefs*.

En lo referente a la real contribución de estos sujetos externos, el asunto parece bastante más arduo de determinar en todos los ordenamientos.

Dado que es una práctica común, como sucede en muchas jurisdicciones del *civil law*, especialmente en lo relativo a las ONG, que, dada la escasez de posibilidades de hacer intervenciones formales, someten

²¹ Véanse, los artículos 43 y 44 del Reglamento de Procedimiento, cuya última reforma es del 19 de septiembre de 2016.

²² Hoy, en virtud del artículo 73, párrafo 3, del Reglamento, el presidente de la Corte puede invitar o autorizar a cualquier parte interesada a presentar informes escritos sobre los asuntos que se le remitan en sede consultiva.

memorias a los tribunales, aun sabiendo que su intervención no será admitida, para poder influir de todos los modos de una forma implícita en el juez, motivo por el cual es casi imposible explorar el alcance de esta actividad y su influencia en las decisiones.

Esta dificultad de medir de alguna manera la contribución de terceros también fue resaltada por académicos que se aventuraron a hacer este análisis en los sistemas del *common law*, en los que el carácter discursivo y dialógico de la motivación favorece las referencias explícitas a materiales externos y, más en general, a la *disclosure* de los argumentos.

En síntesis, lo que emerge es la contribución significativa que hacen los *amici* a la evolución de la jurisprudencia, especialmente a través del aporte de materiales externos, en términos de conocimientos extrajurídicos (al respecto, los “*legislative facts*”) y elementos del derecho internacional y comparado.²³ En particular, es en torno a los “*legislative facts*” como se desarrolla la experiencia estadounidense, a partir de la conocida intervención Brandeis Brief en el caso de Muller vs. Oregon (1908).

El riesgo, evidenciado sobre todo en el ámbito estadounidense, es el de una “captura” de la Corte por los *lobbies*, mientras que aquellos que emergen en el contexto del TEDH y de la Corte IDH son los de una sobrecarga de trabajo; ambos parecen mitigados (y mitigables) a través de la gran discrecionalidad (*flexibility*) dejada a los jueces en todos los aspectos relacionados con la participación de sujetos externos.²⁴

²³ E. MAK, *Judicial decision making in a globalised world*, Oxford, 2013, pp. 120-ss., con base en las entrevistas a los jueces de las cortes supremas del Reino Unido, Canadá y Estados Unidos de América, así como de las más altas cortes de Francia y Holanda.

²⁴ L. VAN DEN EYNDE, *Interpreting rights collectively. Comparative arguments in public interest litigants' briefs on fundamental rights issues*, Bruxelles, 2015, p. 72.

4. El test de proporcionalidad en el proceso electoral

4.1. ¿Por qué se utiliza el principio de proporcionalidad?

Los derechos fundamentales y, por lo tanto, los derechos políticos se formulan como principios, caracterizados por circunstancias abiertas y heterogéneas, y son principios que no están en permanente conflicto entre ellos, pero sí necesitan ser armonizados, lo que hace que sea ineludible recurrir a las técnicas de equilibrio mediante límites recíprocos.

Equilibrar los derechos significa comparar normas que contemplan derechos en conflicto, para definir, dentro de un sistema normativo, qué derechos deben prevalecer —y en qué medida— sobre otros. Esta operación se desprende como una lógica consecuencia de la cuestión de que ningún derecho es ilimitado, ni siquiera los derechos político-electorales.

En consecuencia, los derechos deben ajustarse recíprocamente, y pueden ser diferentes los niveles de equilibrio, en particular los que derivan de las actividades desarrolladas por el legislador o por los jueces.

Los órganos del circuito representativo, persiguiendo las finalidades de la propia orientación política, preceden a la composición y armonización de los derechos político-electorales, realizando un primer ajuste, pero un derecho puede sucumbir en la operación de equilibrio solo de forma razonable y proporcionada.

Por último, el sacrificio de un derecho no puede comprimir lo que se denomina el “contenido mínimo” del derecho, porque se pondría en contraste con la previsión constitucional del derecho sacrificado, que no puede menoscabar su núcleo intangible. Es en ese momento cuando se llama a los tribunales a “evaluar” el equilibrio entre principios, llevado a cabo por el legislador a través de una norma legislativa, y es esta la sede de elaboración del test de proporcionalidad. Si la operación de equilibrio no ha sido cumplida correctamente por este último, el tribunal constitucional deberá proceder a equilibrar, nueva y correctamente, los derechos constitucionalmente tutelados.

La técnica de equilibrio de los derechos utiliza categorías generales que otorgan a los jueces constitucionales una amplia discrecionalidad. Racionalidad y proporcionalidad, contenido mínimo del derecho, cons-

tituyen conceptos ampliamente flexibles que permiten a los tribunales “mediar” entre normas constitucionales que tienen estructuras y finalidades diferentes.

En particular, el principio de proporcionalidad se considera un sub-principio del principio de razonabilidad, es decir, una especificación de un principio más amplio, como el de razonabilidad.²⁵ Su contenido puede identificarse con la exigencia de que cualquier límite al ejercicio de un derecho fundamental se justifique gracias a la exigencia de tutelar un interés u otro derecho, y se produzca de la manera menos invasiva posible.

4.2. El test de proporcionalidad en perspectiva comparada: el marco europeo

Justamente, para evitar que los derechos se compriman infinitamente, los tribunales —por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal Constitucional español, la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea— han elaborado técnicas para controlar que haya una zona de intangibilidad interna en el mismo derecho, salvaguardada de otros ajustes: la zona del núcleo esencial, cuyo derecho se sacrificaría irremediablemente en el caso en que fuera afectada.²⁶

Al poner en práctica el principio de proporcionalidad, así como el más amplio principio de razonabilidad, los tribunales pueden recurrir a la técnica argumentativa del juicio de *proporcionalidad*, como se ha hecho en el ordenamiento alemán.²⁷ La argumentación, a través del

²⁵ Cfr. P. J. G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introductions to the law of the European communities after the coming into force of the single European act*, Deventer, 1989, p. 144.

²⁶ También, debido a que puede experimentar la hipótesis extrema de conflicto entre dos núcleos esenciales; en este caso, la función del tribunal constitucional es intentar, en la obra de ajuste, el mejor equilibrio a fin de no sacrificar a uno sin posibilidad de reparación. Cuando uno de ellos permanece irremediablemente sacrificado, la doctrina habla de “caso trágico”. Cfr. M. ATIENZA, *On the reasonable in law*, en *Ratio Juris*, 1990, pp. 154-155; id., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991, pp. 251-252; id., *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en *Isonomía*, 1997, pp. 7-30.

²⁷ D.P. KOMMERS, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, 1997, p. 46; A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge, 2012, pp. 175-ss. Sobre el pensamiento de Barak, cfr. D. RÉAUME, *Limitations on constitutional rights: the logic of proportionality*, en *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2009.

test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, ya consolidada respecto a este punto, se articula en cuatro momentos: a) el propósito de la intervención debe ser legítimo constitucionalmente y, sobre todo, no arbitrario; b) la intervención legislativa debe ser idónea, apropiada para perseguir el propósito predefinido; c) tal intervención debe ser necesaria; d) finalmente, la mencionada intervención debe ser proporcional, en sentido propio, o bien tolerable (proporcionalidad en sentido estricto).²⁸

En la doctrina, otros distinguen tres momentos, porque algunos autores no incluyen el momento relativo a la legitimidad de la finalidad perseguida por el legislador: a) la idoneidad de los medios elegidos con relación al fin perseguido por el legislador; b) la necesidad de que el medio elegido sea lo más contenido posible; c) la proporcionalidad entre sacrificio impuesto y ventaja conseguida (proporcionalidad en sentido estricto).²⁹

El modelo alemán de juicio de proporcionalidad, por otro lado, ha tenido amplia difusión incluso en muchos estados de Europa occidental gracias a la obra realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el marco europeo, el nivel de convergencia de los ordenamientos es fruto de la circularidad de los modelos, que desde el derecho interno de los estados miembros contribuyen a la elaboración de las tradiciones constitucionales comunes, que después recaen desde el nivel comunitario al interno. El ordenamiento alemán ha desempeñado, sin dudas, un rol determinante en el desarrollo del principio de proporcionalidad,³⁰ elevándolo al nivel del derecho de la Unión Europea, para después introducirse como una cascada en el derecho de diferentes estados miembros. El principio de proporcionalidad se

²⁸ Cfr. D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, en AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, p. 128.

²⁹ Cfr. R. ALEXI, *The construction of constitutional rights*, en *Law & ethics of human rights*, 2010, p. 24; J. RIVERS, *A theory of constitutional rights and the British Constitution*, en R. ALEXI (ed.), *A theory of constitutional rights*, Oxford, 2002, pp. XXXI-XXXII; J. J. MORESO, *Ways of solving conflicts of constitutional rights: proportionalism and specificationism*, en *Ratio Juris*, 2012, p. 36; C. STARCK, *I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica federale tedesca*, en *Giur. Cost.*, 1992, p. 2529.

³⁰ Sobre el juicio de proporcionalidad, que salió a la luz inicialmente en el campo del derecho administrativo prusiano, cfr. A. BARAK, *Proportionality*, cit., pp. 175-ss.

ha transmitido, por lo tanto, desde el ordenamiento nacional alemán (gracias al instrumento de la cuestión prejudicial) hacia el derecho comunitario, para después recaer en un número creciente de ordenamientos nacionales, según un fenómeno llamado de “*spill over*”³¹ o de fecundación recíproca y de “radiación” (*rayonnement*), como otros lo prefieren llamar.³²

El principio de proporcionalidad, presente en el derecho comunitario a través del derecho alemán, ha asumido un rol limitante en el ejercicio del poder normativo de las instituciones europeas y de los estados miembros, volviéndose un parámetro de legitimidad de los actos comunitarios y de las leyes y los actos nacionales.³³ El juicio de proporcionalidad en el ordenamiento de la Unión Europea ha sido, por lo tanto, utilizado tanto para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por los estados miembros que son limitativas de las libertades fundamentales, como un parámetro de validez de los actos de la Unión. En estos casos, sobre el modelo alemán, la legitimidad tanto de las leyes nacionales como de los actos de la Unión está subordinada a la condición de que el acto sea idóneo y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos, y a que, entre varias opciones posibles, haya sido preferida aquella menos limitativa y que no constituya, respecto al propósito buscado, una intervención tan desproporcionada e inaceptable que dañe la sustancia misma de los derechos tutelados.

Al igual que el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza con frecuencia el control de proporcionalidad entre las propias técnicas de

³¹ Cfr., por ejemplo, D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, en *Nuove Autonomie*, 2005, pp. 541-ss. Por lo que se refiere a la noción de *spill over*, véase la noción de efecto “*fontana di bucket*” elaborada por M. PATRONO (ed.), *Studiando i diritti. Il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confini del (nostro) tempo. Lezioni*, Torino, 2009, pp. 177-ss.

³² Cfr. J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico e Comunitario*, 2006, p. 294, nt. 12.

³³ Cfr. G. TESAURO, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Ponencia en la reunión de los tribunales constitucionales de Portugal, España e Italia, Roma, 24 de octubre de 2013, en www.cortecostituzionale.it (último acceso el 28 diciembre de 2018); sobre este punto, véase K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *To say what the law of the eu is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, en *Columbia J. Eur. L.*, 2014.

argumentación, si bien todavía no de modo tan refinado como en las elaboraciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal de Justicia (que al ordenamiento alemán debe tanto, con referencia al control de “proporcionalidad en sentido estricto”). Las diferencias de origen entre los tribunales y, por lo tanto, su diversificación estructural y funcional crean, innegablemente, divergencias en los modos de aplicación de las técnicas de argumentación y, en particular, en el recurso del escrutinio de proporcionalidad. Esto no excluye que haya analogías en la búsqueda común de instrumentos para evaluar los equilibrios operados por el legislador entre derechos fundamentales, o bien para medir las interferencias en un derecho fundamental por parte de un acto normativo destinado a perseguir un interés público.

Además, hay una indudable similitud en la línea de argumentación tanto del TEDH como del Tribunal de Justicia, dirigida a reconocer a los estados un cierto margen de apreciación en relación con las medidas generales con naturaleza legislativa restrictiva de los derechos fundamentales.³⁴

El margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH determina, de hecho, el espacio asignado a cada Estado en sede de aplicación del CEDH para operar el equilibrio entre las obligaciones de los tratados y la búsqueda de los propios intereses estatales. En el espacio de elección dejado a los estados, funciona como contrapunto el control del TEDH sobre la legitimidad y, especialmente, la proporcionalidad de las medidas derogatorias de las disposiciones del CEDH.³⁵

³⁴ Sobre la doctrina del margen de apreciación, cfr. *ex multis*, M. J. GANSHOFF VAN DER MEERSCH, *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en AA. VV., *Mélanges Wiarda*, Köln, 1988, pp. 201-ss.; A. D. OLINGA, C. PICAL, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne de Droits de l'Homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1995, pp. 567-ss.; M. DELMAS MARTY, M. L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, pp. 753-ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the echr*, Cambridge, 2002; J. GARCIA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010.

³⁵ Como es sabido, las condiciones de legitimidad han sido deducidas de las normas del CEDH —en particular, de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de reunión y asociación)—, que prevén expresamente medidas limitantes de los derechos convencionales,

Es a través del juicio de proporcionalidad como el TEDH logra controlar el margen de apreciación y fijar los márgenes, incluso caso por caso. Y, justamente, con el fin de no aplicar de manera penetrante el control de proporcionalidad y mantenerse en una posición de *self-restraint*, el TEDH ha elaborado el criterio del *consensus standard*, con el objetivo de verificar la legitimidad de las medidas derogatorias o de las medidas que constituyen una interferencia respecto a las disposiciones del CEDH adoptadas por los estados.³⁶

En otras palabras, el TEDH comprueba la presencia de un consenso internacional en lo que respecta al nivel de tutela del derecho existente en los diferentes países y lo eleva a *estándar mínimo* de tutela.

Los límites del margen de apreciación tienden, por lo tanto, a ensancharse o a reducirse en relación con la falta o la existencia del *consensus standard*. Y esto se refleja, invariablemente, en el modo de uso del escrutinio de proporcionalidad: más riguroso si el margen de apreciación nacional es reducido; menos penetrante si el margen es más amplio.

En fin, el principio de proporcionalidad o, mejor dicho, el test de proporcionalidad, como técnica argumentativa, nacida en el ordenamiento alemán, ya se ha expandido, gracias al trabajo del Tribunal de Justicia y de muchos países de la Unión Europea. Hasta podría decirse que el principio de proporcionalidad se ha convertido en uno de los conceptos centrales del constitucionalismo global, en calidad de instrumento que favorece el diálogo entre los tribunales a través de la circulación de modelos jurídicos y estándares de argumentación.

Sin embargo, el modelo alemán no se ha difundido solamente en los países del espacio europeo y en los sistemas de la Unión Europea y del Consejo de Europa, sino que ha logrado penetrar también en los países del *common law*, particularmente en Canadá, para llegar luego

como a) la previsión legal de la medida limitante del derecho, b) el propósito legítimo de la limitación y c) la proporcionalidad de la medida respecto a su objetivo (“medida necesaria en una sociedad democrática”).

³⁶ K. DZEHTSIAROU, *European consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2015, p. 203; S. DOTHAN, *Why granting states a margin of appreciation supports the formation of a genuine European consensus*, en *iCourts Working Papers Series*, 2015, pp. 5-ss.

a Sudáfrica,³⁷ Israel y Nueva Zelanda, países que deben mucho al modelo alemán, filtrado gracias a la jurisprudencia canadiense.³⁸ De hecho, fue en el famoso caso Oakes en el que la Corte Suprema de Canadá elaboró un control de proporcionalidad, basado en el modelo alemán,³⁹ para verificar si los instrumentos utilizados para limitar un derecho o una libertad estaban *reasonable and demonstrably justified*, y el test de proporcionalidad servía justamente para medir la legitimidad de los objetivos y la proporcionalidad de los medios empleados.⁴⁰

4.3. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del año electoral 2018 sobre los derechos político-electorales

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado, además, en el marco mexicano de la impartición de justicia constitucional en materia electoral, para evaluar el equilibrio entre los derechos político-electorales y establecer cuándo existe una restricción no justificada por el legislador. Sin embargo, la aplicación del principio de proporcionalidad en la impartición de justicia constitucional en México es relativamente re-

³⁷ En particular, se debe enfatizar que el artículo 36 de la Constitución de Sudáfrica codifica un test de admisibilidad de las limitaciones de los derechos muy similar a la estructura del test de proporcionalidad, sin mencionar expresamente la palabra *proporcionalidad*.

³⁸ Cfr. T. GROPPi, *A user-friendly Court. The influence of Supreme Court of Canada decisions since 1982 on court decisions in other liberal democracies*, en *Supreme Court Law Review*, 2007, pp. 337-ss.

³⁹ Corte Suprema de Canadá, *Regina vs. Oakes* (1986). En el primer caso que formula el test, la Corte Suprema distingue la *idoneidad* (“la medida adoptada debe estar cuidadosamente diseñada para alcanzar el objetivo”, punto 139) de la *legitimidad del fin* (“de importancia suficiente como para justificar pasar por encima de un derecho constitucionalmente protegido”, punto 138). I. COVARRUBIAS CUEVAS, *La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2012, pp. 447-ss.; cfr. también D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence*, en *University of Toronto Law Journal*, 2007, pp. 383-ss.; D. SCHNEIDERMAN-K. SUTHERLAND, *Charting the consequences: the impact of charter rights on Canadian law and politics*, Toronto, 1997; F. ROSA, *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto*, en *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2002, pp. 633-ss.

⁴⁰ De manera más precisa, el *chief justice* Dickson, redactor de la decisión Oakes, subraya que para restringir legítimamente el derecho se deben cumplir dos “criterios básicos”: el primero requiere que “el objetivo perseguido debe ser suficientemente importante como para justificar anulando un derecho o libertad protegido por la Constitución”; el segundo establece que “la parte que invoca el art. 1 debe mostrar que las medidas elegidas sean razonables y claramente justificadas” (cfr. el punto 69).

ciente. Cabe señalar que la primera en aplicar el examen fue la Sala Superior del TEPJF al resolver el recurso de apelación identificado con la clave SUP-RAP-50/2001.⁴¹

En realidad, desde 2012 la Sala Superior del TEPJF empezó a utilizar con frecuencia el principio de proporcionalidad para evaluar las restricciones a los derechos político-electorales.⁴² Al respecto, la Sala Superior desarrolló cuatro subprincipios en su análisis: 1) fin legítimo; 2) idoneidad; 3) necesidad; 4) proporcionalidad en sentido estricto.⁴³ En particular, el Tribunal especificó que es:

- 1) Fin legítimo. El estándar utilizado para determinar si los fines que se persiguen con la medida impugnada resultan constitucionalmente válidos.
- 2) Idoneidad. La satisfacción de este estándar se acredita cuando la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que se busca.
- 3) Necesidad. Este subprincipio exige que toda medida de intervención en los derechos fundamentales sea la más benigna con el derecho intervenido, entre todas las opciones que revisten al menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.
- 4) Proporcionalidad en sentido estricto. La medida impugnada es razonable si no se afecta en una medida considerable el derecho fundamental y, adicionalmente, si el grado de intervención de la medida es acorde con el fin perseguido. Más precisamente,

⁴¹ Lo anterior, tomando en consideración que el primer caso en el cual la Primera Sala de la SCJN utilizó tal principio fue en el amparo en revisión 988/2004. Cfr. J. A. A. AGUILAR SÁNCHEZ, *Aplicación del test de proporcionalidad en la justicia constitucional en materia electoral en México, en Justicia Electoral*, 2015, pp. 123-ss., espec. pp. 135-136, que subraya también que “a partir de la fecha en que se emitió el criterio jurídico señalado y hasta 2008 no se presentó otro criterio de jurisprudencia en el cual se hiciera alusión a dicho principio”. Además, el TEPJF no emitió ningún criterio en el cual cambiara el término *principio de prohibición de abusos* por el de *proporcionalidad*. En ese sentido, la Sala Superior del TEPJF volvió a mencionar los términos *idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad* en el recurso de apelación identificado con la clave SUP-RAP-58/2008.

⁴² SUP-JDC-3234/2012, fundamento de la tesis IX/2013.

⁴³ La SCJN también desarrolló la prueba en cuatro principios. Para revisar un ejemplo significativo de la aplicación del test de proporcionalidad, véase: Primera Sala de la SCJN, tesis Ia CCLXI-II/2016 (10), “Test de proporcionalidad. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental”.

en esta etapa, se debe efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta, de manera que, se realiza una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.⁴⁴

El TEPJF utilizó el test de proporcionalidad con mucha frecuencia también en el curso de 2018, desarrollado muchas veces en cuatro subprincipios.⁴⁵ Un claro ejemplo de la aplicación del test de proporcionalidad desarrollado en cuatro subprincipios se encuentra en la sentencia de la Sala Superior SUP-JDC-35/2018, que versa sobre la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Partido Acción Nacional (PAN) entre el principio de paridad de género en la postulación de candidaturas y el derecho a ser votado en su modalidad de reelección.⁴⁶

La medida impugnada en el caso consiste en reservar los ayuntamientos de Ozumba, Coyotepec, Xalatlaco, Jilotzingo y Xonacatlán para que en los mismos se postulen, únicamente, a candidatas mujeres; esto a pesar de que actualmente los presidentes municipales de tales municipios son hombres (quienes, en su calidad de actores, han defendido su reelección).

Determinada la medida, el TEPJF procedió a utilizar el principio de proporcionalidad para evaluar a las restricciones a la posibilidad de re-

⁴⁴ SUP-REC-424/2018, “Análisis de caso”, p. 4.4.

⁴⁵ Por ejemplo, SUP-REC-379/2018, SUP-REC-417/2018, SUP-REC-418/2018, SUP-REC-419/2018, acumulados y SUP-REC-424/2018. De manera particular, en las sentencias SUP-JDC-223/2018 y SUP-JDC-422/2018 la Sala Superior utiliza el test de proporcionalidad desarrollado en cuatro subprincipios y considera que la norma supera al test de proporcionalidad en sentido estricto. En otros casos, la Sala Superior declara textualmente que, al no satisfacer por la medida el elemento del subprincipio de idoneidad o el elemento de necesidad, es innecesario verificar si la restricción es proporcional en sentido estricto, dado que se trata de una valoración de orden subsecuente. Véase SUP-REC-82/2018, donde se dice que la restricción no cumple el subprincipio de necesidad, y SUP-JDC-421/2018, donde se dice que la medida no supera al subtest de necesidad. También, en SUP-RAP-216/2018, la Sala Superior establece que, al no satisfacer por la medida el elemento del subprincipio de idoneidad, es innecesario verificar si la restricción fue proporcional en sentido estricto, dado que se trata de una valoración de orden subsecuente.

⁴⁶ SUP-JDC-35/2018 y acumulados.

elección, desarrollando cuatro subprincipios: 1) el fin perseguido por la medida, 2) su idoneidad, 3) su necesidad y 4) su razonabilidad respecto a la posibilidad de reelección. En este sentido, la Sala dijo que:

- 1) El fin perseguido por la medida. Está expresamente previsto en el artículo 41 constitucional, que protege el principio de paridad.
- 2) Idoneidad. Es una medida idónea, porque se trata de una medida que tiende a hacer efectivo el principio de paridad de género no solamente en la postulación de candidaturas, sino sobre todo en la integración de los órganos de representación política.
- 3) Necesidad. En la especie, es una medida necesaria, porque la medida adoptada (es decir, la reserva de candidaturas a la presidencia municipal de ciertos ayuntamientos para el género femenino) pretende revertir la inequidad de integración y gobierno de los cabildos que actualmente poseen una condición de desproporción a favor de los hombres. Por ende, entre todas las medidas que podía adoptar el partido, partiendo de la base de que se pretende revertir el desequilibrio de la actual conformación de los municipios, es la menos intrusiva en la posibilidad de reelección. Luego, a juicio del TEPJF, fue correcto que el Partido Acción Nacional adoptara la medida sujeta a estudio con el propósito de materializar el principio de paridad de género, aunque ello, en el caso concreto, implique un detrimento en la posibilidad de reelegirse de los actores.
- 4) Razonabilidad respecto a la posibilidad de reelección (proporcionalidad en sentido estricto). La medida impugnada es razonable, porque no se afecta en una medida considerable la posibilidad de reelección y, adicionalmente, porque el grado de intervención de la medida es acorde con el fin perseguido.⁴⁷

⁴⁷ En otras palabras, para la satisfacción del principio de paridad de género, la postulación de las candidaturas, cuando las condiciones fácticas que rodean el caso así lo exijan, debe armonizarse con la posibilidad de ejercer el derecho a ser votado, en la modalidad de elección consecutiva, hasta que se generen las condiciones necesarias para que tanto mujeres como hombres integren los órganos de representación política de la forma más cercana a la paridad.

Por lo tanto, de acuerdo con el TEPJF, las reservas establecidas por el partido resultaron idóneas, necesarias y proporcionales para cumplir con la paridad de género en la postulación de las candidaturas a presidencias municipales. Por ello, el pleno señaló que era necesaria la reserva de los espacios ocupados en este momento por los hombres, ya que, de lo contrario, el instituto político no cumpliría con el mandato constitucional de la paridad. Esto, ya que, de respetar los deseos de reelección de todas las personas que gobiernan un municipio, el partido postularía únicamente a tres mujeres.

Asimismo, para el cumplimiento de las reglas específicas de la paridad, es necesaria la postulación equilibrada de candidaturas de mujeres y de varones en los municipios de alta competitividad. De ahí que resultaba evidente la necesidad de reservar en otros ayuntamientos la postulación de mujeres a la titularidad de estos, aunque en ellos gobierne un militante panista varón.

Al establecer que los partidos políticos, conforme a los principios de autodeterminación y autoorganización, pueden establecer los procedimientos que consideren adecuados para elegir a sus precandidatos y candidatos, siempre y cuando cumplan con los requisitos constitucionales y legales, entre los que se encuentra la paridad, la Sala Superior del TEPJF confirmó los criterios para garantizar la paridad de género en las candidaturas a diputados locales y ayuntamientos por el principio de mayoría relativa.

4.4. Conclusiones

El principio de proporcionalidad o, mejor dicho, el test de proporcionalidad, como técnica argumentativa, originaria del ordenamiento alemán, ha logrado penetrar, además, en el ordenamiento mexicano. Esta técnica ha sido utilizada por el TEPJF, a partir de 2012, para juzgar obre presuntas violaciones de los derechos político-electorales, los cuales no solo son formulados por principios, de tipo abierto y heterogéneo, sino que además su multiplicidad hace que sea inevitable el uso de técnicas del equilibrio y su limitación recíproca. En consecuencia, utilizar el test de proporcionalidad, desarrollado en cuatro subprincipios, tiene la finalidad de elaborar estándares de juicio como instrumento de control y legitimidad de lo actuado por el Tribunal, que tiene un alto

nivel de discrecionalidad en la utilización de estos instrumentos decisivos.

El debate teórico internacional más reciente ha llamado la atención respecto a los peligros inherentes al escrutinio de proporcionalidad y, más en general, sobre las técnicas argumentativas de equilibrio. Hasta se ha llegado a hablar de una edad del equilibrio (*age of balancing*) como una amenaza para la tutela de los derechos,⁴⁸ porque la aplicación sistemática de controles por parte de los tribunales sobre el equilibrio realizado por parte del legislador puede tener la fuerza de borrar “la edad de los derechos”.⁴⁹ El temor que subyace es que el principio de proporcionalidad, instrumento por excelencia del *age of balancing*, termine por sofocar la autonomía de la política democrática.⁵⁰

Pero es la misma estructura de los derechos fundamentales la que requiere un equilibrio por parte del legislador, y sobre esta operación de equilibrio deben pronunciarse los tribunales, utilizando técnicas de argumentación como el test de proporcionalidad.

Por lo anterior, resulta necesario que los tribunales elaboren y apliquen *subprincipios* coherentemente, de manera que a ellos correspon-

⁴⁸ La feliz frase “*age of balancing*” fue acuñada por T. A. ALEINIKOFF, *Constitutional law in the age of balancing*, en *Yale Law Journal*, 1987, pp. 943-ss.; cfr., además, G. WEBBER, *Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship*, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2010, pp. 179-ss.

⁴⁹ Se han expresado miedos por parte de A. PACE, *Diritti “fondamentali” al di là della costituzione?*, en *Politica del Diritto*, 1993; id., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, en *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 35-ss.; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, en *Giur. Cost.*, 2010, pp. 2809-ss.; G. WEBBER, *The negotiable Constitution. On the limitation of rights*, Cambridge, 2009; id., *Proportionality*, cit.; A. SCHIAVELLO, *La fine dell’età dei diritti*, en *Etica & Politica*, 2013, pp. 120-ss.; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: an assault on human rights?*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 468-ss.; B. ÇALI, *Balancing human rights? Methodological problems with weights, scales and proportions*, en *Human Rights Quarterly*, 2007, pp. 251-270; L. HENKIN, *Infallibility under law: constitutional balancing*, en *Columbia Law Review*, 1978, p. 1048; P. McFadden, *The balancing test*, en *Boston College Law Review*, 1988, pp. 641-642.

⁵⁰ Sobre este tipo de crítica a la utilización de las técnicas de equilibrio y del test de proporcionalidad, L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, pp. 121-ss. Además, cfr. M. B. NIMMER, *The right to speak from times to time. First amendment theory applied to libel and misapplied to privacy*, en *California Law Review*, 1968, p. 947; B. NEUBORNE, *Notes for a theory of constrained balancing in first amendment cases: an essay in honor of Tom Emerson*, en *Case Western Law Review*, 1988, p. 578; P. DE LORA, *Tras el rastro de la ponderación*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, p. 367; L. PALOMBELLA, *The rule of law as an institutional ideal*, en L. MORLINO, L. PALOMBELLA (eds.), *Rule of law and democracy. Inquiries into internal and external issues*, Leiden, 2010, pp. 32-ss.

dan procedimientos argumentativos bien determinados, de los cuales deriva un mejor control sobre las motivaciones. No por esto los peligros de arbitrariedad de los tribunales, en la evaluación del equilibrio llevado a cabo por el legislador, fueron erradicados. Los tribunales conservan siempre el poder de individualizar el punto de equilibrio entre los derechos en conflicto y establecer cuál debe ser el contenido mínimo de un derecho fundamental, llegando a revisar la decisión del órgano representativo.

No obstante los innegables riesgos, aplicar el test de proporcionalidad constituye sin duda un instrumento imprescindible no solo para ofrecer certeza a los ciudadanos y reducir el amplio margen de discrecionalidad de los tribunales, sino también para incrementar el buen funcionamiento democrático de los estados constitucionales y, finalmente, para la subsistencia misma de las democracias contemporáneas.

Capítulo 4

EL USO DEL DERECHO EXTRANJERO E INTERNACIONAL

Tania Groppi*

Resumen: 1. El derecho extranjero e internacional en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. — 2. La investigación empírica: las citas explícitas en la jurisprudencia del TEPJF del año 2018. — 2.1. Premisas metodológicas. — 2.2. Análisis cuantitativo. — 2.3. Análisis cualitativo. — 2.3.1. Análisis formal. — 2.3.2. Análisis sustancial. — 3. Conclusiones.

1. El derecho extranjero e internacional en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales

El creciente rol desempeñado por los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica a través del uso de argumentos “externos”, esto es, la referencia, cada vez más frecuente en las sentencias, al derecho internacional o extranjero se evidenció desde los primeros ensayos sobre el “derecho constitucional global”, en la segunda mitad de la década de los 90.¹

En años más recientes, este tema se ha convertido en un verdadero topos de los estudios constitucionales, aunque necesite algunos matices.²

Ha de subrayarse una diferencia importante entre la referencia al derecho internacional y la referencia al derecho extranjero: en relación con este último, las citas no son necesarias, como sucede en el caso

* Con la colaboración de Lorenza Mancini.

¹ A. M. Slaughter, *A typology of transjudicial communication*, en *U. Rich. L. Rev.*, 1994, p. 101; B. Ackerman, *The rise of world constitutionalism*, en *Va. L. Rev.*, 1997, p. 771.

² T. GROPPi, *El uso de precedentes extranjeros por parte de los tribunales constitucionales*, en G. AGUILAR CAVALLO (ed.), *Diálogo entre jurisdicciones*, Santiago de Chile, 2014, pp. 83-108.

del derecho internacional, sino que son opcionales, acontecen de forma voluntaria. El derecho extranjero no constituye una fuente de referencia obligatoria, sino que se adentra en las resoluciones como un determinado hecho, entre muchos a los cuales el intérprete recurre en el ejercicio de su discrecionalidad.³

Otro matiz a introducir es la referencia, más allá del formante normativo, al formante jurisprudencial,⁴ es decir, la cita de la jurisprudencia externa; esto implica una circulación no solamente de “soluciones” jurisprudenciales, sino, sobre todo, de los “argumentos” empleados en la motivación de las decisiones, lo que abre la vía a un posible “diálogo entre las cortes”, con base en el cual la doctrina ha desarrollado varias perspectivas, evidenciando aquí también la diferencia entre la referencia a las decisiones de tribunales internacionales —que constituye una forma de circulación vertical y, en gran parte, no opcional, sino, más bien, obligatoria— y aquella horizontal, entre tribunales constitucionales, que es voluntaria y facultativa.⁵

Hay, también, que destacar que, independientemente de las referencias expresas al derecho externo, siempre existen referencias implícitas. En la época actual, en la que las tecnologías han facilitado mucho la circulación de las informaciones y conocimientos, se ha hablado de la “inevitabilidad” del derecho comparado. Sin embargo, las referencias implícitas son más difíciles de comprobar; una investigación que las incluya requeriría el empleo de instrumentos de investigación extremadamente complejos, como cuestionarios o entrevistas, así como una lectura profunda de toda la jurisprudencia relevante.⁶

³ Véase sobre este tema, entre los varios trabajos de M. R. FERRARESE, *When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism*, en *Global Jurist*, 2009.

⁴ Se usa aquí la terminología de R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, en *American Journal of Comparative Law*, 1991.

⁵ G. DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales*, Madrid, 2010.

⁶ Por cuanto se sabe, solo se ha publicado un estudio monográfico de este tipo: el texto de Catherine Dupré sobre la influencia de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en materia de dignidad humana, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional húngaro, influencia absolutamente implícita. Véase C. DUPRÉ, *Importing law in post-communist transitions*, Oxford, 2003. Más recientemente, la cuestión de las citas implícitas ha sido objeto también de algunos artículos basados en entrevistas a jueces: U. BENTELE, *Mining for gold: the Constitutional Court of South Africa's experience with comparative constitutional law*, en

Una investigación sobre la jurisprudencia de 16 países publicada en 2013, que solamente toma en cuenta las referencias expresas a la jurisprudencia extranjera,⁷ ha puesto de manifiesto que son pocos los ordenamientos en los cuales las citaciones explícitas de la jurisprudencia extranjera son frecuentes, reducidos esencialmente al ámbito del *common law* o del “derecho mixto” (Israel, Canadá, Australia, Sudáfrica, Namibia, Hong Kong, India, Nueva Zelanda e Irlanda). Es en estos países donde, en la interpretación constitucional, se desarrolla una verdadera circulación del formante jurisprudencial, en la que, de los países del *common law* analizados, solamente Estados Unidos de América queda afuera, no obstante la identidad lingüística y cultural, como consecuencia de sus particularidades.⁸

Los países del *civil law* forman parte, sobre todo, de la categoría definida como “*doing it but not admitting*”;⁹ o bien de aquella en la que prevalecen las referencias implícitas, difícilmente identificables, salvo raras excepciones que mantienen un carácter ocasional y no parecen sistematizables.

Además, el examen de la jurisprudencia revela que las decisiones extranjeras casi nunca constituyen la *ratio decidendi* de una decisión: son citadas como argumentos de “persuasión”, o sea, para motivar decisiones que quedan basadas en argumentos interpretativos sacados del derecho nacional.¹⁰

Georgia J. Int. Comp. Law, 2009, p. 219; B. FLANAGAN, S. AHERN, *Judicial decision-making and transnational law: a survey of common law Supreme Court judges*, en *ICLQ*, 2011, p. 1; E. MAK, *Why do Dutch and uk judges cite foreign law?*, en *CLJ*, 2011, p. 420.

⁷ T. GROPPY, M. C. PONTTHOREAU (eds.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Oxford, 2013.

⁸ Algunas otras jurisdicciones del *common law* (Singapur y Malasia) han mostrado señales de “molestia” respecto a la citación de precedentes extranjeros: C. SAUNDERS, *Judicial engagement with comparative law*, en T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative constitutional law*, Edward Elgar, Northampton, 2011, p. 574; A THIRUVENGADAM, *The use of foreign law in constitutional cases in India and Singapore: empirical trends and theoretical concerns, working paper* al VII congreso mundial de la International Association of Constitutional Law, México, 2010.

⁹ B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *The judge as comparatist*, en *Tul. L. Rev.*, 2005, p. 11; B. MARKESINIS, J. FEDTKE (eds.), *Giudici e diritto straniero*, Bologna, 2009.

¹⁰ Véase la afirmación de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el conocido caso Makwanyane: “El derecho internacional y el derecho extranjero pueden servir como guía, pero en ningún caso estamos vinculados por ellos”. Caso *The State vs. Makwanyane* (1995).

En efecto, con las decisiones en las cuales se encuentran referencias explícitas se ha comprobado que hay tres posibilidades de uso de las sentencias extranjeras.¹¹

En primer lugar, la referencia puede encontrarse en el momento inicial de la interpretación (fase cognitiva),¹² para dirigirla. En tales casos, se empieza con una lista de sentencias de otros países, para mostrar las opciones interpretativas posibles.

En segundo lugar, el argumento comparativo puede ser parte de una “comparación probatoria”, que interviene en la fase central del proceso argumentativo para mostrar que la decisión que se está tomando en el marco de la legislación nacional es similar a soluciones adoptadas en otros países. Aún más frecuente es el caso en el que se refiere a una sentencia extranjera, no tanto para demostrar que una solución similar se adoptó en otro país, sino que un similar argumento de interpretación fue utilizado por otro tribunal, lo que sucede, en particular, con el principio de razonabilidad (o de proporcionalidad).

Por último, una tercera posibilidad es el argumento *a contrario*, utilizado para mostrar que se sabe bien que en el mundo hay alternativas u opciones interpretativas, pero se elige un camino diferente, teniendo en cuenta las diferencias entre los sistemas jurídicos.

La única investigación empírica disponible sobre México incluye datos sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta 2011, y ha mostrado que, tal y como pasa en la mayoría de los países del *civil law*, las referencias expresas al derecho, y más aún a la jurisprudencia extranjera, están bastante limitadas, lo que ha generado importantes críticas en términos de transparencia de la motivación, hechas tanto por la doctrina como por algunos magistrados de la misma Corte en sus votos particulares.¹³

¹¹ A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, en *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2007, p. 453.

¹² Se hace referencia a la interpretación de “para conocer”, que es diferente de la de “para decidir”, de las que habla O. PFERSMAN, *Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution*, en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, París, 2005, p. 146.

¹³ Véanse los datos del estudio de E. FERRER MAC-GREGOR, R. SÁNCHEZ-GIL (eds.), *Struggling for an open view in constitutional adjudication*, en T. GROPPi, M. C. PONTTHOREAU, *The use*

El estudio citado ha evidenciado algunos elementos de interés. El primero de ellos es que, como consecuencia de la reforma constitucional de 2011 al artículo 1 de la Constitución mexicana y a la jurisprudencia de la Suprema Corte, se ha puesto en marcha el control difuso de convencionalidad, lo que ha implicado una apertura al derecho internacional de los derechos humanos, incluso a las decisiones de los tribunales internacionales y, sobre todo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), evidenciándose también que por esta vía era previsible un incremento de las citas de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al cual la Corte IDH se refiere en la mayoría de sus decisiones.¹⁴

Un segundo elemento es que, hasta esa fecha, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) había dado muestra de una mayor apertura, especialmente hacia la jurisprudencia extranjera, que ya había sido utilizada como argumento “probatorio” o adicional, o sea, en apoyo de sus decisiones, sobre todo en las más relevantes y que implicaban un cambio o una evolución jurisprudencial, como en el caso de las limitaciones del derecho al sufragio pasivo, las limitaciones de la libertad de expresión, la publicidad en la campaña presidencial de 2006, la limitación de los derechos políticos de los presos y aquellas sobre las candidaturas independientes.¹⁵

of foreign precedents by constitutional judges, cit., p. 318, que citan el voto particular del ministro Góngora de la SCJN en el asunto de la Ley de Medios: “desde mi punto de vista no es posible que al día de hoy la jurisprudencia tanto de Cortes internacionales o regionales como de otros países del mundo libre nos siga siendo ajena o aparezca apenas como un pequeño atolón en nuestras resoluciones. Además de que algunas jurisdicciones han sido aceptadas por el Estado Mexicano y, en ese sentido, nos obligan, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunado a que la esencia de los derechos fundamentales es universal. A fin de que este Tribunal no quede aislado, es indispensable integrarnos al coloquio jurisprudencial internacional y hacer de la comparación un método de interpretación constitucional. Lo que se ha avanzado en otros países es parte de un patrimonio de la humanidad que debemos aprovechar”.

¹⁴ E. FERRER MAC-GREGOR, R. SÁNCHEZ-GIL, *Struggling for an open view*, cit., pp. 304-ss. Hay que tener en cuenta que un número relevante de decisiones de la Corte Interamericana se fundamenta en decisiones del Tribunal Europeo. T. GROPPI, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Retos y perspectivas futuras del diálogo entre Europa y América: una investigación empírica sobre las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en L. E. RÍOS VEGA, I. SPIGNO (eds.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI. Tomo II. Estudios de casos líderes interamericanos y europeos. Vol. I. Libertad religiosa/libertad de expresión/derechos*, Ciudad de México, 2016, pp. 241-285.

¹⁵ E. FERRER MAC-GREGOR, R. SÁNCHEZ-GIL, *Struggling for an open view*, cit., p. 316.

La jurisprudencia del año 2018, que en este capítulo se analiza desde esa perspectiva, confirma esta tendencia, por la que el TEPJF puede calificarse como un tribunal abierto al derecho internacional y extranjero, utilizado de manera explícita y transparente en sus decisiones. Los párrafos que siguen analizarán la jurisprudencia del periodo examinado en este libro blanco, desarrollando un análisis cuantitativo y cualitativo.

2. La investigación empírica: las citas explícitas en la jurisprudencia del TEPJF del año 2018

2.1. Premisas metodológicas

El análisis empírico aquí presentado tiene por objeto todas las sentencias emanadas por el TEPJF del 6 de marzo al 29 de agosto de 2018, es decir, un total de 1,624 decisiones.¹⁶

De tal universo se han seleccionado los fallos que contienen al menos una referencia externa.

Las decisiones examinadas se han seleccionado, en un primer momento, mediante el sistema de búsqueda en la base de datos del proyecto y, en un segundo momento, mediante una lectura directa de las sentencias seleccionadas.¹⁷

Una vez identificadas las sentencias que contienen referencias extranjeras o internacionales, se procede a su análisis desde una perspectiva cuantitativa y una cualitativa.¹⁸

En el análisis cuantitativo se han tenido en cuenta las sentencias que contienen al menos una referencia extranjera o internacional, evidenciando, mes por mes, la relación entre el número de decisiones que presentan al menos una cita y el número total de decisiones emitidas mes por mes (Gráfica 1), así como los porcentajes correspondientes (Gráfica 2).

¹⁶ Ha sido el objeto de estudio de esta investigación. Para más detalle, véase *supra*, *Presentación*.

¹⁷ Se remite a la parte de la metodología general del LB en la que se explica el sistema de esquematización utilizado; véase *supra*, *Presentación*.

¹⁸ Se ha utilizado una metodología similar a aquella introducida por T. GROPPi, M. C. PONTTHOREAU, *How to assess the reality of trans-judicial communication?*, en T. GROPPi, M. C. PONTTHOREAU (eds.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, cit.

Se han considerado también, separadamente, en valor absoluto y en porcentaje del total, las sentencias con referencias al formante jurisprudencial¹⁹ (gráficas 3 y 4) y aquellas con referencias al formante normativo²⁰ (gráficas 5 y 6), aunque sea muy frecuente encontrar en una misma sentencia referencias a ambos formantes.

Desde el punto de vista cualitativo, la investigación se ha centrado en las referencias a la jurisprudencia extranjera e internacional²¹ desde la perspectiva del diálogo, horizontal y vertical, entre tribunales, con el objetivo de analizar el uso que se ha dado a las decisiones externas y de evaluar su relevancia en la argumentación del TEPJF.

En un primer momento, se han utilizado “indicadores formales” que se han aplicado a cada una de las referencias.²²

Un primer indicador ha sido el “lugar” de la decisión en el que se sitúa la referencia. Se han distinguido así las referencias, según su presencia, en el voto de la mayoría o en los votos individuales (Gráfica 7); en las consideraciones de hecho o de derecho (Gráfica 9).

El Tribunal Electoral es colegiado; su Sala Superior está integrada por 7 magistradas y magistrados, y sus sentencias son adoptadas por mayoría. Si durante la deliberación emergen posiciones diferentes entre los magistrados, también son publicadas, junto con la decisión de la mayoría, pero como una opinión separada, ya sea un voto particular

¹⁹ En el formante jurisprudencial se han considerado, además de las referencias a decisiones de tribunales internacionales o extranjeros, aquellas de órganos que pueden considerarse “cuasijurisdiccionales”, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

²⁰ En el formante normativo se han considerado también los instrumentos que pueden adscribirse a la categoría del *soft law*, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, opiniones de la Comisión de Venecia, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Universal sobre la Democracia y otros.

²¹ Se ha analizado cada una de las 541 referencias a decisiones externas.

²² No se ha analizado el uso de decisiones externas según la distinción texto-notas, porque el TEPJF no las cita nunca únicamente en las notas, sino que normalmente utiliza las notas para detallar referencias que ya aparecen en el texto, aunque no haya una regla común y las modalidades de citación dependen del magistrado ponente del asunto.

o un voto razonado o concurrente²³ del magistrado o los magistrados que no se adhieren a la opinión de la mayoría. Del análisis de los datos se pudo comprobar que el uso de la jurisprudencia internacional y extranjera es también recurrente en las opiniones separadas.

Ha sido más complejo el análisis para identificar el uso de las citas en el cuerpo de las sentencias, distinguiendo la parte de los hechos de la de los fundamentos jurídicos. La dificultad deriva no solo de las múltiples competencias del ТЕРПФ, que implican diversas vías de acceso, sino también de la ausencia de una precisa estructura formal para la presentación de sus decisiones. Hace falta una explícita distinción entre las consideraciones de hecho y las de derecho, como es frecuente en las sentencias de otras cortes constitucionales; además, el título de los acápites varía dependiendo del tipo de acción y del magistrado ponente. En consecuencia, fue necesario analizar sentencia por sentencia para poder identificar si la cita estaba en los hechos o en la fundamentación jurídica del Tribunal.²⁴

Un segundo indicador ha sido el sujeto que introdujo la cita, *rectius*, el sujeto al cual parece atribuible la introducción de la cita, a la luz de lo que se encuentra expreso en la motivación (Gráfica 8).

En particular, fueron analizadas las citas identificando si procedían de la Corte, del magistrado disidente o del recurrente (diferenciando, a su vez, entre las partes y los *amici curiae*). Mientras que ha sido rela-

²³ Por voto particular se entiende el voto del magistrado que no está de acuerdo con la decisión de la mayoría, mientras que por voto concurrente o razonado se hace referencia a cuando el magistrado, pese a respaldar la decisión de la mayoría, disiente respecto a algún aspecto de la motivación. Véanse el artículo 187, último párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: “cuando un magistrado electoral disintiere de la mayoría o su proyecto fuera rechazado, podrá formular voto particular, el cual se insertará al final de la sentencia aprobada, siempre y cuando se presente antes de que sea firmada esta última”, y el artículo 11 del Reglamento Interno del ТЕРПФ: “los asuntos de competencia de la Sala Superior serán resueltos por unanimidad o mayoría de votos, en los términos que señala la Ley Orgánica. La o el Magistrado que disienta del sentido del fallo aprobado por la mayoría o que su proyecto fuera rechazado, podrá solicitar que sus motivos se hagan constar en el acta respectiva, así como formular voto particular por escrito; si comparte el sentido, pero disiente de las consideraciones que lo sustentan, podrá formular voto concurrente, o bien, voto aclaratorio o razonado”.

²⁴ En la mayoría de las decisiones se ha mantenido la distinción entre “motivación de hecho”, la cual comprende los acápites denominados como “Análisis de los agravios” o “Antecedentes”, y la “motivación jurídica”, que comprende, a su vez, los siguientes: “Estudio de fondo” o “Razones y fundamento de la decisión”. Esto, por supuesto, se trata de una clasificación del todo subjetiva.

tivamente fácil identificar si la cita provenía del magistrado disidente (dado que en dicho caso se encuentra en el voto particular/concurrente/razonado publicado, seguido de la decisión de la Corte), menos simple fue diferenciar si la cita fue introducida por el recurrente, las partes o los *amici curiae*. Por lo general, en dicho caso, de la lectura del texto ha sido posible atribuir la cita al recurrente, dado que frecuentemente sus disposiciones están contenidas en la parte de la sentencia destinada al estudio de los hechos cuestionados por la parte, normalmente denominada “Análisis de los agravios”, que corresponde a las motivaciones de hecho de la sentencia.

Un tercer elemento ha sido la individualización de los tribunales internacionales y extranjeros que han sido citados, tomando en cuenta el número de citaciones por cada tribunal (Gráfica 10).

En un segundo momento, se han empleado indicadores sustanciales con el objetivo de evaluar la influencia de la cita en la decisión.

Se ha intentado averiguar, para cada cita, según la metodología ya utilizada en investigaciones precedentes,²⁵ si se trata de un argumento utilizado en la fase cognitiva o en la decisional, o bien, incluso, si se trata de un argumento utilizado *a contrario*.

Finalmente, se han examinado más en detalle algunos casos paradigmáticos del “uso de la jurisprudencia extranjera”, referidos a los temas analizados en este libro blanco: candidaturas independientes, partidos políticos, propaganda electoral, paridad de género y minorías indígenas.

Antes de empezar a examinar estos aspectos, es preciso hacer unas consideraciones sobre la citación del formante doctrinal.²⁶ Las citas doctrinales en las sentencias del TEPJF son muy escasas. Las pocas que hay se refieren a autores mexicanos, salvo pocas excepciones. Entre ellas, se puede señalar una cita a la doctora brasileña Luciana Lossio, en la sentencia de marzo SUP-RAP-37/2018, sobre la definición de

²⁵ Véase T. GROPPi, M.-C. PONTTHOREAU (eds.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, cit.; T. GROPPi, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Retos y perspectivas futuras*, cit.

²⁶ Sobre el uso de citas doctrinales por parte de los jueces mexicanos, véase L. PEGORARO, G. A. FIGUEROA MEJÍA, *Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial análisis de aquellas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016, pp. 137-171.

propaganda electoral, que se refiere a una publicación en el *Diccionario electoral* del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Además, en la sentencia SUP-JDC-222/2018 se cita la traducción al español de un conocido libro del juez israelí Aharon Barak, que versa acerca del principio de proporcionalidad (A. Barak, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores, 2017).

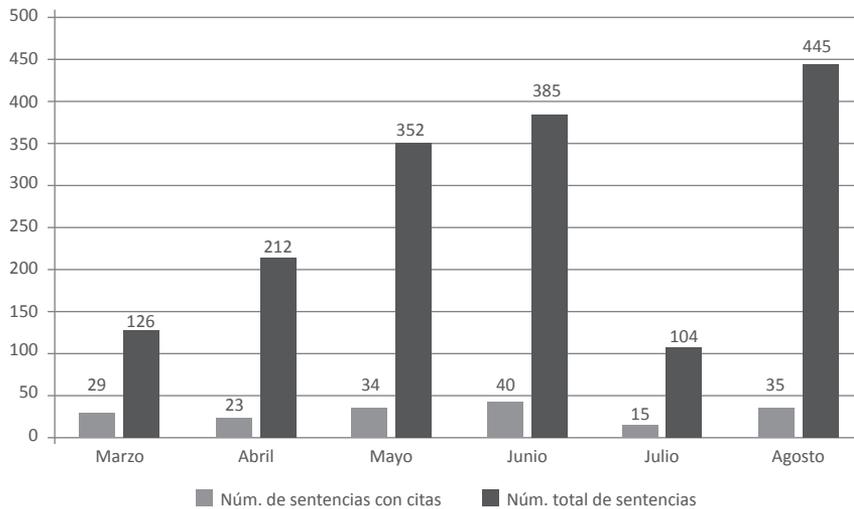
Es significativa la cita a la doctrina, en el tema de candidaturas independientes, contenida en la sentencia de mayo SUP-JDC-296/2018; en especial, en el voto particular del magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, quien dedica un párrafo a la importancia de las candidaturas independientes, argumentando que estas garantizan una alternativa a los partidos políticos, las cuales tienen la aptitud de tomar, sobre todo, en consideración los intereses de las minorías de ciudadanos que normalmente no son considerados por las principales fuerzas políticas. Al afirmar que el sistema político debe favorecer la competencia y que por ello no deben permitirse barreras de entrada no razonables, Rodríguez Mondragón cita a diversos autores extranjeros, entre ellos G. Sartori, “Sistemas competitivos”, en *Partidos y sistemas de partidos*. Cambridge University Press, 1976. W. J. Chambliss, *Making law: the State, the law, and structural contradictions*. Indiana University Press, 1993. C. Copus, A. Clark, H. Reynaert y K. Steyvers, “Minor party and independent politics beyond the mainstream: fluctuating fortunes but a permanent presence”. *Parliamentary Affairs*, vol. 62, núm. 1, 2009, y de nuevo P. Lucardie, “Fragments from the pillars: small parties in the Netherlands”, en *Small parties in comparative and national perspective*. SAGE, 1991.

2.2. Análisis cuantitativo

El presente estudio toma en consideración 1,624 decisiones emitidas del 6 de marzo al 29 de agosto de 2018; de ellas, en 176 decisiones se pudo encontrar al menos una cita al derecho internacional o al extranjero. En particular, de esas 176 decisiones 111 contienen citas referentes al formante jurisprudencial o cuasijurisprudencial, mientras que 161 decisiones contienen citas del formante normativo y del *soft law*.

En las gráficas 1 y 2 se expone, en perspectiva diacrónica, mes por mes, en cifras absolutas y porcentuales, el número de decisiones que contienen citas del derecho internacional y extranjero respecto al total de decisiones.

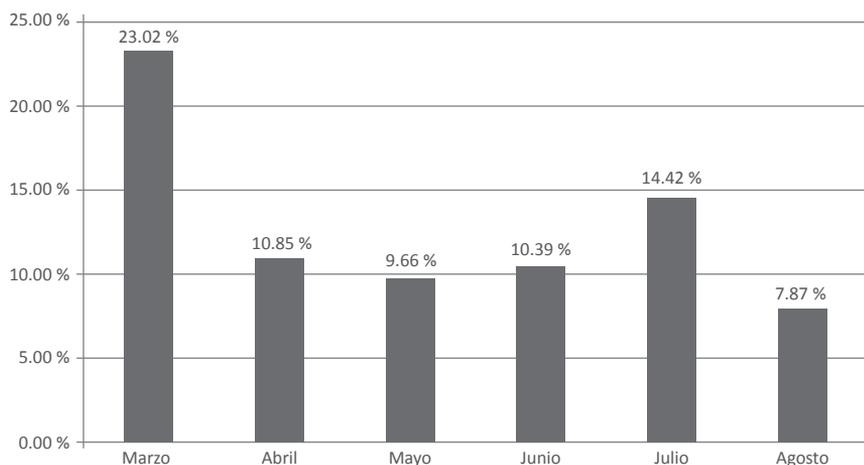
Gráfica 1. Las decisiones con citas en valor absoluto, mes por mes



Por ejemplo, en el mes de marzo, de 126 sentencias emitidas por el Tribunal Electoral, 29 tienen al menos una cita del derecho internacional y extranjero, tanto del formante jurisprudencial como del formante normativo y del *soft law*.

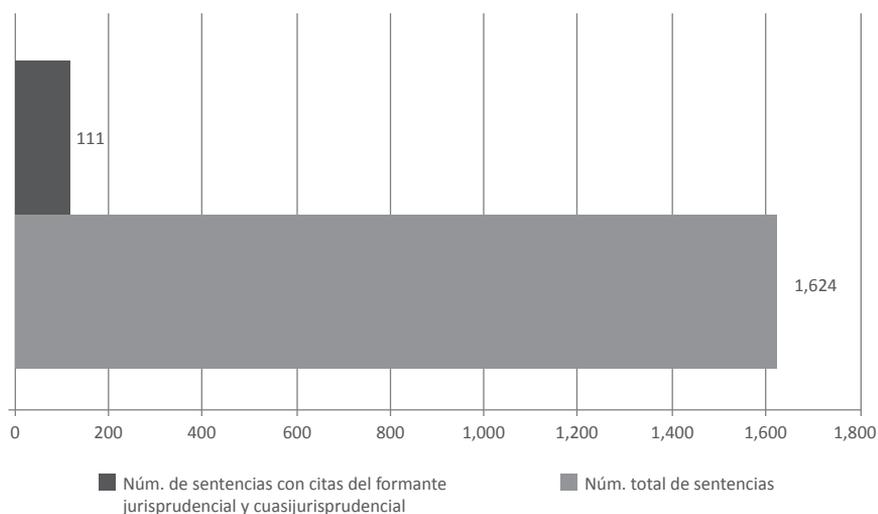
Al examinar las citas, en un valor porcentual y en perspectiva diacrónica, mes por mes, se puede verificar que el mayor número de ellas, respecto al total de sentencias emitidas en un mes, se encuentra en los meses marzo y julio.

Gráfica 2. Las decisiones con citas en porcentaje, sobre el total de las decisiones, mes por mes

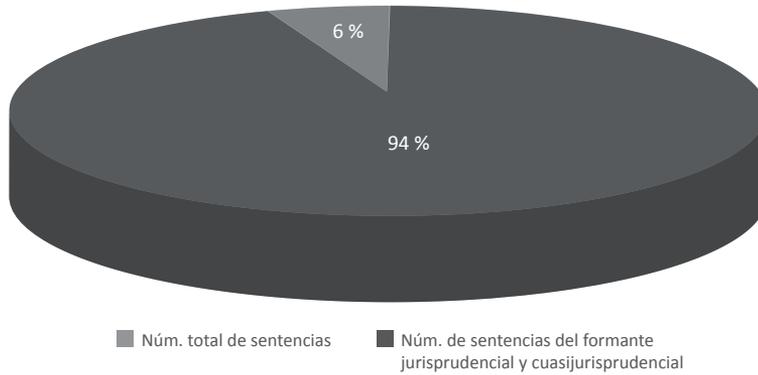


En las gráficas 3 y 4 se expone, en valores absolutos y porcentuales, el número de decisiones con citas del formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial respecto al total de decisiones.

Gráfica 3. Las decisiones con citas del formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial en valor absoluto

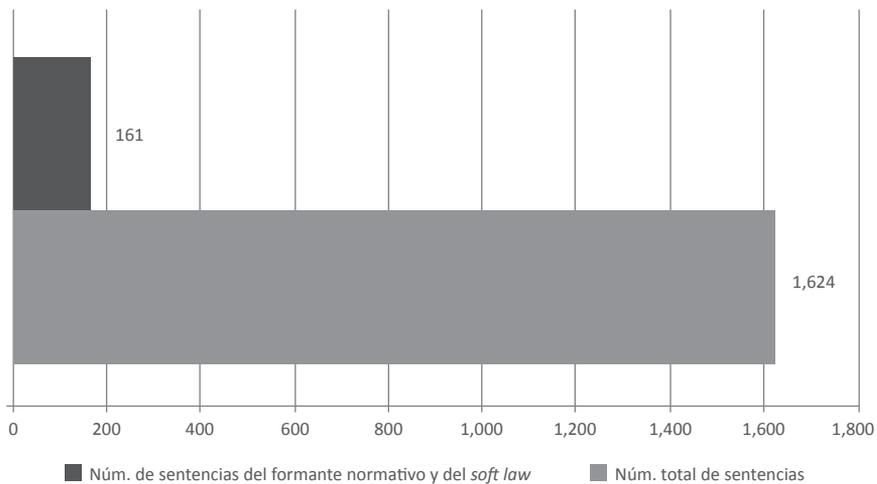


Gráfica 4. Las decisiones con citas del formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial en porcentaje, sobre el número total de decisiones

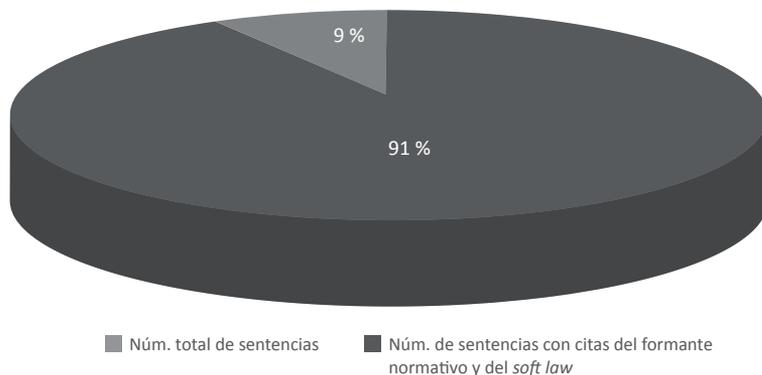


Las gráficas 5 y 6 ilustran, en valores absolutos y porcentuales, el número de decisiones con citas del formante normativo y del *soft law* respecto al total de decisiones.

Gráfica 5. Las decisiones con citas del formante normativo y del *soft law* en valor absoluto



Gráfica 6. Las decisiones con citas del formante normativo y del *soft law* en porcentaje, sobre el número total de decisiones



2.3. Análisis cualitativo

Como se ha expuesto, de un primer estudio del número de sentencias que contienen al menos una cita del derecho extranjero e internacional emitidas en el lapso considerado, o sea, de marzo a agosto, se obtuvo un total de 176 sentencias. De estas, en 111 se hace referencia a aquellos que se han denominado formante jurisprudencial, mientras que 161 decisiones contienen referencias a las fuentes clasificadas como formante normativo y del *soft law*.

Con respecto a la técnica utilizada por el TEPJF, se resalta que es muy frecuente que cite párrafos enteros de las decisiones de cortes internacionales o extranjeras, ya sea de forma textual, entre comillas, o resumiéndolos.

Por ejemplo, en la sentencia SUP-RAP-29/2018, de marzo, el TEPJF inserta varias citas de la Corte IDH sobre la libertad de expresión e incluso toma partes textuales, citadas entre comillas, del caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, conocido como “La última tentación de Cristo”, en el cual se afirma que “para el ciudadano tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”. Un ejemplo posterior se encuentra en la sentencia SUP-JRC-54/2018, en la cual el TEPJF cita en una nota un párrafo del caso Ivcher Bronstein vs. Perú:

Como ha destacado la Corte Interamericana “es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad” (caso Ivcher Bronstein c. Perú, párrafo 150).

En la sentencia SUP-REP-207/2018, también sobre la libertad de expresión, se citan varios precedentes, en los cuales el TEPJF ha fundamentado sus decisiones utilizando el recuento de casos resueltos por cortes extranjeras de jurisdicción constitucional relativos a la libertad de expresión y propaganda, como la Corte Suprema norteamericana y el Tribunal Constitucional Federal Alemán. En relación con Estados Unidos de América, se referencian los casos *New York Times vs. Sullivan* (hechos falsos) (1964); *Departamento de Policía de Chicago vs. Mosley* (principio de neutralidad) (1972); *Estado de Washington vs. Comité 119 No Votes*. Suprema Corte de Washington (1998). Respecto a Alemania, se citan los casos *Lüth* (1958) y *Titanic* (1986).

Por el contrario, son menos frecuentes las citas que se pueden denominar “ornamentales”, o sea, que no toman una parte textual de las sentencias externas ni indican su número, sino que se limitan a exponer en pocas palabras las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales internacionales. Un ejemplo de ellas lo encontramos en la sentencia SUP-REP-294/2018, en la cual se afirma que “como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los requisitos de elegibilidad constituyen, sin lugar a duda, restricciones válidas y legítimas respecto del ejercicio del derecho a ser votado”. Además, en la sentencia SUP-REP-143/2018 se dice que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “indicó que, en lugar de imponer sanciones por la difusión de información falsa o inexacta, debe optarse por medidas positivas que garanticen la pluralidad informativa”.

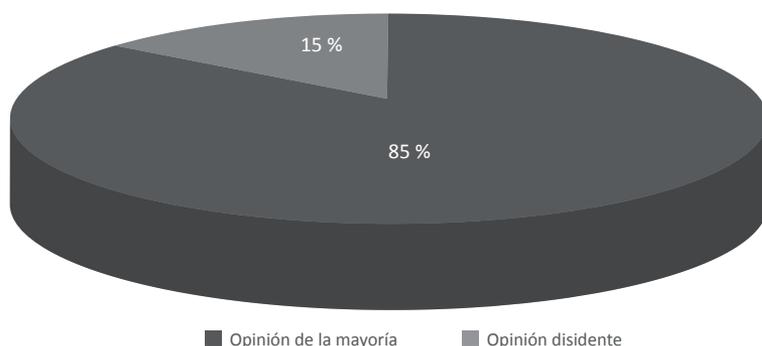
Un ulterior ejemplo de las citas “ornamentales”, en este caso del derecho extranjero, es la sentencia SUP-REP-155/2018, en la que el TEPJF afirma que existe un principio según el cual “las libertades de expresión e información alcanzan un nivel máximo cuando se ejercen por los profesionales del periodismo a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en

su más amplia acepción”, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Supremo español en numerosas sentencias.

2.3.1. Análisis formal

Como se ha sostenido, en el periodo de marzo a agosto, las sentencias que contienen al menos una cita del formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial son 111.

Gráfica 7. Lugar de las citas del formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial



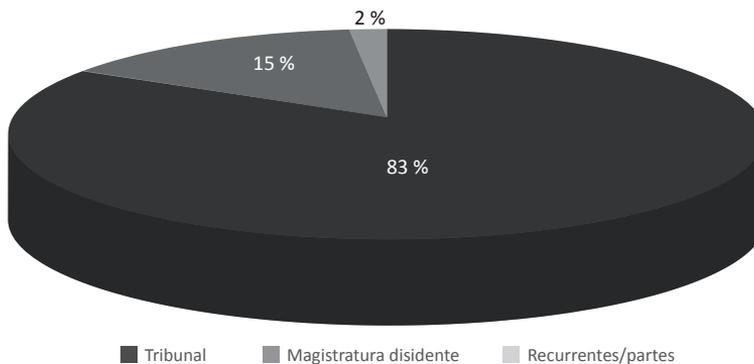
Del análisis de estas 111 sentencias del TEPJF, se destaca que 31 decisiones contienen, además, una opinión separada. De estas últimas, 20 tienen citas del derecho internacional. En particular, en 11 de esas 20 las citas se encuentran exclusivamente en las opiniones separadas, mientras que en las restantes 9 decisiones las citas están tanto en el texto de la decisión adoptado por la mayoría como en las opiniones separadas. En consecuencia, en 91 sentencias las citas se encuentran solo en el texto de la decisión de la mayoría. Al tomar en consideración el total de las citas de la jurisprudencia externa (541), resulta que 460 citas (85 %) están presentes en la opinión de la mayoría, mientras que 81 citas relativas al formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial (15 %) se encuentran en las opiniones separadas (Gráfica 7).

Ahora bien, al analizar esta misma muestra (las 111 sentencias), pero haciendo un esfuerzo por distinguir el sujeto al que se le atribuye la cita de la jurisprudencia externa, sin desconocer los riesgos y las limitaciones que se han expuesto *supra*, se tiene que se puede tratar de

individualizar entre las introducidas por la Corte, por los magistrados disidentes, por las partes, por los terceros intervinientes o por el *amicus curiae*. Del estudio se puede afirmar que en la mayoría de los casos, en 87, fue el TEPJF el que introdujo, *ex officio*, la referencia; en 11 fue el magistrado disidente, y en 3 casos las citas fueron introducidas por el recurrente, la parte o el tercero interviniente. En las 10 decisiones restantes, las citas se encuentran presentes en las consideraciones de todos los sujetos considerados.²⁷

Esta vez, si se considera el número de citas de formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial, se tiene que 449 han sido introducidas por la Corte (equivalen a 83 % de las citas), 81 por los magistrados disidentes (15 %) y las 11 restantes (2 %) por el recurrente o de manera genérica por las partes (Gráfica 8).

Gráfica 8. Sujeto que introdujo la cita (formante jurisprudencial y cuasijurisprudencial)

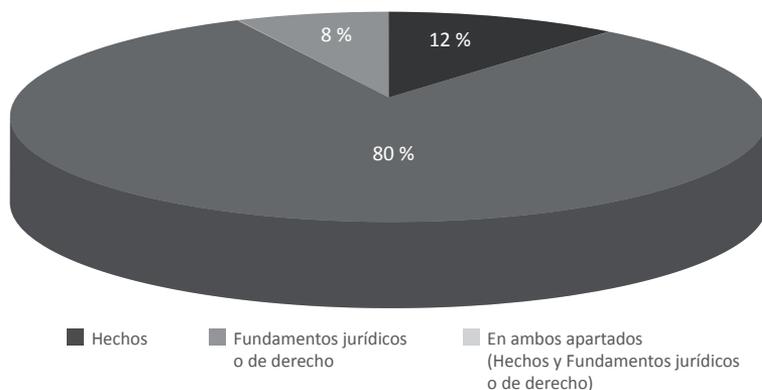


Una última distinción es la relativa al apartado de la sentencia en el que se encuentra la cita, en los “Hechos” o en los “Fundamentos jurídicos o de derecho”. Del análisis de las sentencias mexicanas y de su estructura se deduce que en 89 sentencias las citas están en los fundamentos “de derecho”, mientras que en 13 casos las citas están en “los

²⁷ En las decisiones SUP-JDC-161/2018, SUP-JDC-186/2018, SUP-JE-17/2018, SUP-RAP-87/2018, SUP-REC-300/2018, SUP-JDC-366/2018 y SUP-REP-684/2018 las citas son introducidas tanto por la Corte como por el magistrado disidente; en un caso, las citas son hechas tanto por la Corte como por las partes (SUP-REP-115/2018), y en las últimas dos decisiones las citas son introducidas por todos los sujetos (SUP-JDC-296/2018 y SUP-JDC-304/2018).

hechos”, sin que sean retomadas en la fundamentación “de derecho” (Gráfica 9). Solo en 9 casos las citas están en ambas partes de las sentencias. Es importante resaltar que, siguiendo lo expuesto antes, las decisiones mexicanas no están divididas explícitamente entre las partes “de hecho” y las “de derecho”.

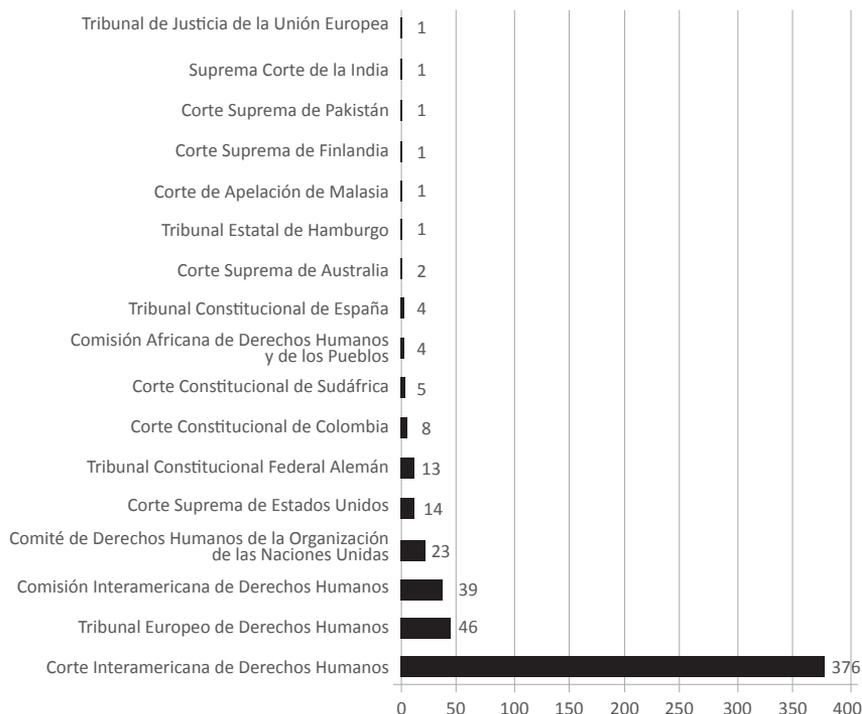
Gráfica 9. Apartado de la sentencia en el que se ubican las citas



Los datos expuestos también sirven para confirmar el análisis sustancial que se presentará a continuación, el cual evidencia que la apertura del TEPJF al derecho internacional y extranjero está orientada fundamentalmente a legitimar sus decisiones a través de la referencia a sentencias internacionales y extranjeras en las que se han resuelto casos análogos.

Al analizar cuáles son las cortes citadas (Gráfica 10), resulta evidente que el órgano judicial más referenciado en las sentencias del TEPJF es la Corte IDH, mencionada 376 veces en 96 de las 111 sentencias que contienen alguna cita del formante jurisprudencial o cuasijurisprudencial. Por lo anterior, no hay duda de la existencia de un diálogo judicial y de una interesante interacción entre la Corte IDH y el TEPJF, justificada, además, por el hecho de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) forma parte del bloque de constitucionalidad mexicano.

Gráfica 10. Número de citas por cada órgano judicial o cuasijudicial



La trascendencia de la Convención se demuestra, además, por el número de veces en que es citada por el Tribunal mexicano, que según los datos supera por mucho al de las citas que se hacen de otras fuentes normativas y del *soft law*.

En particular, de un total de 161 decisiones en las que se encuentra alguna cita del formante normativo y del *soft law*, la CADH es citada 368 veces en 137 sentencias del TEPJF.

Entre las funciones de la Corte IDH está el control de convencionalidad respecto a la Convención Americana, a la que se ve confrontada la norma interna de los estados Parte; al respecto, al menos del análisis presentado, se puede deducir que existe una coherencia entre el ordenamiento mexicano y el sistema interamericano de derechos humanos, sustentada en el hecho de que la mayoría de las decisiones que contienen citas del formante jurisprudencial hacen al menos una referencia al órgano interamericano.

Como se mencionó, en 2011 México adoptó una reforma constitucional por la cual los derechos humanos comprenden una protección

tanto doméstica como internacional, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado los estándares de materialización establecidos en las sentencias de la Corte IDH.²⁸

Un ejemplo que confirma la relación entre las citas a la Corte IDH y el control de convencionalidad es la sentencia SUP-REP-105/2018, en la que se afirma que la libertad de expresión y de información es un principio cardinal de una sociedad democrática, lo cual está establecido tanto en el artículo 6 de la Constitución federal de México como en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 13 de la CADH. Con dicho propósito, se cita la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte IDH sobre la función de los periodistas y el respeto de los artículos 13 y 19 de la Convención Americana, solicitada por el gobierno de Costa Rica y en la cual la Corte Interamericana afirma que la libertad de expresión es una piedra angular para la existencia de la democracia y resulta indispensable, sobre todo en el ámbito político-electoral, para la formación de la opinión pública. La libertad de expresión es, por ende, fundamental para los partidos políticos y para todos aquellos que buscan influenciar a la sociedad.

El segundo órgano judicial más citado es el TEDH —no obstante, para México no resultan vinculantes sus decisiones—, instituido por el Consejo de Europa con el fin de asegurar la aplicación y el respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El TEDH fue citado 45 veces en 24 sentencias del TEPJF. En 7 de las 24 sentencias²⁹ el TEDH se cita junto a la Corte IDH y a la Corte Constitucional de Sudáfrica, ya que tales tribunales han adoptado la figura jurídica del *amicus curiae*, definida en el artículo 2, párrafo 3, del Reglamento Interno de la Corte IDH y en el artículo 36, párrafo 2, del TEDH como “la persona o la institución extraña al proceso que presenta a la Corte argumentos sobre los hechos contenidos en la controversia o formula consideraciones jurídicas sobre argumentos del proceso, a través de un documento”.

²⁸ C. LANDA, *Gli standard del controllo di convenzionalità nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016.

²⁹ SUP-RAP-87/2018, SUP-JDC-304/2018, SUP-JDC-230/2018, SUP-REP-32/2018, SUP-RAP-26/2018, SUP-JDC-296/2018 y SUP-JDC-206/2018.

En otras 6 sentencias³⁰ es citado el caso *Hirst vs. United Kingdom*, el cual, al igual que otra sentencia de la Corte IDH,³¹ establece que las previsiones de requisitos para ejercer los derechos políticos no son una limitación indebida, ya que los derechos políticos no son absolutos y, por ende, pueden ser objeto de límites.

En dos sentencias³² se referencian los casos *Adamosos vs. Latvia* y *Zdanoka vs. Latvia*, resueltos por el TEDH, en los que expresa que el legislador, al establecer restricciones a los derechos políticos, debe tener en cuenta que los estados han devenido en estados multiculturales, razón por la cual las normas deben considerar los diversos contextos actuales, en particular aquellos estados que hace poco salieron de un régimen dictatorial o de conflictos internos.

En definitiva, el tema sobre el que más se citó al Tribunal Europeo fue el relativo a la propaganda electoral, en específico en lo que respecta a la libertad de expresión en el ámbito de la función de la prensa y el periodismo, fundamentales para la formación de la opinión pública.

Siempre por el mérito del sistema del Consejo de Europa, se pudo destacar que en 7 sentencias se citó a la Comisión de Venecia (oficialmente, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho). En todas ellas se hace referencia al Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión. En particular, en las sentencias sobre candidatos independientes, el TEPJF hace mención de la directriz adoptada por la Comisión en la 51.ª sesión plenaria, del 2 al 6 de julio de 2002, en relación con los valores democráticos, la paridad e igualdad de oportunidades en las elecciones y las reglas para la presentación de candidaturas.

Es oportuno señalar, dado que se separa de las otras decisiones, la sentencia SUP-REC-379/2018, de junio, en la que el recurrente, en relación con las elecciones del Congreso local, hace alusión al Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia, en el cual se establece, acerca del requisito de la residencia para los fines de la elección, que la exigencia de un periodo de residencia no puede ser

³⁰ SUP-RAP-53/2018, SUP-REC-188/2018, SUP-REC-189/2018, SUP-REC-190/2018, SUP-REC-191/2018, SUP-REC-192/2018 y SUP-REC-193/2018.

³¹ Caso *Yatama vs. Nicaragua* y Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*.

³² SUP-JDC-421/2018 y SUP-REC-822/2018.

superior a los seis meses. No obstante, el magistrado José Luis Vargas Valdez, en su voto disidente, argumenta que son infundados los alegatos de la parte, pues afirma que las reglas del Código de la Comisión de Venecia no son vinculantes para la Sala Superior mexicana.

En contraste, es menester subrayar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) solo es citado una vez, en una sola sentencia del TEPJF,³³ con relación al principio *ne bis in idem*. En particular, el TJUE, en la sentencia C-150/06, de septiembre de 2006, afirma que un sujeto no puede ser nuevamente sometido a juicio por “los mismos hechos”, en el entendido de que la identidad legal de los hechos corresponde a que sean idénticos en tiempo, espacio y propósito.

La Corte Permanente de Justicia Internacional también fue citada una única vez en la sentencia SUP-JDC-186/2018; en específico, se referencia el caso de la fábrica Chorzów, en el cual la Corte Permanente define la “reparación integral” como la eliminación de todas las consecuencias del acto ilegal y el restablecimiento de la situación que habría existido si el acto ilícito no se hubiera cometido.

En lo concerniente a las cortes nacionales, son citadas la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional de Sudáfrica, el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Constitucional Federal Alemán, y por lo menos una vez tribunales de países como Australia y Malasia, entre otros.

De ellas, la más citada es la Corte Suprema de Estados Unidos, con 8 citas en varias sentencias. En 3 de estas sentencias la Corte Interamericana es citada por el ejercicio de la figura *certiorari*, que implica cierto grado de discrecionalidad en la selección de los casos por el órgano jurisdiccional de vértice. Fue posible identificar que dicha Corte fue citada principalmente en las sentencias sobre la propaganda electoral, y el caso más citado fue, sin duda, *New York Times vs. Sullivan*, en el cual se trata el tema de la libertad de expresión en el ámbito de la política. La Corte establece que esta libertad goza de una posición privilegiada. En específico, dicho caso tuvo como objeto la descripción imprecisa de una acción policial. La Corte, en la citada sentencia, sostiene que tales imprecisiones son tutelables y están cubiertas por la libertad de expresión.

³³ SUP-REP-122/2018.

En una de las sentencias³⁴ en las que se cita el caso *New York Times vs. Sullivan*, también se hace referencia a algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán. En el Caso *Lüth*, de 1958, el Tribunal Constitucional afirmó que la acción de boicoteo de una película alegada por su director, quien declaró haber sido sujeto de difamación por parte del director de la oficina de prensa de Hamburgo, estaba comprendida en el ejercicio de la libertad de expresión.

Otra cita del Tribunal Constitucional Federal Alemán se encuentra en la sentencia SUP-JDC-304/2018, que resulta de particular relevancia en el tema de la paridad de género, al afirmar la necesidad de garantizar el ejercicio de los derechos de voto en igualdad de condiciones y sin discriminación, lo cual es también tutelable en las personas trans. En esta sentencia se citan varias decisiones de diferentes cortes constitucionales nacionales, en particular de Alemania, India, Pakistán, Malasia, Australia y Colombia. En específico, dichas cortes señalan la necesidad de reconocer a las personas trans como un tercer género, a fin de eliminar las discriminaciones y, sobre todo, de mejorar la tutela y el reconocimiento de sus derechos humanos.

La Corte Constitucional de Colombia, al igual que en la anterior sentencia, es citada en otras 6 decisiones del TEPJF. En más de una sentencia es referenciado el precedente colombiano que define la libertad de expresión de los funcionarios públicos como un derecho/deber, ya que representa una forma de ejercer la propia función. Además, revisite particular relevancia la cita de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SUP-REP-56/2018, en la que se define la violencia contra las mujeres como violencia de género, la cual tiene sus raíces en una sociedad en la que existe un histórico desequilibrio de poder en las relaciones de género y es ejercida por hombres sobre mujeres para demostrar su subordinación. También se destaca que la violencia contra las mujeres no es solo física, también puede ser psicológica, y depende de la injusticia política, social, económica y cultural a la que las mujeres se ven constreñidas como resultado de la disparidad en el trato en relación con el que se da a los hombres. Otras citas de la Corte Constitucional de Colombia se hacen con relación a los derechos de las mi-

³⁴ SUP-REP-207/2018.

norías indígenas, en particular al ejercicio del derecho al voto de los desplazados³⁵ y a la necesidad de una interpretación *pro personae* de las normas procesales ante la presencia de minorías en condición de desventaja.³⁶

La Corte Suprema de Finlandia es citada en una sola sentencia,³⁷ que versa sobre la propaganda electoral, con relación a la condena que impuso a un ciudadano por haber publicado una afirmación notoriamente difamatoria contra el pueblo somalí: “los somalíes son ladrones y evaden impuestos”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España es citado en 3 sentencias, todas ellas sobre el tema de la propaganda electoral³⁸ y la importancia de la libertad de expresión de los periodistas y la inviolabilidad de la libertad de opinión en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional de Sudáfrica, como se dejó sentado con anterioridad, es citada en 5 decisiones,³⁹ en las que se clasifica como uno de los tribunales internacionales y extranjeros que más usan la figura del *amicus curiae*, junto con el TEDH y la Corte IDH.

El mismo TEPJF, en algunas sentencias,⁴⁰ reserva un acápite para el análisis del *amicus curiae*, en el cual se indican los terceros intervinientes en relación con la controversia (en su mayoría, representantes de asociaciones o presidentes de partidos políticos mexicanos), y reseña una definición de dicha figura, haciendo alusión a las normas del CEDH o al Reglamento Interno de la Corte IDH.⁴¹ En particular, en la

³⁵ SUP-JDC-366/2018.

³⁶ SUP-JDC-266/2018.

³⁷ SUP-REP-238/2018.

³⁸ SUP-REP-173/2018, SUP-REP-155/2018 y SUP-REP-684/2018.

³⁹ SUP-RAP-26/2018, SUP-REP-32/2018, SUP-RAP-87/2018, SUP-JDC-304/2018 y SUP-JDC-230/2018.

⁴⁰ De las cuales se pueden mencionar SUP-RAP-26/2018, SUP-REP-32/2018, SUP-JDC-208/2018, SUP-JDC-296/2018, SUP-REC-61/2018, SUP-RAP-87/2018, SUP-JDC-304/2018 y SUP-JDC-230/2018.

⁴¹ “En el art. 2, párrafo 3, del Reglamento interno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 36, párrafo 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, se define al *amicus curiae* como la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o que formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia a favor de una mejor administración de justicia”.

decisión SUP-REC-61/2018 se cita el caso *Kimel vs. Argentina*, en el cual la Corte IDH sostiene que los escritos presentados por los *amici curiae* pueden ser usados como elementos de juicio y pueden ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación del caso. Tales argumentos permiten reforzar la decisión judicial, a través de la reflexión de miembros de la sociedad que participan allegando sus escritos y fortaleciendo el debate, con la ampliación de los elementos de juicio, de modo tal que la Corte pueda realizar un análisis completo de la controversia. Aunque dichas posiciones no son vinculantes para la toma de decisión, sí aportan a la Corte criterios para tener un mayor conocimiento de los aspectos de interés en la vida política y jurídica de una nación, sobre todo tratándose de los principios democráticos; además, dicha figura representa un instrumento importante para la participación de los ciudadanos en el ámbito de un Estado democrático.

Sorprende la ausencia de citas a la Corte Suprema de Canadá, que es la más citada en el mundo y que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre varios casos con temas análogos a aquellos de los que conoce el ТЕРЖЕ, partiendo del derecho al voto, el principio de igualdad, la tutela de los pueblos indígenas y de que ha elaborado un test de proporcionalidad muy conocido (denominado “*oakes test*”), que ha circulado abundantemente en múltiples países, incluso fuera del área anglosajona.⁴²

2.3.2. Análisis sustancial

Para iniciar, es posible señalar de antemano una consideración preliminar: en las decisiones examinadas, las citas de la jurisprudencia de sistemas externos casi no se utilizan *a contrario*, es decir, para evidenciar que se toma en cuenta otra posibilidad interpretativa que viene descartada conscientemente en la nueva resolución, en razón de las

⁴² Véase T. GROPPI, *A user-friendly Court. The influence of Supreme Court of Canada decisions since 1982 on court decisions in other liberal democracies*, en *Supreme Court Law Review*, 2007, pp. 337-364.

diferencias entre el propio ordenamiento y el de proveniencia de la cita, lo cual es una práctica difundida entre tribunales constitucionales nacionales.⁴³

Tampoco son comunes las citas que son utilizadas en el momento inicial de la actividad interpretativa, es decir, en la “fase cognitiva” de la interpretación,⁴⁴ para orientar a la misma (en tal caso, se comienza con una suerte de lista de decisiones de otras jurisdicciones para mostrar las diversas opciones interpretativas posibles),⁴⁵ a diferencia de lo que pasa en la mayoría de los tribunales constitucionales e internacionales, donde esta técnica es muy utilizada.

En la jurisprudencia del ТЕРПФ las citas son empleadas principalmente en función de una “comparación confortativa” o “probatoria”, mediante la cual se pretende mostrar cómo una decisión que el Tribunal se apresta a adoptar ha sido tomada, también, por otras cortes, internacionales o nacionales.⁴⁶

Esta última categoría, que comprende las decisiones en las cuales el argumento externo contribuye efectivamente a la conformación de la decisión, será el objeto del análisis cualitativo que se expondrá a continuación, en el cual serán examinadas con mayor detalle algunas de las decisiones referidas.

⁴³ K. L. SCHEPPELE, *Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models*, en *Int'l J. Const. L.*, 2003, p. 296; H. KLUG, *Model and anti-model: the United States Constitution and the 'rise of world constitutionalism'*, en *Wis. L. Rev.*, 2000, p. 597.

⁴⁴ En aquello que se ha definido como el “window-dressing approach” [sic], de acuerdo con el cual la Corte hace amplias referencias a fuentes extrasistémicas solo para demostrar su vasto conocimiento del derecho comparado e internacional. L. GARLICKI, *Conferencia introductoria: universalism v. regionalism? The role of the supranational judicial dialogue*, en J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor, 2012, p. 56.

⁴⁵ Esto, por otra parte, algunas veces da lugar a exposiciones cognoscitivas que comprenden ordenamientos tan variados que su utilidad “resulta del todo incomprensible”, como observa G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 8.ª edición, Padova, 2011, p. 67.

⁴⁶ Esta utilización “confortativa” de la cita de los precedentes de otra corte puede ser definida como una forma de comunicación judicial fundada en la “empatía”, allá donde recurrir al precedente externo no representa un mero ejemplo del derecho comparado, sino una referencia interpretativa dotada de gran eficacia persuasiva, gracias a la convicción de que existe una base común (*common ground*) entre el ordenamiento en el cual se ha adoptado la decisión y el ordenamiento en el cual se cita. Sobre tal clasificación, véase N. WALKER, *Beyond boundaries disputes and basic grids: mapping the global disorders of normative orders*, en *Int'l J. Const. L.*, 2008, p. 373.

a. Candidatos independientes

Del total de las decisiones analizadas en este libro blanco, el TEPJF ha emitido 147 sentencias sobre el tema de las candidaturas independientes; en 21 de ellas se presentan citas del derecho internacional y extranjero.

De los órganos judiciales y cuasijudiciales, el más citado fue la Corte IDH, con 79 citas.

Es en una de las sentencias sobre candidaturas independientes donde se cita, por única vez, al Tribunal Permanente Internacional de Justicia. En específico, el TEPJF cita, en la sentencia SUP-JDC-186/2018, el caso de la fábrica Chorzów, de 1927, en relación con la “reparación integral” cuando se ha generado un daño por violación de los derechos humanos. En esta misma sentencia se encuentra en 5 citas relativas a una única sentencia sobre candidatos independientes emitida por el TEDH, que toma la figura de la “*just satisfaction*”, equivalente al principio reconocido en el caso de la corte internacional mencionada.

Son numerosas las citas del “formante normativo” y del *soft law*, en particular de la CADH, citada 63 veces, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, citado 41 veces. La mayoría de las citas a la Comisión de Venecia, 8 de un total de 14, son hechas en las sentencias sobre el tema de los candidatos independientes y, en particular, en las sentencias SUP-REC-82/2018 y SUP-JDC-296/2018. En tales decisiones se referencia todo cuanto ha dispuesto la Comisión de Venecia en el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, en especial lo relacionado con las disposiciones que establecen el requisito del porcentaje de las firmas que soportan la candidatura del candidato independiente, el cual no debe ser superior a 1 %, y las disposiciones que enuncian los principios generales, como el de la igualdad de condiciones y el libre sufragio, que permitan a todos los ciudadanos concurrir en una competencia justa.

Finalmente, se resalta la falta de citas a las cortes constitucionales extranjeras sobre este tema.

b. Partidos políticos

Del total de 504 decisiones sobre el tema de los partidos políticos, 43 de ellas contienen citas del derecho internacional y extranjero.

En lo referente al formante jurisprudencial, la mayoría de las citas (72 citas) corresponde a la Corte IDH, mientras que en el formante normativo la fuente más citada es la CADH (101 citas).

Es menester mencionar, en particular, 6 decisiones idénticas⁴⁷ en el tema de partidos políticos, en las que fue ponente el magistrado Indalfer Infante Gonzales, en las cuales se hacen las mismas citas con el fin de declarar infundados los alegatos del recurrente. En específico, el Tribunal referencia las decisiones de la Corte IDH en los casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. México*, en las cuales se declara que la previsión de requisitos para ejercer los derechos políticos no constituye, *per se*, una indebida restricción de estos, toda vez que dichos derechos pueden ser objeto de límites siempre que se observen el principio de legalidad, la necesidad y la proporcionalidad, característicos de un Estado democrático.

Además de ello, el magistrado ponente adiciona una nota en la que expone que el mismo argumento ha sido usado por el TEDH en el caso *Hirst vs. United Kingdom*. Las citas a este caso son 7 de las 9 en total que se hacen del TEDH sobre el tema de los partidos políticos.

Respecto de las cortes constitucionales extranjeras, además de una cita a la Corte Constitucional de Sudáfrica, usada para definir la figura del *amicus curiae*, solo se hace una cita de la Corte Suprema americana, en la sentencia SUP-REC-1021/2018, en la que se menciona el principio del *certiorari*, con la discrecionalidad de la Corte Suprema en la selección de los casos de su competencia.

c. Propaganda electoral

El Tribunal Electoral, de marzo a agosto de 2018, se ha ocupado del tema de la propaganda electoral en 429 sentencias; 59 de ellas contienen citas al derecho internacional y extranjero. Como en los demás casos, el derecho internacional es el más citado, con 148 citas a la Corte IDH, 107 a la CADH y 50 al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁷ SUP-REC-188/2018, SUP-REC-189/2018, SUP-REC-190/2018, SUP-REC-191/2018, SUP-REC-192/2018 y SUP-REC-193/2018.

El TEPJF frecuentemente referencia la definición de libertad de expresión en la comunicación política dada por la Corte IDH en sus sentencias. En particular, son recurrentes las citas al caso de Olmedo Bustos y otros vs. Chile, conocido como “La última tentación de Cristo”,⁴⁸ en el que se declara la importancia de que los ciudadanos conozcan las opiniones de los otros y del derecho a defender la opinión propia. La Corte IDH considera que la libertad de expresión es una piedra angular de la sociedad democrática, indispensable para la formación de una opinión pública libre e informada.

La propaganda electoral es el tema que presenta el mayor número de citas a la jurisprudencia constitucional extranjera. Sobre el particular, se citan a varias cortes, como la Corte Suprema americana, con 10 citas en 5 sentencias; el Tribunal Constitucional de España, con 4 citas en 3 sentencias; la Corte Constitucional de Colombia, con 4 citas en 4 sentencias; el Tribunal Constitucional Federal Alemán, con 12 citas en 2 sentencias, en una de las cuales⁴⁹ se cita también al Tribunal Estatal de Hamburgo en referencia al caso Lüth, de 1958; finalmente, se hace una única cita de la Corte Suprema de Finlandia en la sentencia SUP- REP-238/2018.

La única cita del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las 1,624 sentencias analizadas, es la contenida en la sentencia SUP-REP-122/2018, que versa sobre el principio *ne bis in idem*, por el cual se reseña la interpretación del artículo 8 de la CADH hecha por la Corte IDH, según la cual “ningún imputado absuelto con sentencia definitiva puede ser sometido nuevamente a un mismo proceso por los mismos hecho”; el TJUE aclara que por “mismos hechos” se debe entender que los hechos coinciden en relación con las circunstancias de tiempo, espacio y alcance.

Para finalizar, en el tema de la propaganda electoral, en 3 decisiones⁵⁰ se hacen 4 citas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en relación con la Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión y Acceso a la Información.

⁴⁸ Entre otras, en SUP-REP-131/2018, SUP-JE-17/2018, SUP-REP-155/2018 y SUP-REP-207/2018.

⁴⁹ SUP-REP-207/2018.

⁵⁰ SUP-RAP-29/2018, SUP-REP-43/2018 y SUP-JDC-32/2018.

d. Paridad de género

El TEPJF, de marzo a agosto de 2018, emitió 62 sentencias sobre la paridad de género, 28 de las cuales contienen citas al derecho internacional y extranjero. El órgano judicial más citado es la Corte IDH, con 19 citas, mientras que las fuentes del *soft law* más referenciadas son la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, con 58 citas, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, con 48.

A diferencia de lo observado en otros temas, sobre la paridad de género son numerosas las citas de varias cortes constitucionales extranjeras, como el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte Suprema de Australia, las cortes supremas de India, Pakistán y Malasia, así como la Corte Constitucional de Colombia.

La mayoría de las citas fueron hechas en la sentencia SUP-JDC-304/2018, en la cual el TEPJF, por mayoría de votos, confirmó las candidaturas para el Consejo de Oaxaca de Santos Cruz Martínez y de Yair Hernández Quiroz, que habían sido canceladas como medida cautelar por la Comisión de Quejas y Denuncias del instituto local, por la violación del principio de paridad, ya que dichos sujetos, transexuales, se autodeclaraban y registraban como mujeres. En dicha sentencia, el Tribunal hace un amplio uso del derecho internacional y extranjero, en particular en el acápite denominado “Marco teórico, jurídico y conceptual”. En primer lugar, se ocupa de definir el principio de igualdad, que la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por México, ha clasificado como *ius cogens*.

En esta decisión también se cita a la Corte Constitucional de Colombia, que en la sentencia C-862/08 establece que el principio de igualdad no se debe entender solo en un sentido formal, sino también en uno material, según el cual, ante situaciones diferentes, se deben prever soluciones diferentes, teniendo en cuenta que hay casos que reclaman un mejor tratamiento o una mayor protección por parte del Estado. Además, se citó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece que no es oportuno entender el principio de igualdad solo en un sentido formal, sino que es necesario garantizar a los hombres y a las mujeres las mis-

mas oportunidades, tomando en consideración las diferencias biológicas y culturales.

En relación con el alcance de la paridad de género, el TEPJF declara que la obligación de los estados es la de garantizar la paridad de género en materia política, en relación con la modalidad de acceso a los cargos públicos; al respecto, trae a colación los artículos 1, 23 y 24 de la CADH y 3 y 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en las que se reconocen los derechos de todas las mujeres a la tutela de sus derechos humanos, que comprenden los derechos civiles y políticos.

Merece especial atención la parte de la sentencia relativa a la comunidad LGBTI, en la que se hace mención de los *Principios de Yogyakarta* y de los principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; estos últimos se encuentran en un estudio titulado “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, en el cual se da una definición de las categorías de sexo, género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Por identidad de género la Comisión entiende la sensación interna e individual del género con el cual una persona se siente identificada, que puede corresponder o no al sexo asignado al nacer.

También se hace mención del hecho de que en 2008 fue la primera vez que la Asamblea General de la ONU emitió una resolución sobre la tutela de las personas transexuales, repudiando la discriminación. Adicionalmente, se referencia la Opinión Consultiva OC-24/17, en la que la Corte IDH confirma la jurisprudencia según la cual la identidad de género es una categoría protegida por la CADH, el cambio de nombre o la rectificación de los documentos de identidad es un derecho y el reconocimiento de que la identidad de género y la orientación sexual son manifestaciones de la autonomía personal o privada.

En la misma sentencia, el TEPJF cita, además, varias sentencias de las cortes supremas de Malasia, Pakistán e Irán, así como del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en las que se invita al reconocimiento legal de un tercer género. Se reseña el caso AB y AH vs. Western Australia, en el cual la Corte Suprema de Australia ordena que los documentos de identificación de las personas transexuales deben ser emitidos

sin que estas sean sometidas a una visita médica o a una intervención quirúrgica. Con estos pronunciamientos judiciales se aspira a fomentar una aceptación social que permita, a su vez, el reconocimiento legal de las personas transexuales como tales.

e. Minorías indígenas

Del total de las decisiones analizadas en este libro blanco, 38 se refieren a los derechos político-electorales de los pueblos indígenas; de estas, 14 contienen citas del derecho internacional y extranjero. En específico, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo es una de las fuentes normativas externas más citadas (la quinta más citada, en absoluto), con 41 citas en 10 sentencias; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tiene 23 citas en 6 sentencias.

La jurisprudencia externa es menos citada, en comparación con el formante normativo. El órgano judicial más citado es la Corte IDH, con 25 citas en 8 sentencias.⁵¹

En cuanto a los tribunales constitucionales, solamente se mencionan dos decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en dos sentencias donde figuran votos particulares o concurrentes, sin que haya una utilización sistemática de la jurisprudencia extranjera.⁵²

En términos generales, el uso de la jurisprudencia extranjera es poco frecuente en las sentencias sobre las minorías indígenas. Al respecto, cabe resaltar dos posibles causas: por un lado, no son muchos los tribunales que han desarrollado un activismo interpretativo sobre el tema, y, por el otro, está el hecho de que el TEPJF cuenta con una amplia jurisprudencia doméstica, bien la propia o bien la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la cual hace referencia, sin la necesidad de acudir a precedentes externos.

⁵¹ En particular, se hace referencia en las sentencias SUP-REC-214/2018, SUP-REC-41/2018, SUP-REC-61/2018, SUP-REC-55/2018, SUP-REC-145/2018, SUP-REC-501/2018, SUP-REC-876/2018 y SUP-JDC-366/2018.

⁵² Véanse SUP-JDC-266/2018, cuya cita se encuentra en el voto concurrente, y SUP-JDC-366/2018, cuya cita está en la opinión de la mayoría.

3. Conclusiones

Al final, se puede considerar que el TEPJF se presenta como un tribunal bastante abierto a las fuentes normativas y a la jurisprudencia externas. Como se ha dicho, las decisiones que presentan citaciones son 10.83 % (176 sobre 1,624). No es un número enorme, pero el porcentaje sería más alto al tomar en cuenta únicamente las decisiones más importantes y novedosas. Además, en las citaciones de la jurisprudencia externa, es muy frecuente que se citen párrafos enteros de las decisiones de cortes internacionales o extranjeras; la recurrencia a argumentos externos se encuentra tanto en la opinión de la mayoría como en las opiniones separadas, y no parece estar limitada a algunos magistrados, sino que parece patrimonio de la Sala Superior en su conjunto.

El tribunal externo más citado es —y esto no representa ninguna sorpresa— la Corte IDH. La referencia a esta jurisprudencia se explica por la creciente influencia que la Corte Interamericana ha estado ejerciendo en el ordenamiento mexicano después de la reforma constitucional de 2011. Las frecuentes referencias al TEDH se pueden considerar consecuencia del diálogo que existe entre los dos tribunales regionales. Como la mayoría de las decisiones de la Corte IDH cita al TEDH, la jurisprudencia europea constituye una fuente de inspiración muy fácilmente utilizable también para el TEPJF.

A nivel de tribunales extranjeros, las citas no son tan sistemáticas; por el contrario, parecen más ocasionales y ornamentales; la Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte Constitucional de Colombia son los tribunales más citados. La ausencia de referencias a una Corte tan influyente a nivel mundial, como lo es la Corte Suprema de Canadá, y las pocas citas de un tribunal constitucional que tiene influencia en Latinoamérica, como el Tribunal Constitucional de España, son sorprendentes.

Mientras que las referencias a estándares internacionales parecen alimentar de manera continua la jurisprudencia analizada —sobre todo, el diálogo con la Corte IDH constituye el marco de referencia central en la jurisprudencia del TEPJF—, una evaluación del uso de la jurisprudencia extranjera es más complicada: las referencias son escasas y parece prevalecer la tendencia de seleccionar las sentencias

más útiles para apoyar la decisión del Tribunal, ignorando otras decisiones importantes, a nivel de derecho comparado, que podrían ser relevantes, pero que introducirían soluciones que no coinciden con aquellas que la mayoría del TEPJF quiere apoyar.

Quizá se pueda resumir la actitud del TEPJF ante material externo diciendo que actúa más como internacionalista que como comparatista, probablemente debido a las características de su auditorio de referencia, que es más sensible al derecho internacional de los derechos humanos que al derecho extranjero.

Parte II
ANÁLISIS DE CASOS

Capítulo 1

LOS CANDIDATOS INDEPENDIENTES

Andrea Pisaneschi

Resumen: 1. Principios generales. — 2. Candidatos independientes y apoyo ciudadano. — 3. Candidatos independientes y pautas televisivas. — 4. Candidatos independientes y financiación.

1. Principios generales

Los candidatos independientes constituyen un punto de equilibrio en el procedimiento electoral entre los partidos políticos y la sociedad civil. La posibilidad de la participación en las elecciones de los candidatos independientes, así como la tutela constitucional de estos, es importante para evitar el monopolio de los partidos políticos. Sin embargo, aunque los candidatos independientes estén presentes en la legislación electoral de muchos estados, al final, es bastante difícil que puedan modificar, de manera significativa, el resultado final de una elección.¹

Los principios supranacionales y del *soft law* respecto a las buenas prácticas consideran a los candidatos independientes instrumentos para fortalecer la democracia y menoscabar el dominio de los partidos políticos.

En general, el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia sugiere que el apoyo ciudadano requerido no sea mayor que 1 % de los electores de la circunscripción. Esta previsión, de verdad, no está expresamente relacionada con la posición de los candidatos independientes, sino con todos los candidatos, porque constituye una limitación al derecho de ser votados, en general, pero se puede

¹ Cfr. V. A. OLGUIN, *Candidaturas independientes en México. Algunas reflexiones sobre los retos existentes para su armonización política y jurisdiccional*, en L. E. RÍOS VEGA (ed.), *La justicia constitucional de los derechos políticos*, Ciudad de México, 2017, p. 213.

decir que el Código contiene principios sobre la necesaria “paridad de armas” entre los candidatos independientes y los candidatos partidistas. De hecho, el artículo 2.3 contiene el principio de igualdad de oportunidades, en el que se indica que

deberá garantizarse la igualdad de oportunidades entre los partidos y los candidatos [y que] el principio de igualdad de oportunidades puede, en ciertos casos, llevar a la limitación de los gastos de los partidos, sobre todo en materia de publicidad.

En particular, en el párrafo 146 de los Lineamientos sobre la Regulación de los Partidos de la OSCE-ODIHR y la Comisión de Venecia (2010) se subraya que la legislación de un país puede prever, en el caso de los candidatos independientes, apoyo ciudadano que no es requerido a los candidatos de los partidos políticos. Sin embargo, este diferente trato no tiene que ser discriminatorio. Es decir, tiene que ser razonable y proporcional. Sobre el principio,

los candidatos individuales deben tener igual oportunidad de participar en la contienda que aquellos que son candidatos partidistas. Sin embargo, la legislación permite comúnmente que los candidatos de los partidos estén exentos de requisitos particulares para acceder a la boleta que han sido previamente cumplidos por el partido. Por ejemplo, los candidatos de los partidos pueden estar exentos de reunir firmas para mostrar el apoyo, si el partido ya ha recolectado previamente las firmas para ganar reconocimiento como partido. En dichos casos, a los candidatos independientes se les puede exigir aun el cumplir el requisito de firmas de apoyo. Dichos sistemas no son necesariamente discriminatorios; sin embargo, la legislación debe subrayar claramente qué excepciones son aplicables y garantizar que los requisitos impuestos a los candidatos independientes no sean más restrictivos que aquellos previamente cumplidos por el partido.

Así, se puede decir que también los Lineamientos valoran el principio de que los candidatos independientes deben tener las mismas oportunidades de ser votados de los candidatos partidistas.

También, los *Criteria for Standing in Local and Regional Elections* (2015), en la *Recommendation 375*, indican que los candidatos independientes pueden ser admitidos en todas las elecciones locales y regionales, sin requisitos demasiado restrictivos de firmas de respaldo.

En buena medida, aunque la normativa supranacional en materia electoral prevea el derecho a ser votado como candidato independiente y destaque la importancia de los candidatos independientes en el procedimiento electoral, es posible que la ley ponga limitaciones a este derecho, siempre que estas limitaciones no sean irrazonables.

Por lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la única norma sobre las elecciones se encuentra en el artículo 3 del Protocolo I. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); en este sentido, ha dicho que los derechos políticos pueden tener limitaciones implícitas y que los estados gozan de un amplio margen de apreciación, salvo la limitación de la proporcionalidad.² Además, el TEDH sostuvo que los estados tienen un amplio margen de apreciación al determinar las condiciones de inelegibilidad, que deben respetar el principio de proporcionalidad y no ser discriminatorias.

Una de las decisiones más importantes del TEDH en el tema de los candidatos independientes fue la tomada en el caso *Yumak and Sadak vs. Turkey* (2008), que trata diferentes cuestiones.

En primer lugar, el TEDH estableció que el umbral de 10 % que los candidatos independientes tienen que alcanzar para ganar un escaño, en teoría, es demasiado alto, pero en el contexto de la legislación turca no se podría decir que es ilegítimo.

En segundo lugar, el TEDH evidenció la contribución fundamental que los partidos políticos hacen al debate político. Según el Tribunal, los partidos políticos se distinguen de los candidatos independientes en que, normalmente, tienen una raíz local. Los partidos políticos llevan a cabo funciones fundamentales para determinar la política general de la nación y, por eso, son correctivos necesarios; es decir, no pueden tener el mismo estatus que los partidos políticos, los cuales tienen finalidades diferentes y mucho más generales.

En tercer lugar, en esta decisión, el TEDH evidenció que la falta de previsión de un tiempo televisivo o de radio para los candidatos independientes constituye una fuerte desventaja para estos.

En lo que respecta a México, los candidatos independientes fueron introducidos con la reforma de 2014. Estos, sin embargo, no tienen la

² TEDH, *Matthews v. UK* (1999); *Labita vs. Italy* (2000).

posición constitucional de los partidos políticos. El artículo 35, que trata los derechos del ciudadano, prevé en el “Título II” que los ciudadanos tienen el derecho de ser votados

para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidato ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones, y términos que determine la legislación.

El artículo 41 tutela de manera muy amplia a los partidos políticos y reenvía a la ley la tutela de los candidatos independientes. En consecuencia, en cuanto a estas normas constitucionales, se le da un trato muy diferente a los candidatos independientes respecto del que se da a los partidos políticos, ya sea por el porcentaje de apoyo ciudadano necesario para presentarse en las elecciones, por las diferentes reglas en el tema de la financiación o por las diferentes reglas en el tema del acceso a los medios radiotelevisivos.

En este ámbito, son muchas las decisiones del TEPJF que tratan los diferentes problemas de los candidatos independientes; sin embargo, todas estas nacen de una cuestión principal, que es la diferente posición constitucional hacia los partidos políticos respecto de los candidatos independientes; por lo tanto, en general, no se puede utilizar el juicio de igualdad, dado que las posiciones son diferentes, sino el juicio de racionalidad.

El TEPJF señala que los candidatos independientes ejercen un derecho ciudadano al solicitar su registro como tales ante la autoridad electoral cuando cumplen con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación, pero sin pretender adquirir la permanencia que tiene un partido. La naturaleza constitucional de los partidos políticos cumple con el fin específico de integrar la representación nacional, erigiéndose como la regla general para el acceso al poder público, y solo como excepción puede prescindirse de su existencia, mediante la postulación ciudadana individual. De hecho, los partidos tienen fines adicionales respecto al momento electoral, consistentes en promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política, así como hacer posi-

ble el acceso del ciudadano al ejercicio del poder público. Por lo tanto, los candidatos independientes no se encuentran en una situación de igualdad en relación con los partidos políticos, a partir de las demás finalidades que estos tienen.

Además, los partidos políticos son entidades de interés público, cuyos fines son promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y, como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de estos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los principios, programas e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como la reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales. Dichas características impiden homologar a los ciudadanos que individualmente pretenden contender en un proceso electoral específico, sin comprometerse a mantener una organización política después de las elecciones en las que participen.³

2. Candidatos independientes y apoyo ciudadano

Como consecuencia de esta posición general de distinción, en muchos casos son legitimados diferentes tratos respecto a los partidos políticos. Un primer problema es el porcentaje de apoyo ciudadano necesario para presentar candidaturas independientes; para presentar este tipo de candidaturas a la presidencia de la república, hay que alcanzar el porcentaje de 1 % de apoyo ciudadano por lo menos en 17 entidades federativas.

La cuestión del porcentaje de apoyo ciudadano necesario para presentar candidaturas independientes ha sido ampliamente abordada por el TEPJF, que ha desarrollado una jurisprudencia que se basa en los siguientes puntos:

- a) La Constitución no establece algún valor porcentual de apoyo ciudadano, lo cual implica, *en abstracto*, una amplia discrecionalidad del legislador. En consecuencia, también el legislador secundario

³ En este sentido, véase SUP-JDC-208/2018.

cuenta con libertad configurativa para establecer la forma en que se debe acreditar el apoyo ciudadano a los candidatos sin partido para la obtención de su registro; la exigencia de un número mayor de respaldo a los candidatos independientes a presidente de la república que el que la ley requiere a los partidos políticos nacionales de nueva creación no implica un trato desigual entre sujetos equivalentes, porque no guardan una condición equivalente a estas organizaciones.⁴

- b) Desde el punto de vista constitucional, el valor de 1 % del electorado para participar en la elección presidencial no constituye un número exorbitante o inédito.
- c) Sin embargo, *en concreto*, el porcentaje de apoyo ciudadano puede ser considerado ilegítimo desde el punto de vista del control de proporcionalidad, cuando hay indicadores concretos de incoherencia.
- d) En general, el TEPJF solicita aplicar el Código de Buenas Prácticas de la Comisión de Venecia, que solicita para la presentación de candidaturas 1 % de respaldo ciudadano.⁵

En el caso específico, por un lado, el TEPJF razonó que la Constitución no establece algún valor porcentual de respaldo ciudadano a las candidaturas independientes, por lo que el legislador cuenta con un amplio margen de libertad al respecto. Además, el porcentaje de apoyo ciudadano no implica un trato desigual respecto de los partidos políticos. De hecho, quienes ejercen su derecho ciudadano a presentarse a las elecciones sin incorporarse a los partidos no guardan una condición equivalente a la de estas organizaciones. Por otro lado, se sostuvo que el respaldo de 1 % del listado nominal del estado para ser postulado a la presidencia de la república no constituye un número exorbitante o inédito desde el punto de vista constitucional.

Pero, no obstante la discrecionalidad del legislador, no siempre la presencia de un umbral de apoyo ciudadano a los candidatos independientes es legítima. En otra decisión de la Sala Superior, el TEPJF

⁴ En este sentido, véanse SUP-JDC-246/2018, SUP-JDC-247/2018 y SUP-JDC-248/2018 y acumulados.

⁵ SUP-REC-82/2018.

consideró que las normas de Puebla (Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Puebla), que prevén la necesidad de recoger 3 % de firmas de votantes en treinta días para presentar candidaturas independientes, no respetaban el requisito de proporcionalidad.⁶ Según el TEPJF, la norma persigue un fin constitucionalmente válido, puesto que tiene como propósito que la candidatura independiente cuente con una auténtica posibilidad de participar en la contienda electoral en igualdad de condiciones, y contiene una medida idónea, porque contribuye a lograr la finalidad constitucionalmente válida buscada por el legislador, pero la restricción no cumple el subprincipio de necesidad, dado que existen otras medidas menos gravosas para la intervención del derecho fundamental a ser votado.

La norma de Puebla tenía, de hecho, un porcentaje alto de firmas y un plazo breve para recogerlas respecto a otros estados, que se sitúan entre 2 % y 1 % y cuentan con un plazo mayor. El TEPJF calculó que un candidato independiente en Puebla necesitaba recoger 1,259 firmas diarias, mientras que en los otros estados eran necesarias no más de 359 firmas diarias. Por esta razón, la norma no superó

un test de proporcionalidad, dado el desequilibrio entre el ejercicio efectivo de un derecho humano —votar y ser votado— y el número de apoyos ciudadanos exigidos por la norma en cuestión, que se traduce en una limitante que no cumple con los parámetros de necesidad y proporcionalidad constitucionalmente válidos.

Además, es útil subrayar que con esta decisión el Tribunal cambió su jurisprudencia. En diversos precedentes de la Sala Superior, se había declarado constitucional la exigencia de 3 % de apoyo ciudadano para gubernaturas.⁷ La razón del cambio está en el hecho de que

la actora de manera muy particular realizó planteamientos sobre la relación de firmas, el plazo para recabarlas, el número de personas que integran la lista nominal en el municipio de Puebla y la pretensión específica de postularse como candidata independiente al Ayuntamiento.

⁶ SUP-REC-82/2018.

⁷ Las decisiones son de 2016 y corresponden a Hidalgo (SUP-JDC-1509/2016), Veracruz (SUP-JDC-125/2016), Puebla (SUP-JDC-1527/2016) y Tlaxcala (SUP-JDC-1/2016).

Vale la pena profundizar en esta decisión. En primer lugar, el TEPJF utilizó el test de proporcionalidad para demostrar que el número de firmas y el plazo no eran razonables, a fin de garantizar el derecho fundamental a ser votados; en segundo lugar, utilizó, de forma expresa, el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia, que aconseja un umbral de no más de 1 %, y, en tercer lugar, superó el problema de la discrecionalidad del legislador en esta materia, ya planteado por la SCJN. La Suprema Corte, de hecho, resolvió que los órganos legislativos contaban con libertad configurativa al establecer los requisitos para el registro de una candidatura independiente. Según el TEPJF, pero se trataba de un control abstracto y no se analizaron cuestiones concretas, como el número de personas inscritas en el listado nominal en relación con el cargo que pretende la candidatura, la relación del número de firmas y el porcentaje requeridos y los parámetros comparativos, con regulaciones de situaciones similares.

Además, el test de proporcionalidad ha sido utilizado para evitar el conflicto con la decisión de la Suprema Corte, que estableció en esta materia una amplia discrecionalidad del legislador.

La discrecionalidad del legislador en todos los países es utilizada para limitar el juicio de las cortes constitucionales en el control de proporcionalidad. En particular, la acción del TEPJF de comparar las normas de otras municipalidades parece similar al principio de *consensus standards* utilizado por el TEDH. Normalmente, de hecho, el TEDH comprueba la existencia de un consenso internacional en lo que respecta al nivel de tutela del derecho existente en los diferentes países y lo eleva a estándar mínimo de tutela. Los límites del margen de apreciación tienden, por lo tanto, a ensancharse o reducirse en relación con la falta o la existencia de un *consensus standard*. Y esto se refleja en el modo de uso del escrutinio de proporcionalidad: más riguroso si el margen de apreciación nacional es reducido, menos penetrante si el margen es más amplio.

En este caso, se puede decir que el TEPJF consideró *consensus standard* la medida de las firmas necesarias para el apoyo ciudadano en otras municipalidades. La existencia de este *consensus standard* ha permitido superar la decisión “abstracta” de la SCJN que, en esta materia, reconoció la existencia de la discrecionalidad del legislador.

El otro punto que es importante subrayar es la referencia, en esta decisión, al Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia. De hecho, el Tribunal reconoció utilizar como

criterio orientador de fundamental importancia en la impartición de justicia [...] la directriz enunciada por el Código de buenas prácticas en materia electoral de la Comisión de Venecia relativa a que es preferible que la ley no exija las firmas de más del 1 % de los votantes.

El Código, de hecho, indica que para la presentación de candidaturas individuales la ley no tendría exigir más de 1 % de los electores del distrito. Y esto, porque es también un principio consolidado del derecho europeo que las limitaciones al derecho de voto —en sentido activo y pasivo— tienen que ser excepcionales y pueden ser objeto de un escrutinio estrecho de proporcionalidad.

En este sentido, el Código cumple con su función de *soft law*, así como de vincular la discrecionalidad del legislador en materias (los umbrales electorales) en las que tradicionalmente el control jurisdiccional es difícil, precisamente porque el poder discrecional del legislador es amplio.

3. Candidatos independientes y pautas televisivas

Otro tema muy debatido en el TEPJF es el derecho de los candidatos independientes a pautas televisivas. Los candidatos independientes, de hecho, no tienen derecho al mismo número de *spots* que el que los partidos políticos pueden transmitir a través de radio y televisión. La Constitución mexicana prevé que los partidos políticos tienen derecho al uso permanente de los medios de comunicación social, en tanto que los candidatos independientes solo tienen derecho a esa prerrogativa durante las campañas electorales. Por lo tanto, la presencia de esta norma constitucional impide el control de convencionalidad. De hecho, los

derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción

expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

El marco normativo que establece la distribución de tiempo en radio y televisión se encuentra en la Constitución federal, en la LGIPE y en el Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral. Según esta legislación, los partidos políticos tienen derecho al uso permanente de los medios de comunicación social, en tanto que los candidatos independientes solo tienen derecho a esa prerrogativa durante las campañas electorales. En particular, el conjunto de candidatos independientes, según el tipo de elección, puede acceder al radio y la televisión como si se tratara de un partido de nuevo registro, únicamente en el porcentaje que se distribuye en forma igualitaria a los partidos políticos. Durante las campañas electorales federales, el tiempo en radio y televisión se distribuye entre los partidos políticos y los candidatos independientes, de la siguiente manera:

- 70 % se reparte entre los partidos políticos, de acuerdo con los resultados de la última elección de diputados federales.
- 30 % se divide en partes iguales, de las cuales una de ellas puede ser asignada a los candidatos independientes en su conjunto.

En este marco, el tiempo asignado a los candidatos independientes para las elecciones federales se distribuyó en forma proporcional al tipo de elección, de la siguiente manera:

- 33.3 %, en partes iguales, entre todos los candidatos al cargo de presidente de la república.
- 33.3 %, en partes iguales, entre todos los candidatos al cargo de senador.
- 33.3 %, en partes iguales, entre todos los candidatos al cargo de diputado.

Con este marco regulatorio, el TEPJF tuvo que decidir si los candidatos independientes podían gozar de las mismas condiciones, en términos de pautas televisivas, que los candidatos partidistas. La pretensión de la actora —candidata independiente—, de hecho, era que se

le permitiera participar en “condiciones equitativas” en relación con los restantes candidatos a la presidencia de la república, postulados por los partidos políticos, por medio del mismo número de *spots* que los que estos últimos pueden transmitir en radio y televisión. En consecuencia, la recurrente postulaba que la ley era inconstitucional, por la diferencia del trato que se les da a los candidatos independientes y respecto de los partidos políticos. La cuestión se enfrentó con la jurisprudencia consolidada del TEPJF y de la SCJN, que sostiene que “los partidos políticos y los candidatos independientes no se encuentran en un plano de igualdad”. Como se ha sostenido en muchos pronunciamientos, los partidos tienen fines adicionales, “consistente en promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política, así como hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público”. Las dos situaciones, por lo tanto, no parecen comparables; como consecuencia, el juicio de igualdad no se puede llevar a cabo.⁸

4. Candidatos independientes y financiación

El otro elemento importante de diferenciación entre los candidatos independientes y los partidos políticos es la normativa sobre la financiación. La norma diferencia, desde el punto de vista de la financiación, los partidos políticos de los candidatos independientes.

La legislación sobre financiamiento público a los partidos políticos y los candidatos, limitada inicialmente a cubrir los gastos de estos en las campañas electorales, evolucionó hasta llegar al sostenimiento de la vida permanente de los aparatos, atendiendo a la idea de que estos siempre están en campaña. A la par del financiamiento público se encuentra el de origen privado, consistente en los ingresos que pueden recibir los partidos políticos provenientes de fuentes ajenas al Estado. En el caso de los partidos políticos, este financiamiento, de acuerdo con la reforma constitucional de 1993, se configura de la siguiente manera: financiamiento de la militancia, financiamiento de simpati-

⁸ SUP-JDC-214/2018.

zantes, autofinanciamiento, financiamiento mediante rendimientos financieros y fondos y fideicomisos.

Sin embargo, la Constitución impuso la regla de que los recursos públicos deben siempre ser mayores que los privados (principio de prevalencia).

La reforma electoral de 2014, que incluyó las candidaturas independientes, contempló la determinación del financiamiento público para estas figuras, el cual, atendiendo su naturaleza, únicamente puede ser utilizado para los gastos de campaña. Para la distribución de dicho financiamiento, la ley dice (artículo 407, LGIPE) que deben considerarse todas las candidaturas independientes en su conjunto, como un partido de nuevo registro. El monto total se distribuirá en tres partes iguales, según el tipo de cargo a elegir:

- a) 33.3 % entre las candidaturas postuladas al cargo de presidente.
- b) 33.3 % entre todas las fórmulas que compiten por el cargo de senador.
- c) 33.3 % entre todas las fórmulas que aspiran al cargo de diputado.

Con respecto al financiamiento privado, pueden recibirlo, pero tales aportaciones no podrán rebasar 10 % del tope de gastos de campaña para la elección de que se trate.

Además, es útil subrayar que la Sala Superior del TEPJF, en una decisión de 2015, sostuvo que el principio de la prevalencia de los recursos públicos sobre los privados no es aplicable a las candidaturas independientes, puesto que el legislador estableció el principio en cuestión exclusivamente para los partidos políticos.⁹

En una decisión de gran relevancia, la Sala Superior del TEPJF declaró la inaplicación de la porción normativa del artículo 399 de la LGIPE, que establece la regla sobre el límite de financiamiento privado que pueden recibir los candidatos independientes, consistente en 10 % del tope de gastos para la elección de que se trate.¹⁰

La Sala Superior, en consideración del hecho de que se trataba de una medida restrictiva de un derecho, tuvo que evaluar si esta regla

⁹ SUP-REC-193/2015 y SUP-JRC-582/2015.

¹⁰ SUP-JDC-222/2018 y acumulados.

respetaba el principio de proporcionalidad. La medida era, por cierto, admisible, porque procura que los candidatos independientes no se vean comprometidos con determinados grupos de poder que financien sus campañas electorales.

En contra, el establecimiento de 10 % como límite no es proporcional en sentido estricto.

Los partidos políticos cuentan con estructuras consolidadas, y esto significa que cuentan con un respaldo ciudadano previo a los procesos electorales. Por su parte, las candidaturas independientes surgen con la finalidad de evitar el monopolio de los partidos políticos como únicos medios de acceso al poder, y, por lo tanto, deben participar en igualdad de circunstancias para tener posibilidades de éxito en la elección. Dado que

el financiamiento público que reciben los candidatos independientes es significativamente inferior al de quienes contienden representando a un partido político, es razonable que los candidatos independientes tengan la posibilidad de acceder a un financiamiento privado sustancialmente mayor al que reciben por concepto de financiamiento público, con lo cual tienen la posibilidad de contender en condiciones de igualdad.

Esta decisión, como se ha dicho, es muy importante, porque afirma y resuelve en concreto el principio de “paridad de armas” entre candidatos independientes y candidatos partidistas. No hay duda de que las situaciones son diferentes. En otras decisiones, esta diferencia entre partidos políticos y candidatos independientes está bien subrayada. No obstante, no cabe duda de que en la contienda electoral los candidatos independientes salen con desventajas respecto a los candidatos partidistas, porque no tienen una organización estable ni un apoyo estructural, como los otros.

En este marco, la decisión valora mucho el principio de que los candidatos independientes deben tener las mismas posibilidades de contender y tener éxito en las campañas electorales en las que participan respecto de las candidaturas postuladas por partidos políticos, más allá de las diferencias latentes que existen, como son el acceso a radio y televisión.

Esta línea interpretativa valora mucho el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia. El artículo 2.3. contiene el principio de igualdad de oportunidades, al establecer que

deberá garantizarse la igualdad de oportunidades entre los partidos y los candidatos [y que] el principio de igualdad de oportunidades puede, en ciertos casos, llevar a la limitación de los gastos de los partidos, sobre todo en materia de publicidad.

También, los Lineamientos sobre la Regulación de los Partidos consideran el principio que los candidatos independientes deben tener las mismas oportunidades de ser votados que los candidatos partidistas. Por lo tanto, se puede concluir que el principio de “paridad de armas” entre candidatos partidistas y candidatos independientes, en la diversidad sustancial de funciones y cargos, es un principio también expreso en la legislación supranacional.

Capítulo 2

LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Mario Perini

Resumen: 1. El marco supranacional e internacional. — 2. Los partidos políticos en el contexto político mexicano: una premisa necesaria. — 3. Los principales asuntos tratados por el TEPJF en materia de organización y funcionamiento interno de los partidos. — 3.1. Sobre la naturaleza de la reglamentación interna y su interpretación; el principio de autoorganización interna. — 3.2. Los procedimientos internos de los partidos: la selección de los candidatos y la justicia interna. — 3.3. La posición del asociado dentro del partido. — 4. Síntesis.

1. El marco supranacional e internacional

En las fuentes de derecho internacional, originariamente, los partidos políticos tenían escasa relevancia. Su tratamiento era indirecto, como una de las posibilidades de materializar los derechos del individuo, en particular, el de participar en la vida política del país sin ser discriminado.¹

A partir de la mitad de la década de los 90, la normativa comienza a ocuparse más intensamente de los partidos políticos, principalmente en el aspecto de establecer límites en función del amparo de los

¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5 [c]); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 7 y 8); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 15); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículos 4 [3], 29, 33 [3]); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 41 y 42); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículo 2 [2]); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 5 y 18). A nivel regional, la igualdad de derechos políticos está protegida en varios instrumentos, incluidos el Protocolo I del CEDH (artículo 3), la CADH (artículo 23) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 13).

derechos del individuo.² A partir de que los partidos entran en crisis —como consecuencia de la crisis de las ideologías—, la regulación supranacional comienza a comprender el derecho del individuo a participar efectivamente en la vida política y, en específico, a votar y ser votado, así como a una competencia política justa y periódica.

Como se declaró en el Comentario General al artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el objetivo del artículo es “asegurar que los ciudadanos tengan una efectiva oportunidad de ejercer los derechos protegidos. El art. 25 conforma la piedra angular de los gobiernos democráticos basados en el consentimiento de las personas y de conformidad con los principios del Pacto”.³ Este comentario oficial al artículo —que es significativo porque es de 1996, esto es, después de la caída del Muro de Berlín— evidencia que en muchas ocasiones la libertad de asociación y, en específico, la de conformar partidos políticos no es otra cosa que un instrumento para materializar los derechos individuales.⁴ En el párrafo que se ocupa específicamente de los partidos políticos (párrafo 26), se establece que “el derecho a la libertad de asociación, en particular el derecho a fundar organizaciones y asociaciones interesadas en cuestiones políticas y públicas y a adherirse a ellas es un complemento esencial de los derechos amparados por el artículo 25”. Al tratarse de una libertad instrumental/funcional, se puede decir que “los Estados deben velar por que, en su organización interna, los partidos políticos respeten las disposiciones aplicables del artículo 25 a fin de que los ciudadanos puedan ejercer los derechos que se les garantizan en ese artículo”.⁵

En el Comentario General de 1996 también se evidencia que

el derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos.

² Véanse UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 25, article 25 (Participation in public affairs and the right to vote). The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (1996), y UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 31, The nature of the general legal obligation imposed on states parties to the Covenant (2004).

³ UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 25, párrafo 1.

⁴ *Ibidem*, párrafos 7, 8, 9, 12 y 26.

⁵ *Ibidem*, párrafo 26.

Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios para presentar su candidatura deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura.⁶

Vale la pena decir que el partido es solo una de las posibilidades que existen para participar (indirectamente) en la vida política y en modo alguno se puede tener como un límite al derecho individual de participar por sí mismo. La democracia representativa puede existir efectivamente aun sin partidos; no obstante, esa ha sido la forma en que se ha desarrollado durante muchas décadas.

Al pasar del plano internacional al regional, en lo que respecta a la garantía de los partidos y a su autonomía, es posible encontrar posiciones diversas sobre el tema.

De hecho, el sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) presenta múltiples analogías con el cuadro internacional arriba mencionado. En el centro de la tutela se pone al individuo y su derecho a participar efectivamente en la vida política de su país y a hacerlo —pero no solo así— a través de los partidos políticos (artículo 23, CADH).⁷ Es verdad que este sistema regional ha iniciado

⁶ *Ibidem*, párrafo 17.

⁷ Véase, en particular, Corte IDH, Casos Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (2008) y Yatama vs. Nicaragua (2005). En especial, en la primera de las decisiones revisadas se lee (párrafos 145-146) que “el art. 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el art. 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término ‘oportunidades’. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”. Se evidencia claramente en esta decisión que, en el centro del sistema de protección, lo que se tutela es la participación (efectiva) del ciudadano en la vida política y que esa participación pueda desarrollarse en distintas maneras. El partido político, aunque tiene mucha importancia, no constituye el único ni el principal instrumento para garantizar la participación.

—antes de 1989— con la idea de la absoluta centralidad de los partidos políticos en la vida democrática. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1988, resaltó que “los partidos son institutos necesarios en la democracia [y] la democracia moderna des-cansa, puede decirse, sobre los partidos políticos”.⁸ No obstante, esta posición ha mutado en los años sucesivos para arribar a la concepción arriba mencionada, según la cual el partido es solo una de las formas de participación política, y, como tal, lo que es verdaderamente esencial para la democracia es la participación del individuo, independientemente de cuál instrumento utilice para hacerlo.⁹

El sistema regional europeo, sin embargo, presenta aspectos diversos.

En el derecho de la Unión Europea hay múltiples fuentes que hacen referencia a los partidos políticos, a partir de los artículos 10, párrafo 4, del Tratado de la Unión Europea (TUE); 224 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y 12, párrafo 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza).¹⁰ Para la Unión Europea, en definitiva, la democracia (en Europa) necesita la existencia de partidos políticos; estos, no como una de las posibles vías para la partición de los individuos en la vida política europea, sino como algo inevitable, aunque no exclusivo. Una posición análoga emerge en el contexto del Consejo de Europa,¹¹ a partir de la

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n. 26/88.

⁹ Sobre esta evolución, véase A. R. DELLA VIA, *Los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos*, en *Justicia Electoral*, 2011, pp. 49-ss.

¹⁰ Con base en la atribución de competencia contenida en el artículo 224 del TFUE, se han emitido varias fuentes del derecho derivado; las principales de ellas, que están actualmente vigentes, son el Reglamento 2014/1141, que hace referencia a la disciplina general de los partidos y las fundaciones políticos europeos; el Reglamento 2015/2401, que aborda el registro de los partidos y las fundaciones políticos europeos que se hace ante la autoridad; el Reglamento 2015/2246, en el que se establecen normas más detalladas sobre el registro de los partidos y las fundaciones, y, para finalizar, el Reglamento 2012/966, que en la “Parte II”, “Título VIII”, se ocupa del financiamiento de los partidos políticos a nivel europeo.

¹¹ De las múltiples resoluciones, recomendaciones y documentos de la Asamblea Parlamentaria, véanse Resolution 1546 (2007) and Resolution 1736 (2010) on a Code of Good Practice in the Field of Political Parties; Recommendation 1438 (2000) and Resolution 1344 (2003) on the Threat Posed to Democracy by Extremist Parties and Movements in Europe; Resolution 1308 (2002) on Restrictions on Political Parties in the Council of Europe Member States; Recommendation 1516 (2001) on the Financing of Political Parties; Resolution 1264 (2001); Resolution 1320 (2003) and Recommendation 1595 (2003) on a Code of Good Practice in Electoral Matters; Resolution 1601 (2008), on Procedural Guidelines on the Rights and Responsibilities of the Opposition in a Democratic Parliament.

convicción de que los partidos políticos constituyen la columna vertebral de las democracias¹² y sus crisis se reflejan en las crisis de los sistemas constitucionales propios:¹³

La calidad de la democracia representativa actual depende en gran medida del funcionamiento de los partidos políticos, en particular de sus organizaciones internas, transparencia, financiamiento y calidad de sus programas políticos. Gran parte de los desafíos que actualmente afrontan los sistemas democráticos coinciden con aquellos afrontados por los partidos políticos hoy en día.¹⁴

También destaca el *soft law* producido por el Consejo de Europa, en relación con la esencia del fenómeno-partido, cuya naturaleza es servir de intermediario entre los ciudadanos y las instituciones públicas y cuya finalidad característica es la competencia electoral.

Lo anterior se evidencia, por ejemplo, al leer en el Código de Buenas Prácticas elaborado por la Comisión de Venecia lo siguiente: “los partidos políticos constituyen [...] un elemento clave en la contienda electoral, y un mecanismo de conexión esencial entre el individuo y el Estado”.¹⁵ Al parecer, para el Consejo de Europa, sin partidos no es posible que exista una real competencia por la conquista del poder, esto es, una efectiva vida democrática.

A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre los partidos, abarcando un gran abanico de temas, desde los derechos de los miembros

¹² En este sentido, ad es., TEDH, case of Ouranio Toxo and others vs. Greece (2005); *Affaire Parti Socialiste de Turquie (STP) et autres vs. Turquie* (1998); *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey* (1998); *Republican Party of Russia vs. Russia* (Application no. 12976/07), párrafo 78.

¹³ Asamblea Parlamentaria, Resolution 1546 (2007), párrafo 5.

¹⁴ Asamblea Parlamentaria, Resolution 1736 (2010), párrafo 1.

¹⁵ Asamblea Parlamentaria, Resolution 1546 (2007), párrafos 4 y 5. Las consideraciones de la Asamblea prosiguen, en este modo: “su rol consiste en integrar grupos e individuos en los procesos políticos, sirviendo como herramienta para formular y representar sus intereses, estableciendo autoridades en diferentes niveles, elaborando políticas y programas políticos alternativos y controlando al ejecutivo. En consecuencia, siendo la conexión esencial entre el individuo y el gobierno democrático, los partidos políticos asumen una especial responsabilidad. Su legitimidad y credibilidad son de suprema importancia para la legitimidad del proceso democrático en su totalidad. Por otro lado, su mal funcionamiento podría afectar a todo el sistema democrático y a las instituciones”.

con respecto a la asociación¹⁶ y los posibles límites a la inscripción¹⁷ hasta el tratamiento reservado de algunos estados a los partidos políticos, utilizando como principal parámetro de juicio el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,¹⁸ que protege la libertad de reunión y asociación.

En términos generales, el TEDH destaca que los partidos se diferencian de otras asociaciones políticas en que tienen programas para el cambio social que, al llegar al poder, son capaces de cumplir:

La Corte ha confirmado, en múltiples ocasiones, el rol esencial desempeñado por los partidos políticos en los sistemas democráticos, donde a ellos se les reconoce derechos y libertades según lo que establece el Artículo 11 de la Convención, así como el Artículo 10. Los partidos políticos son una forma de asociación esencial para el correcto funcionamiento de la democracia [...]. Debido a la naturaleza del rol desempeñado por los partidos políticos, los únicos cuerpos que pueden llegar al poder, también tienen la capacidad de influir por completo en el régimen de sus países. Por las propuestas que ellos presentan ante su electorado, las cuales comprenden todo el modelo de sociedad, y por la capacidad de implementar dichas propuestas una vez llegados al poder, los partidos políticos se diferencian de otras organizaciones que intervienen en el ámbito político.¹⁹

Para el TEDH, los partidos son los únicos sujetos legitimados para competir por el poder.

En conclusión, tanto para la Unión Europea como para el Consejo de Europa, la democracia no puede existir sin partidos políticos, los cuales gozan de una amplia autonomía, garantizada por instrumentos supranacionales europeos.

¹⁶ TEDH, *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen vs. the United Kingdom* (2007), párrafos 37-ss.

¹⁷ TEDH, *Ahmed and others vs. the United Kingdom* (1998); *Vogt vs. Germany* (1995).

¹⁸ TEDH, *Dicle vs. Turkey* (2002). En un sentido análogo, véanse, por ejemplo, *Emek Partisi and Şenol vs. Turkey* (2005); *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) vs. Turkey* (1999); *Güneri and others vs. Turkey* (2005); *Moscow Branch of the Salvation Army vs. Russia* (2006); *Presidential Party of Mordovia vs. Russia* (2004); *Refah Partisi (the Welfare Party) and others vs. Turkey* (2003); *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey* (1998); *Yazar, Karatas, Aksoy and the people's Work Party [HEP] vs. Turkey* (2002).

¹⁹ TEDH, *Ouranio Toxo and others vs. Greece* (2005), párrafo 34.

2. Los partidos políticos en el contexto político mexicano: una premisa necesaria

El aspecto más distintivo del modelo constitucional de partido que acoge México, en relación con el tradicional europeo, es la naturaleza esencialmente pública de los partidos políticos, la cual está reconocida en la Constitución mexicana, en el artículo 41, según el cual “los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las normas y requisitos para su registro legal, las formas específicas de su intervención en el proceso electoral y los derechos, obligaciones y prerrogativas que les corresponden”.

En México, un partido político se define de la siguiente manera: “cualquier grupo de personas que busca participar en el poder político o conquistarlo, presentándose en los procesos electorales”,²⁰ lo que evidencia el perfil publicista (participación en el poder público y en los procesos electorales), que contrasta con la naturaleza asociativa privatista, la cual está casi totalmente ausente en la definición.

Por el contrario, aun hoy los partidos europeos parecen continuar “a la sombra y al margen de derecho público”,²¹ no obstante las previsiones constitucionales y legales que se ocupan específicamente de ellos en gran parte del continente europeo.

En concordancia con los principios del liberalismo clásico, y aun después del paréntesis de los totalitarismos del siglo xx, los partidos continúan siendo considerados parte de la garantía del derecho de asociación, lo cual no ha impedido que los legisladores intervengan en la actuación de los partidos y, algunas veces, hasta en la vida interna de los mismos; aunque estas intervenciones siempre han sido percibidas como *extrema ratio* para remediar una disfunción extremadamente peligrosa, a tal grado de influir en la vida de todo el ordenamiento institucional. La regulación estatal sobre la actuación de los partidos —y, sobre todo, su vida interna— ha sido y continúa siendo concebida como excepcional en Europa, toda vez que existe una convicción

²⁰ Véase TEPJF, *Partidos políticos. Manual del participante*, 2011, en www.te.gob.mx/ccje/archivos/manual_partidos.pdf, p. 9 (último acceso, el 28 de diciembre de 2018).

²¹ Véase S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 179.

generalizada de su naturaleza privatista, lo cual conlleva que cualquier intervención se debe justificar con la ponderación entre principios constitucionales, esto es, entre la libertad privada (de asociación política) y aquel que, dado el caso, corresponda.

Lo anterior, en contraste con el caso de México, donde, quizá como consecuencia de la Revolución de los inicios del siglo xx, se derivó un encuadramiento constitucional del partido político, que produjo que la opinión pública acoja la idea de partido estrecha y fuertemente integrada al aparato público, arraigándolo establemente en la organización constitucional y haciendo que permanezca como elemento integrante del poder estatal.

En particular, el establecimiento, entre 1929 y la década de los 90 del siglo xx, de un sistema sustancialmente de partido único —independientemente de los límites que esto implica, en relación con los principios del constitucionalismo liberal— permitió la consolidación de una concepción “publicista” del partido político, plenamente integrado al andamiaje estatal. Cuando, a partir de la década de los 90, se decidió garantizar a otros sujetos su participación en la competencia por el poder y se desarrollaron las reglas necesarias para alcanzar este objetivo democrático, la existencia de una concepción “publicista” del partido político facilitó la regulación detallada de su actuación y de su organización interna. Desde este punto de vista, la facultad de “las autoridades electorales [de] intervenir en los asuntos internos de los partidos políticos en los términos que señalen esta Constitución y la ley” (artículo 116, capítulo IV, inciso f, Constitución mexicana) es una consecuencia lógica de la naturaleza de los mismos partidos y no un instrumento excepcional de intervención que debe ser justificado cada vez que se use, con base en la ponderación de los diversos principios y valores constitucionales.

Además, al consultar la doctrina mexicana, se evidencia que el tema de los partidos políticos es tratado en el ámbito de la forma de gobierno, luego de que se explica la división de poderes. De hecho, se exponen como uno de los instrumentos necesarios para “la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo” (artículo 41, Constitución mexicana).

Una muestra de esta reconstrucción se puede encontrar, por ejemplo, en la reciente sentencia SUP-RAP-758/2017 del ТЕРПФ, en la cual

se afirma que, en ausencia de una específica disposición normativa, se debe acudir a los principios y a las reglas de la organización y el funcionamiento de los poderes públicos. El caso tratado en la sentencia en comento se refiere al financiamiento de los partidos y, en particular, al tratamiento que se le debe dar al residuo no gastado.²² El TEPJF, ante la ausencia de una norma sobre el particular, estableció que los principios de las finanzas públicas que se aplican a los sujetos de derecho público —respecto al tema de la restitución de los dineros remanentes— son vinculantes también para los partidos políticos.

3. Los principales asuntos tratados por el TEPJF en materia de organización y funcionamiento interno de los partidos

3.1. Sobre la naturaleza de la reglamentación interna y su interpretación; el principio de autoorganización interna

Para trazar un marco general, un primer asunto a considerar es la autonomía estatutaria y la consecuente modalidad de interpretación de la normativa interna.

En México, la Constitución permite —e incluso la impone, con el objetivo de hacer respetar el principio democrático— la intervención del legislador en el interior de los partidos políticos. Con la decisión SUP-REC-107/2018, el magistrado electoral mexicano reconoce la posibilidad de desaplicar la norma interna de un partido si esta no es conforme a la legislación electoral, o bien de interpretarla “conforme” a esta, dada su naturaleza de orden público y de directa aplicación de la Constitución. De esta forma, el TEPJF declara que el magistrado electoral de Nuevo León ha actuado bien al desaplicar una disposición estatutaria del Partido Acción Nacional, la cual no era conforme a la Ley Electoral para el Estado de Nuevo León, así como interpretar otras disposiciones de conformidad con la misma ley

²² SUP-RAP-140/2018.

electoral, a fin de, en definitiva, garantizar el respeto del principio de legalidad.

El presupuesto lógico de este razonamiento es que la norma interna de un partido político, aunque tiene la misma naturaleza que la legislativa, se ubica en un nivel jerárquico inferior a esta. El estatuto de un partido no es una expresión de la autonomía individual (negocial), protegida de la intervención de lo público, como en Europa, sino que es una norma jurídica que está sujeta al principio de legalidad y a las reglas de interpretación (sistemática) propias de todas las fuentes del derecho. En particular, está sujeta a una interpretación conforme que garantiza la coherencia entre la normativa interna y la legislación que desarrolla los principios constitucionales.

Como resultado, la naturaleza “publicista” de los partidos mexicanos permea la naturaleza de la normativa interna de los mismos, la cual no se reconduce a la autonomía negocial privada, sino a los temas de las fuentes del derecho.

Un segundo asunto que compone este marco general es el de la jurisprudencia producto del proceso electoral 2017-2018, atinente al principio de autoorganización o autodeterminación interna del partido, expuesto a la luz de lo decidido en dos decisiones: SUP-REC-107/2018 y SUP-REC-106/2018.

En líneas generales, el magistrado parece confirmar un principio común a gran parte de los estados liberales y democráticos, regidos por una constitución que contiene un catálogo de derechos. El artículo 35 de la Constitución mexicana establece, entre otros aspectos, que “son derechos del ciudadano: [...] III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país [...]”, a lo cual se suma, según el magistrado electoral, la existencia de un “derecho de asociación individual y libre para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país, del cual deriva la libertad de autoorganización y de determinar la forma en que se participará en los procesos electorales”.²³ En particular, esto implica una autonomía en la disposición de las normas internas; vale decir “a nivel federal y local, los partidos políticos tienen la libertad de autodeterminación,

²³ SUP-REC-107/2018, p. 9, y SUP-REC-106/2018, p. 16.

y esto implica el derecho a crear y establecer sus propias normas”.²⁴ Dicha autonomía incluye también la posibilidad de “definir la forma de gobierno y organización que estimen adecuada, conforme a su ideología e intereses políticos, incluidos los mecanismos que estimen más apropiados para la selección de sus candidatos a cargos de elección popular”.²⁵

Al pasar de la declaración de principios a la *ratio decidendi* en estas dos decisiones, se cae en cuenta de que el principio de autodeterminación o autoorganización, según se prefiera denominarlo —el cual deriva de la libertad individual de asociarse en partidos políticos—, se atenúa fuertemente como resultado de la interpretación sistemática de otros artículos de la misma Constitución, sobre todo de los artículos 9, 41 y 116.

Debido a esta última disposición constitucional —y a la naturaleza “publicista” del partido político mexicano—, existe una serie bastante amplia de límites a la autonomía normativa y organizativa internas.

En primer lugar, una incisiva limitación de los sujetos titulares del poder de intervenir en dicha autonomía: “las autoridades electorales solamente podrán intervenir en los asuntos internos de los partidos políticos en los términos que establezcan la Constitución y la ley”.²⁶ De esta manera, se excluye a otros sujetos, incluso judiciales, de la posibilidad de intervenir en la vida interna del partido político, aun cuando dicha injerencia devenga necesaria para garantizar otros valores constitucionales.

En segundo lugar, como consecuencia de que la normativa electoral es de orden público y de aplicación directa de la Constitución, no puede ser “derogada” por las disposiciones estatutarias del partido, las cuales —como se explicó en el párrafo anterior— pueden ser inaplicadas o reinterpretadas a la luz de la Constitución y las leyes.

En tercer lugar, la autonomía organizativa tiene un límite, en el respeto del principio democrático; de hecho, existe “siempre que sea con-

²⁴ SUP-REC-106/2018, p. 25.

²⁵ SUP-REC-106/2018, pp. 25-ss.

²⁶ *Ibidem.*

forme a los principios democráticos”,²⁷ en la manera como estos son aplicados y regulados en la Constitución, la legislación electoral y la jurisprudencia del magistrado electoral. El punto a resaltar, al respecto, es que son las disposiciones constitucionales (en particular, el artículo 41), las leyes y la jurisprudencia las que definen qué se debe entender por *principio democrático* y lo aplican, lo cual resulta demasiado amplio; por ello, se puede deducir que no es mucho lo que les queda a los partidos políticos para “autodeterminarse”.

A lo anterior se adiciona, de acuerdo con el magistrado electoral, que la autodeterminación de los partidos políticos, al disponer la reglamentación interna de su forma de gobierno y su gestión administrativa, no solo tiene como límite el respeto del principio democrático, también “necesariamente se debe ajustar al orden jurídico”,²⁸ lo cual comprende toda la legislación existente. De este modo, el espacio de la autonomía negocial privada queda casi anulado.

En cuarto lugar, la autodeterminación de los partidos políticos encuentra también un límite en los principios constitucionales con los que se halla en tensión, sobre todo en lo que respecta al derecho de los ciudadanos a ser electos. Como se ha expuesto al inicio de esta sección dedicada a los partidos políticos, el objetivo principal a partir de la década de los 90 ha sido el de permitir a cualquiera, a través de los partidos, participar en las elecciones electorales, en condiciones de igualdad de oportunidades, para el acceso a los cargos públicos. El principio de autonomía organizativa (incluida la normativa) de los partidos tiene un límite insoslayable en el “derecho fundamental de los ciudadanos mexicanos de poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley”,²⁹ razón por la cual, para materializar este derecho fundamental del ciudadano (así como el principio democrático en México), se han producido todas las normativas, constitucional y legislativa, así como instituido las autoridades (administrativas y judiciales) electorales. Por todo lo anterior, se aclara y se confirma que la idea de la autode-

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ SUP-REC-107/2018, p. 18.

²⁹ SUP-REC-106/2018, p. 18.

minación de los partidos político encuentra un límite en toda la normativa (y jurisprudencia) electoral. Por ende, se puede deducir que el partido (así como su autodeterminación) es, en definitiva, un mero instrumento para alcanzar los fines constitucionales.

Para concluir, la autonomía que es reconocida se puede calificar como “funcional”, ya que existe en función del derecho fundamental del ciudadano a ser elegido y del principio constitucional democrático, y será amparada siempre y cuando los partidos, en su regulación y organización internas, respeten los límites para alcanzar dichos fines, que tienen un rango constitucional.

Así concebida, la cuestión de si la “autonomía” conserva algo de su naturaleza privatista o, por el contrario, está totalmente sometida a las funciones públicas y a la organización dictaminada por el poder público es un asunto de la teoría general que escapa del alcance del presente análisis.

3.2. Los procedimientos internos de los partidos: la selección de los candidatos y la justicia interna

Las decisiones emitidas en el proceso electoral 2017-2018 afrontan dos importantes asuntos en relación con las formas del funcionamiento interno de los partidos políticos.

El primero es atinente a la selección de los candidatos y se ha tratado en las decisiones SUP-JDC-97/2018, SUP-REC-106/2018 y SUP-JDC-230/2018.

Las autoridades administrativas electorales, en primer lugar, y el magistrado electoral, en sede del control judicial, establecen que los mecanismos de selección de los candidatos pertenecen a la autonomía organizativa interna de los partidos, la cual, como se ha visto, está fundamentada en el artículo 35 de la Constitución. Como consecuencia de ello, si se sigue el razonamiento expuesto anteriormente, al ser los mecanismos de selección una expresión del principio más general, que es el de la autodeterminación interna, estos también tienen como límites las disposiciones constitucionales y legales (así como la aplicación e interpretación que las autoridades administrativas y judiciales hacen de ellas). Desde esta perspectiva, las sentencias sobre el tema particular, en líneas generales, no presentan mayores divergencias respecto de aquello afirmado en el acápite anterior.

Sin embargo, es menester resaltar el uso del criterio de proporcionalidad implementado con la técnica de la ponderación.

Al respecto, el magistrado electoral, al reconocer que los mecanismos de selección son una expresión de la autonomía organizativa interna del partido, que está constitucionalmente garantizada, evidencia que esta está limitada, a su vez, por las disposiciones constitucionales y legislativas en las que se establece el derecho del ciudadano mexicano a ser elegido, que, por supuesto, también está constitucionalmente amparado. De ello deriva la exigencia de ponderar la autonomía normativa y el derecho fundamental para verificar si la disciplina estatutaria (y reglamentaria) interna del partido para la selección de los candidatos está correctamente armonizada con respecto al derecho del ciudadano a ser votado o elegido. De esta manera, el magistrado electoral pone de un lado de la balanza a la normativa constitucional y legal, y del otro, la regulación interna del partido. El objeto de este ejercicio de valoración es la correcta ponderación con un acto que nace —aparentemente— de la autonomía negocial privada y no de una fuente del derecho, como usualmente se hace cuando se trata del juicio de ponderación, llevado a cabo por los jueces constitucionales.

Lo anterior significa que el estatuto del partido y sus reglas internas que establecen la selección de los candidatos son objeto de juicio, como si se trataran de verdaderas fuentes del derecho, sujetas a las mismas reglas del examen (constitucional). Dejando a un lado la posible reconstrucción teórico-dogmática de tal fenómeno, estas decisiones demuestran que, en México, el magistrado electoral se considera habilitado para aplicar directamente la Constitución en el interior de las relaciones privadas (*drittwirkung*), al menos en lo concerniente a las asociaciones políticas.

Esta conclusión resulta interesante desde una perspectiva comparada, dado que la *drittwirkung* aún es escasamente aplicado en Europa (así como en Estados Unidos de América) y se considera fuertemente contrario al liberalismo clásico y al constitucionalismo tradicional, que perciben la autonomía individual como una esfera impermeable —salvo contadas excepciones— respecto a los principios y valores constitucionales.

Sin embargo, en las decisiones examinadas, es claro que la *drittwirkung* constituye un factor distintivo y relevante, un *acquis* del derecho constitucional mexicano.

El otro asunto de interés, relativo a los procedimientos internos de los partidos, es el tratado en la jurisprudencia que se ocupa de la justicia interna de los partidos políticos, de la cual hay una completa exposición en la decisión SUP-JDC-97/2018.

En este juicio se discute sobre una omisión por parte de un órgano interno de un partido (su comisión jurisdiccional), que es competente, con base en los estatutos del partido, para resolver los conflictos en el interior de este. En el curso del procedimiento de selección de los candidatos, uno de los aspirantes interpuso un recurso interno ante el órgano en mención, el cual, no obstante, no emitió ningún pronunciamiento. El TEPJF consideró que dicha omisión no es conforme al derecho constitucional, al violar el derecho a la tutela judicial efectiva, y condenó al órgano interno de justicia del partido, ordenándole emitir una decisión en un breve término.

En efecto, esta decisión confirma lo dicho anteriormente sobre la aceptación generalizada de la *drittwirkung* como instrumento ordinario en la vida constitucional mexicana. El derecho constitucional a una tutela judicial efectiva —que comprende la obligación de emitir un pronunciamiento en un lapso en el que aún sea de interés del recurrente tenerlo— es aplicado en la vida interna de un sujeto constituido con base en la autonomía negocial privada, esto es, el partido político.

Pero la decisión parece ir más allá de la *drittwirkung*. En particular, cuando el Tribunal da por sentado que los criterios y los estándares elaborados tanto en la jurisprudencia mexicana como en la de la Corte IDH en relación con la función jurisdiccional se deben aplicar en los procedimientos internos de los partidos políticos. Entonces, en efecto, no se trata solo de aplicar directamente el derecho constitucional en el interior de una relación de un privado, sino también de hacer exigibles los principios de funcionamiento, los estándares y el criterio de acción propios de los poderes públicos, en específico del Poder Judicial.

Lo anterior lleva a concluir que la justicia interna de los partidos no es, como en la experiencia europea, una forma de arbitramento (esto es, un negocio entre privados regulado por normas privadas), sino un verdadero juicio de naturaleza pública regulado por principios, reglas y estándares propios de la función judicial.

3.3. La posición del asociado dentro del partido

La reciente jurisprudencia electoral presenta un interesante desarrollo del tema de la posición del individuo en el interior de la organización del partido. Algunos aspectos ya han sido mencionados y tratados en los párrafos anteriores, como lo referente al derecho a ser votado o elegido y su consecuente aplicación en relación (incluso en tensión) con la autonomía del partido político, así como el derecho a una tutela judicial (efectiva) dentro de los partidos. Otros asuntos son tratados en ulteriores decisiones del TEPJF.

Un primer tema es el atinente a la libertad de opinión del militante (SUP-JDC-32/2018). En esta sentencia, el magistrado electoral considera legítima la decisión de expulsión de un militante de un partido político, como consecuencia de declaraciones consideradas contrarias a las directrices que habían sido deliberadas por el partido. También en esta decisión se aplica la *drittwirkung* y se hace una ponderación de la libertad de palabra y la autonomía partidaria.

Si por una parte se tiene que la libertad de opinión es esencial en una democracia constitucional, por la otra se considera todo el desarrollo que se ha hecho sobre el problema de sus límites en los ordenamientos occidentales. Al respecto, resulta particularmente delicado el tema de la tensión entre la libertad de opinión y de palabra del individuo y su pertenencia (voluntaria) a los entes asociativos, sobre todo cuando estos últimos encuentran su razón de ser en la formación y sostenimiento de una determinada ideología, como sucede con los partidos políticos.

Desde un punto de vista lógico, es razonable que la decisión (individual y voluntaria) de participar en la vida de una asociación que se proponga difundir un determinado punto de vista (político) comprenda límites propios a la razón de ser de aquella asociación. Por lo cual, permitir a un miembro, sin ninguna clase de límites, permanecer contrario a las decisiones adoptadas legítimamente por la misma asociación pone en riesgo la existencia de esta; vale decir que viola la legítima expectativa de todos los otros asociados que han respaldado dicha decisión (la “línea de conducta”) y que participan en la asociación con la esperanza de que se actúe acorde con la dirección política acordada.

No obstante, es preciso aclarar que no cualquier disenso dentro de una asociación puede ser censurable y generar consecuencias negativas (como lo es la exclusión del miembro del partido, tal y como sucedió en el caso en comentario). Si ello fuera así, estaría totalmente negada (dentro de la asociación) aquella democracia en la que la asociación pretende participar para asegurar el ordenamiento constitucional.

El magistrado electoral, en la decisión SUP-JDC-32/2018, define un parámetro para identificar entre el disenso legítimo de un miembro de un partido y aquel disenso que pone en peligro la razón de ser del mismo partido. Al respecto, el Tribunal se pregunta si las declaraciones del militante tienen el poder de influir en la acción de su partido o de incidir en la imagen o en la estrategia electoral del partido que se presenta a las elecciones.

El Tribunal sostiene que, si cualquier disenso interno puede ser limitado, se estaría en peligro de degenerar en una oligarquía de los partidos. Por ello, el amparo de los derechos fundamentales de los miembros debe ser garantizado aun en el interior de los partidos, de modo tal que gocen de una serie de derechos que permitan, en un mayor grado, la participación, y cuyo respeto es necesario para la existencia de la democracia interna. Empero cuando, por el peso que tiene un sujeto y por las concretas características de su actuación, la manifestación de dicho militante —a la luz de las circunstancias del momento en el que fueron expresadas, *ad portas* de la elección— está en posibilidad de impedir u obstaculizar la acción de un partido, esto es, de poner en peligro la finalidad constitucional a ellos asignada, entonces no se puede mantener la prevalencia de la libertad de expresión del individuo, la cual encuentra un límite legítimo en otro valor constitucionalmente amparado: la libertad de asociación (de los otros miembros del partido) y la función democrática asignada al mismo.

Un segundo caso aborda la solicitud de retiro de un partido (SUP-RAP-80/2018). A inicios de 2016, una militante de un partido solicita que se cancele su registro. La solicitante, después de varios meses (en febrero de 2018), verifica que su nombre aún no ha sido retirado de los inscritos al partido y solicita, primero, la intervención de la autoridad electoral competente y, luego, la del magistrado electoral. El TEPJF desestima la apelación por ausencia de interés, toda vez que de lo demostrado se desprende que se han tomado todas las medidas

necesarias para la cancelación y que la cancelación aún no ha sido posible, debido a los procedimientos técnicos requeridos. Por lo tanto, tampoco es una violación del derecho de acceso a una justicia simple y rápida o, en cualquier caso, efectiva (artículo 25, CADH). Incluso aquí, como se puede ver, se hace una aplicación directa de la Constitución y de los estándares y criterios del funcionamiento del Poder Judicial a las relaciones entre las relaciones privadas.

Sobre el particular, cuando menos resulta sorprendente que un militante que ha solicitado su retiro de una asociación (política), luego de casi dos años de haber presentado la solicitud, no consigue obtener la cancelación de su registro como asociado. Al respecto, hay que remarcar que también las convenciones regionales sobre la protección de los derechos humanos establecen posiciones análogas. El artículo 16, párrafo 1, de la CADH, y el artículo 11, párrafo 1, del CEDH reconocen a toda persona el derecho a la libertad de asociarse (así como la Constitución mexicana, artículos 9 y 35), la cual comprende participar en los partidos políticos.³⁰ Esta libertad incluye, lógicamente, retirarse de la asociación en cualquier momento, incluyendo a los partidos políticos. Como afirma la Comisión de Venecia en varios documentos, en particular en el Código de Buenas Prácticas en el ámbito de los partidos políticos, “toda persona debe ser libre de escoger ser miembro de un partido político o no y de elegir a qué partido pertenecer”.

Una posible clave para la lectura de la decisión en comento puede ser aquella referida a la naturaleza de “interés público” de los partidos políticos en México (artículo 41, Constitución mexicana). Al parecer, el TEPJF trata la obligación de los partidos políticos de retirar a uno de sus miembros como el ejercicio de una función, de naturaleza pública; por ende, si el ejercicio de esta función es conforme a lo establecido por el estatuto del mismo partido, no puede ser castigado, aun cuando implique la limitación de un derecho individual.

El último de los asuntos a tratar es el relativo al mandato imperativo (SUP-REC-309/2018). En esta sentencia se estudia el caso de un diputado electo al Congreso de Hidalgo mediante el sistema proporcional y las consecuencias jurídicas del abandono del partido una vez

³⁰ TEDH, *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey* (1998), párrafos 24-30; A. R. DALLA VIA, *Los derechos políticos*, cit., pp. 49-ss.

que se ha obtenido un lugar en el Parlamento. Se trata de un típico caso de escuela de aplicación del principio constitucional —común en la inmensa mayoría de los países de democracias liberales— de prohibición del mandato imperativo. El TEPJF rechaza la solicitud de declarar al diputado tránsfuga y, por lo tanto, sustituirlo con otro candidato del partido de origen que haya obtenido un escaño en la sede de la primera asignación. La motivación del TEPJF se funda en dos razones: por un lado, la consideración formal, según la cual “la renuncia de un diputado a un grupo parlamentario no implica la pérdida del derecho a ejercer el cargo, por lo que no se generó una vacante”;³¹ por el otro, una consideración sustancial atinente al principio expreso en el artículo 30 de la Constitución de Hidalgo.³²

Al leer la decisión, queda fuera de duda que la ratio de la decisión es, sobre todo, la consideración formal con base en la cual el retiro de un partido (y del correspondiente grupo parlamentario) es algo lógica y jurídicamente distinto a la renuncia/pérdida del escaño. No obstante, no existe una prohibición constitucional expresa del mandato imperativo; el TEPJF adopta una solución sustancialmente idéntica a aquella que hubiese formulado un juez constitucional de un país donde sí existe dicha prohibición constitucional. La aproximación (constitucional) de fondo parece del todo asimilable a aquella de los regímenes clásicos, lo cual —al equiparar dos realidades jurídicas, no obstante sus diferencias constitucionales— merece especial atención, en especial cómo los jueces y los funcionarios electorales asumen la defensa de la cultura institucional del parlamentarismo y sus procesos democráticos, aun en ausencia de precisas disposiciones normativas, en concordancia con el objetivo perseguido desde las reformas llevadas a cabo a partir de la década de los 90, esto es, materializar el principio democrático.

³¹ SUP-REC-309/2018, p. 13.

³² SUP-REC-309-2018, p. 15.

4. Síntesis

En conclusión, de la jurisprudencia electoral reciente, así como del ordenamiento electoral mexicano, constitucional y legislativo, emerge una noción híbrida o mixta de partido, la cual comprende un perfil publicista (prevalente) y uno privatista, en línea con la aproximación internacional al tema, pero bastante alejado de aquella posición adoptada por las instituciones y los ordenamientos europeos. En México, el partido es más una expresión de una autonomía pública que una de autonomía negocial privada. Al parecer, la razón que fundamenta esta noción del partido político —sobre todo, es evidente luego de la crisis de las ideologías— es aquella con base en la cual el partido es un mero instrumento para permitir la participación del individuo en la vida pública (esto es, para materializar el principio democrático), y solo mientras sea acorde a tal fin se encuentra amparada su autonomía.

Capítulo 3

LAS REDES SOCIALES Y LAS NOTICIAS FALSAS

Elena Bindi y Andrea Pisaneschi*

Resumen: 1. Introducción al problema. — 2. Las tesis y los principios generales sobre las redes sociales. — 3. YouTube y “si los niños fueran candidatos”. — 4. Twitter. — 5. El tema de las noticias falsas (*fake news*). — 6. Santi Romano, la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y las redes sociales.

1. Introducción al problema

La cuestión del uso de las redes sociales en el procedimiento electoral es un problema que todos los países tienen que enfrentar. De hecho, mientras que, por un lado, las redes sociales son los instrumentos ahora más utilizados de la comunicación, mucho más que la televisión o la prensa, por otro lado, la ley regula la televisión y la prensa y no los instrumentos de comunicación que operan a través de internet. A lo mismo, los procedimientos electorales, en todo el mundo, regulan de manera muy precisa los tiempos y la modalidad de la comunicación con el propósito de garantizar la paridad entre los contendientes.

En este marco, es muy conocido que, desde un ámbito teórico, regular internet y las redes sociales es muy complejo. De hecho, hay una amplia literatura jurídica que considera que internet está conectado con el “liberalismo”, es decir, con las libertades de la persona, y con la libertad de pensamiento, activo y pasivo. De esta literatura salen algunas características de las redes sociales, evidenciadas por las autoridades supranacionales y judiciales.

Por ejemplo, el relator especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, la Corte Suprema de Estados Unidos y la Relatoría Especial para

* Se deben atribuir a Elena Bindi el párrafo 5 y a Andrea Pisaneschi los párrafos 1-4 y 6.

la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos han señalado tres características fundamentales:

- a) Internet, como ningún medio de comunicación lo había hecho antes, ha permitido a los individuos comunicarse instantáneamente y a bajo costo, y ha tenido un impacto dramático en la forma en que se comparte y se accede a la información y a las ideas.
- b) Internet es un instrumento específico y diferenciado para potenciar la libertad de expresión en el contexto del proceso electoral, ya que cuenta con una configuración y un diseño que lo hacen distinto respecto de otros medios de comunicación, en virtud de la manera en que se genera la información, el debate y las opiniones de los usuarios, lo cual hace que se distinga respecto de otros medios de comunicación, como la televisión, el radio o los periódicos. Esto, de verdad, es uno de los puntos más importantes, del cual surge la idea de que internet no se puede regular porque es un medio interactivo, mientras que la televisión es considerada un medio pasivo de información.
- c) Las características particulares de internet deben ser tomadas en cuenta al momento de regular o valorar alguna conducta generada en este medio, ya que estas hacen que sea un medio privilegiado para el ejercicio democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión.

Por estas razones, en 2009, la Comisión de Venecia, en sus pautas, se expresó contra la posibilidad de regular internet en la campaña electoral, porque internet es considerado un importante instrumento de libertad. Esto se comprueba mediante los regímenes autoritarios que siempre intentan limitar internet, a través de la propiedad pública de los sitios, del control de los archivos o de dificultar el acceso a sitios web considerados sediciosos. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sostuvo que el bloqueo de una página de YouTube por un largo periodo constituía una violación a los derechos de los usuarios a recibir y compartir información e ideas.¹

¹ TEDH, Cengiz and others vs. Turkey (2015).

2. Las tesis y los principios generales sobre las redes sociales

Por lo anterior, aunque regular internet en el periodo del procedimiento electoral es bastante difícil, las autoridades jurisdiccionales tienen que armonizar el principio de máxima libertad en internet con las reglas particulares del procedimiento electoral.

En este marco, el TEPJF ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre las redes sociales. Es una jurisprudencia que sale de algunas tesis y se desarrolla en algunas decisiones que se pueden considerar particularmente relevantes.

Desde una perspectiva general, se puede decir que el TEPJF ha elegido una línea muy amplia de protección respecto a las redes sociales. Es una protección que recaba de la Constitución, del bloque de constitucionalidad y, también, de los principios generales en materia de procedimiento electoral, dado que el fin de esto es garantizar la participación más amplia posible en el debate político.

Estos principios sustentan algunas tesis, así como la jurisprudencia más relevante del TEPJF en esta materia.

En primer lugar, el TEPJF subrayó mediante una tesis que, en relación con la Constitución mexicana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las redes sociales son medios que posibilitan un ejercicio democrático, abierto y plural de la libertad de expresión.²

En segundo lugar, en otra tesis, razonó que la información pública de carácter institucional puede ser difundida en portales de internet y redes sociales también durante la campaña y la veda electoral, por razones de imparcialidad e interés público.³

² En esta tesis, el TEPJF razonó que, “de la interpretación gramatical, sistemática y funcional de lo dispuesto en los arts. 1 y 6, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 11, párrafos 1 y 2, así como 13, párrafos 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se advierte que, por sus características, las redes sociales son un medio que posibilita un ejercicio más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión, lo que provoca que la postura que se adopte en torno a cualquier medida que pueda impactarlas, deba estar orientada, en principio, a salvaguardar la libre y genuina interacción entre los usuarios, como parte de su derecho humano a la libertad de expresión, para lo cual, resulta indispensable remover potenciales limitaciones sobre el involucramiento cívico y político de la ciudadanía a través de internet”.

³ En esta tesis, el TEPJF sostuvo que, “de lo establecido en los arts. 41, base III, apartado C, segundo párrafo, y 134, párrafos séptimo y octavo, de la Constitución Política de los Estados Uni-

En tercer lugar, el Tribunal consideró que existe una presunción de espontaneidad en la difusión de mensajes en redes sociales, y, por lo tanto, cuando se trate del ejercicio auténtico de la libertad de expresión, debe ser ampliamente protegida.⁴

Por lo tanto, el Tribunal ha determinado en reiteradas ocasiones que la libertad de expresión tiene una protección especial en el ámbito electoral. De hecho, en las sociedades democráticas, en todo momento se debe buscar privilegiar el debate público, lo cual se potencia en internet, en el que los usuarios intercambian ideas y opiniones, positivas o negativas, de manera ágil, fluida y libre, generando un mayor involucramiento de la ciudadanía en los temas relacionados con la contienda electoral.

Por lo tanto, en síntesis, según el TEPJF:

- a) Dadas las características de las redes sociales, se considera que las mismas son un medio que posibilita un ejercicio más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión.

dos Mexicanos, se desprende que en atención al principio de imparcialidad, la información pública de carácter institucional es aquella que versa sobre servicios que presta el gobierno en ejercicio de sus funciones, así como de temas de interés general, a través de los cuales se proporcionan a la ciudadanía herramientas para que tenga conocimiento de los trámites y requisitos que debe realizar, inclusive, de trámites en línea y forma de pago de impuestos y servicios. De conformidad con lo anterior, la información pública de carácter institucional puede difundirse en portales de internet y redes sociales durante las campañas electorales y veda electoral, siempre que no se trate de publicidad ni propaganda gubernamental, no haga referencia a alguna candidatura o partido político, no promocióne a algún funcionario público o logro de gobierno, ni contenga propaganda en la que se realicen expresiones de naturaleza político electoral, dado que sólo constituye información sobre diversa temática relacionada con trámites administrativos y servicios a la comunidad”.

⁴ En esta tesis, el TEPJF razonó que “de la interpretación gramatical, sistemática y funcional de lo dispuesto en los arts. 1 y 6, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 11, párrafos 1 y 2, así como 13, párrafos 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se advierte que, por sus características, las redes sociales son un medio que posibilita un ejercicio más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión, lo que provoca que la postura que se adopte en torno a cualquier medida que pueda impactarlas, deba estar orientada, en principio, a salvaguardar la libre y genuina interacción entre los usuarios, como parte de su derecho humano a la libertad de expresión. Por ende, el sólo hecho de que uno o varios ciudadanos publiquen contenidos a través de redes sociales en los que exterioricen su punto de vista en torno al desempeño o las propuestas de un partido político, sus candidatos o su plataforma ideológica, es un aspecto que goza de una presunción de ser un actuar espontáneo, propio de las redes sociales, por lo que ello debe ser ampliamente protegido cuando se trate del ejercicio auténtico de la libertad de expresión e información, las cuales se deben maximizar en el contexto del debate político”.

- b) Ante cualquier medida que pueda impactar a las redes sociales, es necesario, en principio, salvaguardar la libre y genuina interacción entre los usuarios, como parte de su derecho humano a la libertad de expresión, así como remover potenciales limitaciones sobre el involucramiento cívico y político de la ciudadanía a través de internet.
- c) Al momento de analizar conductas posiblemente infractoras de la normativa electoral respecto de expresiones difundidas en internet, se deben tomar en cuenta las particularidades de ese medio, toda vez que internet tiene una configuración y un diseño distintos de otros medios de comunicación, por la forma en que se genera la información, el debate y las opiniones de los usuarios; no obstante, lo anterior no excluye la existencia de un régimen de responsabilidad adecuado a dicho medio.
- d) El solo hecho de que uno o varios ciudadanos publiquen contenidos, a través de las redes sociales, en los que exterioricen su punto de vista en torno al desempeño o las propuestas de un partido político, sus candidatos o su plataforma ideológica es un aspecto que goza de una presunción de ser una actuación espontánea.
- e) Un ejercicio auténtico de libertad de expresión e información en las redes sociales debe ser ampliamente protegido, más aún en el contexto del debate político.

Asimismo, se ha señalado que adoptar una postura distinta no solo restringiría la libertad de expresión dentro del contexto del proceso electoral, sino que también desnaturalizaría a internet como medio de comunicación plural y abierto, distinto a la televisión, el radio y los medios impresos, sin que ello excluya la existencia de un régimen de responsabilidad adecuado al medio de internet.

Al respecto, también se ha destacado que la red social permite a los usuarios enviar mensajes con contenidos diversos, desde opiniones o hechos sobre un tema en concreto, juicios de valor y descripciones respecto de la actividad que lleva a cabo el usuario, hasta comentarios sobre temas de relevancia nacional o que son parte del debate público, entre otros, de manera que permite una comunicación efectiva entre usuarios, la cual puede entenderse como una conversación no verbal.

Al final se puede decir que, en su prevalente jurisprudencia, el TEPJF se alinea con los principios más difundidos y los estándares en re-

lación con el hecho de que internet y las redes sociales son medios de comunicación plurales y abiertos, de naturaleza privada, que son más protegidos por las normas relativas a la libertad de correspondencia (una conversación no verbal) que por las normas que se refieren a la libertad de información.

Estos principios, que son comunes en la materia, todavía se enfrentan con una legislación particular, que es la legislación y el periodo electorales. En este periodo, hay normas particulares para proteger el principio de igualdad y el de tutela de las minorías, y aunque las redes sociales sean medios de comunicaciones más que medios de informaciones, queda claro que la mayoría de la población hoy en día se informa a través de las redes sociales. Así, se puede decir que las redes sociales son medios de comunicación privados que ejercen una influencia muy fuerte en la formación de la opinión política y en informar sobre asuntos políticos.

Por esta razón, de la jurisprudencia del TEPJF se pueden advertir algunas importantes *distinciones*.

La primera *distinción* se sustenta en el hecho de que, aunque la libertad de expresión en internet tiene que ser ampliamente protegida, las redes sociales también deben respetar las reglas electorales. De hecho, la Sala Superior sostuvo que

si bien la libertad de expresión prevista por el art. 6 constitucional tiene una garantía amplia y robusta cuando se trate del uso de redes sociales, dado que dichos medios de difusión permite la comunicación directa e indirecta entre los usuarios, a fin de que cada usuario exprese sus ideas u opiniones, y difunda información con el propósito de generar un intercambio o debate entre los usuarios [...] lo cierto es que ello no excluye a los usuarios, de las obligaciones y prohibiciones que existan en materia electoral.⁵

De este principio emerge, por ejemplo, la publicación de un perfil de Facebook con la clara expresión de la voluntad de lanzar una candidatura, que es un acto anticipado de campaña.⁶ Lo anterior significa

⁵ Cfr. la decisión SUP-REP-123/2017.

⁶ Cfr. la decisión SUP-REP-220/2018, con la cual la Sala Superior confirmó la sentencia emitida por la Sala Regional, mediante la cual se amonestó a Benjamín Saúl Huerta Corona y al partido político MORENA por la comisión de actos anticipados de campaña y por culpa in vi-

también que el TEPJF considera a Facebook no solo como un medio de correspondencia, sino como un medio de información. Y el hecho de que esta distinción sea siempre más difícil se presenta en un voto razonado relativo a otra decisión acerca de las *fake news*, del magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, quien razonó que existe un derecho constitucional de la ciudadanía a informarse debidamente durante los procesos electorales; que la democracia representativa favorece que las personas accedan libremente a distinta información, y que las distintas fuentes de propaganda política compitan libre e frontalmente, de forma que solo las mejores prevalezcan.

Lo anterior significa que hoy es bastante difícil distinguir entre medios tradicionales de comunicación (televisión, radio y prensa) y medios de información, los cuales, en cambio, se basan en la tecnología de internet, como en lo que opina la mayoría de la doctrina. De hecho, queda claro que los individuos tienen su propia libertad para autorregularse y decidir qué opiniones o informaciones les son más útiles. Es decir que, en la sociedad moderna, no existe más la tradicional distinción entre información pasiva e información activa. Todos los individuos son activos al buscar la información en diferentes medios de expresión (televisión, radio e internet). Además, la integración entre los diferentes instrumentos (se puede acceder a internet en la televisión; se puede ver la televisión en el ordenador, etcétera) y las diferentes plataformas hace que esta distinción entre información activa e información pasiva sea siempre más difícil.⁷

gilando, con motivo de la publicación de tres actividades en la red social Facebook durante el periodo de intercampaña.

⁷ Respecto a este punto, se puede subrayar una diferencia de posición entre la adoptada por el TEPJF y la del INE. El INE, en el caso de “y si los niños fueran candidatos” (véase el párrafo siguiente), opina que el caso del *spot* difundido por YouTube es diferente respecto a los otros medios de comunicación. En particular, internet es un ámbito en el que la libertad de expresión goza de una protección reforzada, además de que de dicho medio de comunicación es de carácter pasivo; es decir, son las personas quienes buscan la información que desean obtener. En el caso el promocional, no aparece de forma espontánea, sino que los interesados deben buscarlo para poder verlo.

3. YouTube y “si los niños fueran candidatos”

Si de los principios generales se pasa a los casos particulares, se puede observar que durante la campaña electoral de 2018 la Sala Superior del TEPJF se ocupó del problema de la violación de las reglas electorales a través de las redes sociales, en diferentes casos. En un caso, llamado “si los niños fueran candidatos”, se cuestionaba un *spot* difundido en radio, televisión, YouTube y el portal electrónico de la asociación Mexicanos Primero, Visión 2030, A. C. En este promocional se podían ver y escuchar niños que expresaban sus deseos, en particular, sobre la educación, impulsando una reforma de la educación, con frases muy simples, como “quiero que el cambio en mi escuela no se detenga”, “quiero que la transformación educativa avance” y “que los maestros no se preparen es *insulting and unacceptable*”.

Estos promocionales fueron denunciados por los partidos Encuentro Social y Movimiento de Regeneración Nacional, asumiendo que eran violatorios de la normativa constitucional (artículo 41) que prohíbe a las personas físicas o morales contratar propaganda en radio y televisión con el propósito de influir en las preferencias electorales de los ciudadanos o emitir mensajes en favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. La Comisión de Quejas y Denuncias del INE determinó no retirar cautelarmente el promocional, sosteniendo que la prohibición a particulares de contratar propaganda con incidencia electoral solo opera cuando la publicidad en cuestión presenta “frases alusiones o mensajes que de forma expresa e inequívoca tengan como finalidad influir en las preferencias electorales en favor o en contra de partidos o candidatos a cargos de elección popular”. En otras palabras, si la publicidad no busca influir en favor o en contra de alguien, no se actualizaría la restricción en cuestión. Esto porque, a fin de incidir lo menos posible en el derecho a la libertad de expresión, esta prohibición constitucional impuesta a personas físicas y morales en materia de contratación de propaganda electoral tiene que ser interpretada de forma estricta.

En contraposición, la Sala Superior interpretó el concepto de *propaganda política* solo en relación con su actitud de influir en las preferencias electorales, con independencia de si existen pronunciamientos explícitos a favor o en contra de una fuerza política. En este sentido, el

título del promocional refleja que el contenido central se relaciona con el proceso electoral, pues la alusión a candidaturas remite a las formas de participación existentes en el marco de las campañas electorales. Además, algunas frases de los niños parecen relacionarse con el candidato presidencial de la coalición “Por México al frente”.

Por esto, el promocional se consideró ilícito y tuvo que ser retirado del radio y la televisión. En cambio, el *spot* no fue retirado de internet, porque

es un ámbito en el que la libertad expresión goza de una protección reforzada, además de que de dicho medio de comunicación es carácter pasivo, es decir son las personas quienes buscan la información que desean obtener, siendo que en el caso el promocional no aparece de forma espontánea, sino que los interesados deben buscarlo para poder verlo.

El tema central de la decisión, por lo tanto, es diferenciar correctamente entre libertad de expresión y comunicación política. Para la mayoría de la Sala Superior del ТЕРЖЕ, la prohibición del artículo 41 de la Constitución se actualiza con la sola existencia de propaganda política o electoral dirigida a influir en las preferencias electorales, con independencia de si existen pronunciamientos explícitos a favor o en contra de una fuerza política. En particular, para la configuración de la infracción constitucional se requiere la actualización de dos elementos: la difusión de propaganda y que esta esté dirigida a influir en las preferencias electorales. Esta interpretación depende de las razones de la restricción del artículo 41, que son el abuso de la televisión y el radio en las contiendas electorales, así como prohibir a quienes cuentan con el poder económico comprar tiempo en radio y televisión para transmitir propaganda dirigida a influir en los electores; por lo tanto, constituye un incentivo para inhibir la corrupción, ya que impide que los candidatos que pueden acceder al poder se vean comprometidos por el apoyo que recibieron de las personas o agrupaciones que financiaron las transmisiones televisivas.

Sin embargo, decidir qué es propaganda política o qué es expresión libre de la opinión, también sobre asuntos políticos, sin referirse a pronunciamientos explícitos en favor o en contra de una fuerza política no es sencillo y puede ser peligroso, por la libertad de expresión. En este sentido parece estar orientado el voto particular formulado por los magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera y José Luis Vargas Valdez.

El punto central del voto particular está en la interpretación del artículo 41 de la Constitución. La ratio de esta norma es, primariamente, fortalecer la equidad en las contiendas electorales, disminuir la influencia política de los medios de comunicación social, evitar que la propaganda gubernamental influya en la contienda y evitar la promoción personalizada de los servidores públicos. Por lo tanto, para tener por acreditada la infracción, el efecto de la transmisión del mensaje por radio o televisión debe poner en riesgo o vulnerar la equidad, a través de manifestaciones notorias, evidentes, claras o directas de apoyo o rechazo a un partido o un candidato.

En este sentido, el tema central del promocional es la educación en el país, que no parece ser una alusión o un mensaje, positivo o negativo, en favor o en contra de alguno de los candidatos o los partidos políticos que participan en el proceso electoral federal, sino un mensaje que alude a un tema de interés general. En este caso, por lo tanto, prevalece el derecho a la libertad de expresión.

Con independencia de las razones de una u otra tesis, lo que parece necesario subrayar es que, en la decisión, el TEPJF ordenó retirar el promocional de la televisión y del radio, mas no de internet. El Tribunal no se pronuncia sobre este punto porque no fue contestado por los recurrentes.

Sin embargo, hay precedentes del TEPJF que opinan sobre las redes sociales y que, en general, consideran que los usuarios tienen que respetar las obligaciones y prohibiciones que existan en materia electoral.

4. Twitter

En cuanto a la red social Twitter, la Sala Superior ha sostenido que

la misma ofrece el potencial de que los usuarios puedan ser generadores de contenidos o simples espectadores de la información que se genera y difunde en la misma, circunstancia que, en principio, permite presumir que se trata de opiniones libremente expresadas, tendentes a generar un debate político que supone que los mensajes difundidos no tengan una naturaleza unidireccional, como sí ocurre en otros medios de comunicación masiva que pueden monopolizar la información o limitar su contenido a una sola opinión, pues en

Twitter los usuarios pueden interactuar de diferentes maneras entre ellos.⁸

Twitter permite que las personas compartan información en tiempo real, a través de lo que se ha denominado *microblogging*, es decir, mensajes cortos que pueden ser vistos por otros usuarios.

El funcionamiento de dicha red social⁹ permite que cada usuario pueda “seguir” a otros usuarios y, a su vez, pueda ser “seguido” por estos, sin que necesariamente guarde algún vínculo personal con ellos más allá de la red social. Esto permite que los usuarios puedan ver inmediatamente los mensajes publicados en aquellas cuentas que “siguen” y, a través de búsquedas específicas en la red social, acceder a las cuentas y mensajes de usuarios que no “siguen”. Para el funcionamiento descrito anteriormente, la red social cuenta con diversas funciones o comandos, como son los retuits (RT), que implica compartir un mensaje difundido por otra persona; los mensajes directos, esto es, enviar una comunicación privada a otro usuario; los *hashtags* (#), que buscan generar temas comunes entre los diferentes usuarios, y la función de arrobar (@) a un usuario, que es mencionar dentro del mensaje, de manera expresa, a un usuario en específico.

Por estas razones, según el Tribunal, la información puede calificarse como horizontal y permite una comunicación directa e indirecta entre los usuarios, que se difunde de manera espontánea, para que cada usuario difunda sus ideas y opiniones, así como información obtenida de algún vínculo externo a la red social, la cual puede ser objeto de intercambio o debate, o no, entre los usuarios, generando la posibilidad de que contrasten, coincidan, confirmen o debatan cualquier mensaje publicado en la red social. En consecuencia, Twitter ofrece el potencial de que los usuarios puedan ser generadores de contenidos o simples espectadores de la información que se genera y difunde, por lo que se puede decir que se trata de opiniones libremente expresadas, tendentes a generar un debate político que supone que los mensajes difundidos no tengan una naturaleza unidireccional, como sí ocurre en otros medios de comunicación masiva que pueden monopolizar la

⁸ SUP-REP-31/2017.

⁹ SUP-REP-21/2018.

información o limitar su contenido a una sola opinión, pues en Twitter los usuarios pueden interactuar de diferentes maneras entre ellos. Estas características de la red social generan una serie de presunciones, en el sentido de que los mensajes difundidos son expresiones espontáneas que, en principio, manifiestan la opinión personal de quien las difunde, lo cual es relevante para determinar si una conducta desplegada es ilícita y si, en consecuencia, genera la responsabilidad de los sujetos o personas implicados, o si, por el contrario, se trata de conductas amparadas en la libertad de expresión.

Respecto a la cuestión de Twitter, el TEPJF resolvió un caso respecto a la responsabilidad de retuitear,¹⁰ sosteniendo que “el retuiteo que realizó se encuentra amparado por el marco constitucional y convencional del ejercicio de la libertad de expresión, difusión e información, en espacios abiertos de comunicación como son las redes sociales en internet”. Asimismo, resaltó que

un retuit, sin comentario, no está prohibido, y por lo mismo de ningún modo podrá sancionarse, debido a que esa es la forma más auténtica de difundir información de manera imparcial, esto es, sin hacer algún comentario favorable o en sentido inverso de una información difundida en las redes sociales.

De igual forma, señaló que, en el caso, la conducta desplegada por el recurrente se materializó a través de un retuit, en el que se abstuvo de realizar algún comentario sobre la publicación.

El tema de las noticias falsas (*fake news*)

En los últimos años, el tema de las noticias falsas que contaminan el debate político es objeto de mucha atención entre los juristas, y comienza a ser abordado también por la jurisprudencia, como lo demuestra la sentencia SUP-REP-143/2018 del TEPJF.

¹⁰ SUP-REP-611/2018. En este caso, la Sala Superior revocó la resolución de la Sala Regional Especializada, que declaró existente la infracción por la difusión de propaganda electoral discriminatoria contra el excandidato presidencial Andrés Manuel López Obrador, y sancionó con una multa a Javier Lozano Alarcón, entonces vocero de la campaña presidencial de José Antonio Meade.

Esta atención se debe, sobre todo, al exponencial incremento del uso de la red social como instrumento de propaganda política.

La Sala Superior del TEPJF ha revocado la sentencia de la Sala Regional Especializada que declaró existente la infracción de calumnia y, en consecuencia, le impuso una multa a la persona jurídica, quien actuó como recurrente, a saber, Sicre, Yepiz, Celaya y Asociados, Sociedad Civil;

ello, porque —según la Sala Regional Especializada— la moral recurrente celebró un contrato con Google, mediante el cual solicitó la difusión de propaganda en el portal denunciado, en el que básicamente el [...] precandidato del PAN, Ricardo Anaya Cortés, manifestaba su desistimiento a la candidatura presidencial y respaldo al diverso precandidato del PRI, José Antonio Meade Kuribreña.

También, la Sala Regional Especializada consideró que “Sicre, Yepiz, Celaya y Asociados, Sociedad Civil, no tuvo la debida diligencia en la investigación comprobación del contenido de la publicidad que contrató y por ello se actualizaban los elementos objetivos y subjetivos de la infracción de calumnia”. En la revocación de la sentencia de la Sala Regional Especializada, la Sala Superior subrayó, en primer lugar, que

es fundado el agravio de la moral recurrente en el que adujo que la sentencia reclamada es carente de debida fundamentación, pues en su calidad de persona moral, la hipótesis normativa no la incluye como sujeto activo de infracciones específicas [...].

Además, el tipo infractor electoral en estudio constituye una restricción constitucional a la libertad de expresión, por ello, la interpretación que se haga del mismo debe ser aún más exacta en el sentido de limitar su alcance respecto al grado de intervención, lo cual implica no ampliar el número de sujetos a los que expresamente se dirija la legislación, sino hacer una interpretación limitada [...].

Entonces, al no encontrarse las personas morales expresamente como sujetos activos de calumnia en la Constitución ni en la legislación electoral y al no comprobarse un nexo o relación entre éstos y los sujetos obligados del tipo administrativo estudiado, resulta fundado el agravio esgrimido por la parte recurrente.

En segundo lugar, la Sala Superior destaca que

el concepto de calumnia en el contexto electoral se circunscribe a la imputación de hechos o delitos falsos con impacto en la materia electoral.

La figura jurídica de que se trata tiene como bien jurídico protegido la dignidad personal, la protección de la reputación y el honor de las personas y el que la ciudadanía ejerza su derecho a votar de forma libre, e informada, en el entendido de que la información deber ser plural y oportuna, completa y veraz. Se compone de dos elementos: a) objetivo (la imputación de hechos o delitos falsos que debe tener un “impacto en el proceso electoral”); b) subjetivo (conocimiento que los hechos o delitos que se imputan son falsos.).¹¹

Así,

en el presente asunto, no se comprobó parte del elemento objetivo respecto de que, la imputación del hecho falso haya tenido un “impacto en el proceso electoral”, ello debido al momento o etapa electoral en que se difundió en relación con su contenido [la etapa de precampaña] y la falta de comprobación de que la difusión de ese material haya sido masiva [a diferencia de la difusión que se tiene en otros medios como la radio y televisión donde se presume, por el contrario, dicho impacto salvo prueba en contrario].

El Tribunal señala a continuación que

la información publicada origen de la litis, fue publicada en internet, por lo que pudiera hablarse de una “*fake news*” [y] si se difunde con malicia efectiva y tiene impacto en el proceso electoral, podría constituir una calumnia electoral, al afectarse el derecho de la ciudadanía a acceder a información veraz a efecto de ejercer sus derechos de participación política.

Por consiguiente, en este caso, la información falsa difundida en internet es, seguramente, una *fake new*, pero no puede considerarse una calumnia electoral, porque la noticia falsa no tuvo impacto en el proceso electoral.

¹¹ Véanse las sentencias SUP-REP-40/2015 y SUP-REP-568/2015.

Al final, la Sala Superior pone en relieve que

la “*web*” se ha convertido en un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libre expresión, para que se realicen diversas opiniones respecto de un sinnúmero de temas a nivel mundial.

Y en ese sentido, es un deber fundamental de los tribunales constitucionales velar por la protección del derecho a la libre expresión en internet.

[...] En las páginas web se encuentra demasiada información alojada por distintas personas respecto de ideas multiculturales de las cuales a veces no se sabe su fuente ni autor, pero que hacen uso de su derecho a la libre expresión, sin embargo; estos datos [...] pueden ser verificados y confrontados por los propios usuarios, generando así, la oportunidad de estar informados y contrarrestando la desinformación. Si bien se comparte el hecho de que las redes sociales son espacios de plena libertad que contribuyen a lograr una sociedad mayor y mejor informada; que facilitan las libertades de expresión y de asociación previstas en la Constitución federal, también lo es que no constituyen espacios ajenos o al margen de los parámetros establecidos en la propia Constitución.

En esta sentencia, la Sala Superior, después de verificar que no es posible encuadrar el caso concreto en la figura de la calumnia electoral, subraya, en conclusión, que si no hay calumnia electoral,

es un deber fundamental de los tribunales constitucionales velar por la protección del derecho a la libre expresión en internet [que es] un medio fundamental [...] para que se realicen diversas opiniones respecto de un sinnúmero de temas a nivel mundial.

Es cierto que en el sistema legal mexicano no es posible perseguir y sancionar las noticias falsas si los dos elementos, subjetivo y objetivo, que componen la figura de la calumnia electoral no se cumplen, pero también lo es que ahora existen *fake websites*, sitios donde se propagan intencionadamente *fake news* con fines políticos para apoyar los intereses de los gobiernos y, también, de las organizaciones no gubernamentales. De este modo, se persigue claramente el propósito de alterar el debate político libre para influir en las decisiones de los votantes y, más generalmente, de los ciudadanos.

Para regular estos fenómenos, debe ponderarse la libertad de expresión (*freedom of speech*, para los norteamericanos) y el derecho de los ciudadanos a ser debidamente informados para poder ejercer debidamente sus derechos políticos, principalmente su derecho a votar.

Dados los problemas relacionados con una intervención regulatoria que limita la libertad de expresión, para contrarrestar las noticias falsas, ¿es posible depender de la capacidad de la red para autocorregirse?

La respuesta del magistrado Reyes Rodríguez Mondragón a esta pregunta parece definir una visión minimalista en línea con el modelo estadounidense de la teoría del mercado de ideas (*marketplace of ideas*), teoría que fue elaborada, por primera vez, en la *dissenting opinion* del juez Holmes, en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Abrams vs. Estados Unidos*, de 1919, también confirmada en la jurisprudencia posterior, a pesar del desarrollo de las redes sociales en la sociedad contemporánea.¹² Es decir, los “datos [...] pueden ser verificados y confrontados por los propios usuarios, generando así, la oportunidad de estar informados y contrarrestando la desinformación”.

En el voto razonado, por otro lado, se enfatizan los peligros de la difusión de noticias falsas a través de las redes sociales, especialmente cuando usan algoritmos:

las noticias falsas difundidas a través de redes sociales, mismas que utilizan algoritmos de personalización, han tenido el efecto de generar que las personas accedan a información, en este caso distorsionada, que no sólo empata con sus intereses, sino que, además, es compartida o replicada con interlocutores que tienen posturas e intereses semejantes.

De esta forma, se crean las “cascadas de información”, que “constituyen cierta información que genera una serie de creencias que ayudan a orientar las decisiones que toman las personas”.

No obstante, sobre los peligros de que las *fake news* se conviertan en una “cascada de información” que pueda tener, con gran probabili-

¹² Véase, por ejemplo, la sentencia *United States vs. Rumely* (1953).

dad, una influencia en la opinión del electorado, lo que constituye un fenómeno relevante desde el punto de vista jurídico, la Sala Superior y, especialmente, el voto razonado del magistrado Reyes Rodríguez Mondragón creen firmemente que las redes sociales “son espacios de plena libertad que contribuyen a lograr una sociedad mayor y mejor informada”.

En contraste, en el contexto europeo, la jurisprudencia del TEDH y gran parte de la doctrina nunca se han adherido a la teoría del *marketplace of ideas*, situando en primer plano la protección de la dignidad humana y no la libertad de expresión.

Muy importante es la sentencia Delfi vs. Estonia (2015), en la cual el TEDH consideró proporcional y, por lo tanto, de conformidad con el artículo 10 del CEDH la norma que establece la condena del pago de una indemnización por daños causados por la supresión no rápida, por un portal en línea, de comentarios de terceros de naturaleza difamatoria. Sin embargo, la *dissenting opinion* de los jueces Sajó y Tsotsoria destaca que dicha decisión podría incentivar las estrategias de censura privada por parte de las redes sociales, una forma de *collateral censorship*. Las redes sociales, obligadas a eliminar los contenidos y a dar de baja a los responsables de ellos, podrían de hecho tomar acciones privadas de censura por temor a incurrir en sanciones, reduciendo efectivamente el flujo de información en la web. Ante la explosión del uso de la red social como un instrumento de propaganda política, la clase política en Europa no ha permanecido inerte.

El Parlamento alemán, por ejemplo, aprobó el 30 de junio de 2017 una ley que regula las tareas y responsabilidades de las redes sociales, especialmente en el caso del discurso de odio. Es cierto que la ley alemana no contrasta específicamente las noticias falsas en el contexto político electoral, sino el discurso de odio. Sin embargo, no pueden ser subestimadas las repercusiones que tienen las medidas introducidas por esta ley sobre el comportamiento de los administradores de la plataforma. De hecho, incluso antes de su entrada en vigor, sin duda dieron lugar a un cambio en la gestión del contenido por parte de las redes sociales, especialmente en el periodo anterior a las elecciones generales del 24 de septiembre de 2017: Facebook canceló 10,000 cuentas falsas, sospechosas de difundir noticias inventadas deliberadamente para alimentar el odio y la discriminación.

También, el Parlamento francés aprobó, el 20 de noviembre de 2018, en la lectura final, la ley contra la “manipulación de la información” durante el periodo electoral.

Esta ley es muy importante porque proporciona, por primera vez, una definición de *información falsa*: “alegatos inexactos o engañosos o imputaciones de un hecho que pueda alterar la sinceridad de la votación [(des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d’un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin)]”.

Gracias a estas nuevas reglas, un candidato ahora puede recurrir al juez para detener la difusión de “información falsa” durante los tres meses anteriores a una elección nacional.

Las principales plataformas digitales, como Facebook, Twitter y Google, también fueron llamadas a reforzar la lucha contra los riesgos de la manipulación de la información. Se les pedirá que proporcionen información sobre los anuncios políticos que emiten en su sitio a cambio de una remuneración. Deben hacer público el monto pagado por los mensajes electorales y poner a disposición de los votantes un registro en línea con información sobre la identidad de los promotores de estos anuncios electorales.

Por otra parte, el Consejo Superior de Audiovisuales obtiene el poder de suspender la difusión en Francia de un canal de televisión “controlado por un estado extranjero o bajo la influencia” de una potencia extranjera que difundía “deliberadamente” información falsa.

Además, la Unión Europea está desarrollando instrumentos para hacer frente a los actos ilícitos en línea, a fin de mejorar el papel “proactivo” de los intermediarios, basándose en el postulado de que las plataformas en línea deben ejercer una mayor responsabilidad en el control de los contenidos. Al respecto, el 26 de septiembre de 2018, un código de conducta fue presentado a la Comisión de la Unión Europea por una serie de asociaciones de plataformas y redes sociales y, en particular, suscrito por Facebook, Google y Mozilla.

En el código de conducta, Facebook, Google y Mozilla se comprometen a:

- a) En primer lugar, poner fin al fenómeno del *clickbait*, es decir, romper el vínculo entre los ingresos publicitarios de algunos perfiles y los sitios que difunden la desinformación.

- b) Luego, hacer que la publicidad electoral en internet sea más transparente, incluida la temática, y eliminar cuentas falsas y bots.
- c) Finalmente, facilitar el acceso de los usuarios a diferentes fuentes de información, mejorar la visibilidad del contenido autorizado y facilitar el reporte de información falsa. Los investigadores y académicos podrán acceder a los datos de la plataforma para monitorear la desinformación en línea.

El código de autorregulación de noticias falsas es, por tanto, un instrumento importante para encontrar una solución que vaya en la dirección de la responsabilidad de las redes sociales, sin obligarlas a llevar a cabo actividades de censura privada, que resultan muy peligrosas para el circuito democrático. La implementación espontánea de los mecanismos de control de los contenidos por las redes sociales le abre el camino a un nuevo rol que, a través de tecnologías basadas en procesos automatizados de toma de decisiones (algoritmos), podría identificar las noticias que no son fiables.

Especialmente en lo que se refiere a las *fake news*, que alteran el debate político, existe el intento de los estados de encontrar soluciones compartidas con los gestores de las redes sociales. Obviamente, las *social networks* prefieren autorregularse porque, como es evidente, tener que cumplir con las regulaciones dictadas por los gobiernos nacionales es extremadamente costoso para las empresas que operan a nivel global, como lo demuestra la aplicación de la ley alemana.

6. Santi Romano, la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y las redes sociales

Desde un punto de vista teórico, el punto que parece interesante subrayar es que los principios que regulan la utilización de las redes sociales en el periodo electoral no son los mismos que regulan (o no regulan) internet cuando no hay un procedimiento electoral.

De hecho, el procedimiento electoral se desarrolla en un espacio jurídico y temporal particular y con un fin específico: garantizar la repre-

sentatividad popular a través de un voto libre e igual, con las diferentes fuerzas políticas en condición de paridad.

Desde un punto de vista jurídico, esta consideración consigue que:

- a) En primer lugar, el procedimiento electoral es un espacio jurídico que está determinado temporalmente, porque hay un inicio y un final, mientras que, si se hace una comparación con el concepto general de *democracia*, no se puede decir que la democracia tiene un inicio y un final.
- b) En segundo lugar, hay diferentes reglas que van a operar cuando el periodo temporal empieza, mientras que no se puede decir que las reglas de la democracia pueden ser particulares en relación con un determinado periodo temporal. Es cierto, se puede decir que a través del procedimiento electoral se garantiza la democracia, pero no hay coincidencia entre democracia y procedimiento electoral.
- c) En tercer lugar, durante el procedimiento electoral hay actores y reguladores particulares, mientras que no se puede decir que las instituciones de la democracia sean actores y reguladores particulares.

Si se habla de procedimiento electoral de esta manera, se está muy acorde con la teoría desarrollada por Santi Romano sobre la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y de los ordenamientos sectoriales. Esta teoría se apoyaba en la reflexión acerca de que los ordenamientos jurídicos son distintos cuando tienen intereses particulares a regular y, por lo mismo, reglas especiales que están dirigidas a tutelar estos intereses.

Desde este punto de vista, se puede decir que el ordenamiento electoral es un ordenamiento especial, que tiene su propia regla y, a veces, su propio juez, su propio tiempo, etcétera. Hay una razón bastante sencilla que explica por qué el ordenamiento electoral es un ordenamiento seccional: como decía Schumpeter, los hombres políticos son agentes económicos que quieren maximizar los resultados en el mercado de los votos. Y como todos los mercados, el mercado de los votos necesita de ser regulado para garantizar la paridad e impedir que los actores que tienen una posición dominante en el mercado puedan condicionar a los otros y, también, para garantizar que pueda formarse

una voluntad política lo más imparcial posible. Por esta razón, normalmente hay fuentes primarias y fuentes secundarias que regulan todo el periodo temporal en el cual se forma el ordenamiento jurídico electoral como ordenamiento jurídico especial.

Si esta idea general es correcta, se va ahora a enfrentar el problema de internet, no en la democracia, sino en el ordenamiento seccional electoral. Está claro que hay un problema, en primer lugar, de naturaleza conceptual, porque se van a enfrentar dos ordenamientos especiales: el ordenamiento electoral, con sus propias reglas, y el ordenamiento de internet, con su falta de reglas (que, al mismo tiempo, son reglas) y su historia al respecto, etcétera. Y es bastante difícil que los dos ordenamientos puedan llevarse bien.

La mayoría de los países, hoy en día, tienen reglas muy detalladas sobre las campañas electorales y la utilización de la prensa, la televisión y el radio, pero no regulan internet, por las razones que ya se han expuesto.

En contraste, se nota que los países intentan promover formas de autorregulación de las redes sociales, sobre todo para contrastar el fenómeno de la desinformación y la lesión del pluralismo de la información *on line*, y se intentan definir técnicas para contrastar estrategias de desinformación *on line*.

Se privilegia el instrumento de la autorregulación sobre el instrumento de normación, porque el primero es un instrumento de autonomía, mientras que el segundo es un instrumento del poder. Es claro que, para empezar a regular internet, se busca utilizar instrumentos de autonomía y no de poder.

En este marco, las reglas, las autoridades y las fuentes son las mismas del ordenamiento jurídico general; es decir, los dos ordenamientos —las reglas electorales y las reglas ordinarias que se pueden aplicar a internet— funcionan de manera paralela. Esto implica, por lo menos, tres problemas:

- a) No hay ninguna regla especial respecto a la utilización de internet durante el periodo electoral, mientras que sí hay reglas específicas y, también, algunas autoridades especiales para los otros medios de comunicación. De verdad, es bastante difícil comprender la razón de esta disparidad de trato.

- b) Hay herramientas de tutela ordinaria y no particular, y esto es un problema también, por los tiempos de la justicia ordinaria, que son muy largos.
- c) Los jueces pueden evaluar la violación respecto a las normas ordinarias, pero jamás en relación con los efectos de la violación en el procedimiento electoral. Esto también es un problema, porque de ninguna manera el juez puede evaluar si la violación produjo una ilegitimidad en el procedimiento electoral.

Esto implica que en los casos de daño al honor o a la reputación del candidato a través, por ejemplo, de noticias falsas, el remedio será el juez civil o penal, y las reglas, las ordinarias del código civil o penal.

Y esto implica también, por ejemplo, que el otro caso clásico de la utilización de los datos con fines de promoción electoral, sin consenso de los interesados, la garantía de la *privacy* está protegida por la autoridad y, otra vez, por el juez ordinario.

El problema es que las medidas ordinarias (el código civil, el código penal y las reglas sobre la protección de los datos) van a proteger los derechos subjetivos que fueron violados; es decir, el derecho al honor, a la protección de sus propios datos, a la privacidad, etcétera.

Estas medidas, en primer lugar, no van a proteger el derecho político a votar de manera correcta, que es algo diferente. El derecho político a expresar un voto libre significa el derecho a votar siendo informados de manera correcta. Por cierto, ninguna información es correcta de manera absoluta, así que es necesario decir que son informaciones correctas las relacionadas con las reglas. Y cuando el juez civil o penal u otras autoridades van a comprobar si hubo una violación, las reglas no son respetadas, pero, por lo mismo, la situación jurídica subjetiva del derecho de voto no ha sido protegida.

En segundo lugar, el derecho al voto no tiene solo un componente subjetivo, sino que cuenta también con un componente objetivo. El derecho al voto libre busca que la voluntad popular se pueda expresar de manera correcta, porque de eso depende el correcto funcionamiento de las instituciones representativas. Es decir, hay un interés público en que el derecho político sea ejercido de manera acertada. Este interés tampoco está protegido por las medidas ordinarias.

En otras y más sencillas palabras, las medidas ordinarias van a proteger las situaciones subjetivas singulares y no la validez de las elecciones.

Capítulo 4

LA PARIDAD DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO

Elena Bindi

Resumen: 1. El marco normativo. — 1.1. Premisa. El derecho de voto de las mujeres. — 1.2. La evolución del marco normativo en México. — 1.3. La importante sentencia antijuanitas y la reforma constitucional de 2014. — 2. La jurisprudencia del año electoral 2018 sobre la paridad de género. — 2.1. Aplicación y finalidad de la cuota de género. — 2.2. Ajuste en el orden de prelación en el registro de candidaturas. — 2.3. Sustitución de candidatos. — 2.4. Autoorganización de los partidos. — 2.5. Alternancia y prelación en la asignación de los escaños de representación proporcional. — 2.6. Integración de los órganos legislativos. — 3. Un caso sin precedentes sobre los derechos político-electorales de las personas transgénero (muxes). — 4. Algunas consideraciones en perspectiva comparada europea sobre la paridad de género. — 5. La jurisprudencia del año electoral 2018 sobre la violencia política de género. — 5.1. Los criterios para la investigación exhaustiva e integral. — 5.2. El “modo honesto de vivir” como requisito de elegibilidad y prohibición de la violencia política en razón de género. — 6. Los estereotipos negativos basados en el género en los *spots* electorales de la campaña de 2018. — 6.1. El uso de un lenguaje discriminatorio y la libertad de expresión en materia comicial. — 6.2. Los estereotipos de subordinación no siempre constituyen violencia de género, desde un punto de vista simbólico. — 6.3. La difusión de un promocional que promueve estereotipos sexistas no es ejercicio de la libertad de expresión. — 7. El *focus* en la sentencia SUP-REP-87/2018, un caso ejemplar para identificar la línea límite más allá de la cual los estereotipos se vuelven discriminatorios. — 8. Algunas consideraciones en perspectiva comparada sobre los estereotipos negativos.

1. El marco normativo

1.1. Premisa. El derecho de voto de las mujeres

En las democracias contemporáneas se ha establecido el principio de la igualdad sustancial, que significa generar igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos, a través de acciones dirigidas a modificar las bases económicas, culturales y sociales de una colectividad.

Es necesario, por ello, garantizar la paridad entre los géneros, es decir, eliminar las barreras que impiden a las mujeres (o al sexo con mayores desventajas) formar parte de las asambleas electivas para buscar la participación equilibrada de hombres y mujeres en la representación política.

No obstante, hablar de representación de género abre las puertas a una primera objeción fundamental: la representación política, como expresión de la voluntad general, debe estar separada de los intereses particulares, las categorías y los grupos.

A esta objeción se responde que las mujeres no constituyen uno de los tantos grupos depositarios de intereses calificados presentes en la sociedad, sino que representan una parte del género humano. Más aún, el sufragio femenino es una conducta bastante reciente también en Europa occidental; durante el siglo xx, la mayoría de los países democráticos terminaron por reconocer el sufragio femenino (basta pensar, por ejemplo, que en muchos países hubo que esperar hasta la primera posguerra: Gran Bretaña, Alemania, Canadá y Hungría, en 1918; Bélgica, en 1919, y Estados Unidos de América, en 1920).¹ Ecuador fue el primer país de América Latina en reconocer el derecho al voto de las mujeres, en 1928. En muchos otros países, fue necesario esperar hasta la segunda posguerra, como Francia, en 1944, e Italia, en 1946. Incluso, en Suiza fue necesario esperar hasta 1971, y en Portugal, hasta 1974, para que se reconociera el voto de las mujeres. La única excepción fue Nueva Zelanda, que en 1893 reconoció el derecho a votar de las mujeres. Por lo tanto, es inevitable que la idea clásica de representación política haya nacido separada del sexo.

Esto refuerza la tesis según la cual en las democracias contemporáneas no se puede afrontar la cuestión de la representación política femenina, volviendo a partir del concepto clásico de *representación política*, elaborado con referencia a un periodo histórico en el cual a las mujeres ni siquiera se les atribuía el electorado activo. En aquel entonces, se trataba de una limitación a la igualdad formal y, por ello, el problema a resolver era asegurar el derecho de voto a las mujeres.

En las democracias contemporáneas, el problema que se debe resolver es, en cambio, el electorado pasivo, poniendo en acción las

¹ En cambio, ya a inicios del siglo xx, Finlandia (1906), Noruega (1913), Dinamarca e Islandia (1915).

medidas concretas que faciliten la presencia de ambos sexos en las asambleas representativas.² En las actuales sociedades ya no se acepta que la política constituya un monopolio masculino y se margine a las mujeres de las asambleas electivas o que desempeñen papeles secundarios en las instituciones políticas.³ La presencia de las mujeres en los lugares de representación política enriquece el espacio de la democracia, gracias al aporte de ambos componentes de la sociedad, formada por hombres y mujeres.⁴

1.2. La evolución del marco normativo en México

En México, las mujeres conquistaron el derecho de voto bastante tarde, el 17 de octubre de 1953. Pero incluso en México, como en el resto del mundo, el reconocimiento del derecho de voto de las mujeres no se tradujo en una mayor presencia de mujeres en los órganos representativos. La falta de participación de las mujeres en los espacios de toma de decisiones políticas, además, descendió de su inferioridad económico-social y se reflejó en la escasa presencia femenina en los partidos políticos.

Por lo tanto, la garantía de igualdad formal no correspondía a una garantía de igualdad sustancial entre hombres y mujeres. A pesar del reconocimiento del derecho de voto, su presencia en la Cámara de Diputados se confirmó en las décadas de los sesenta y setenta, de alrededor de 6 %; en el Senado la presencia fue aún menor, de alrededor de 3 por ciento. A partir de la década de los setenta, su presencia en las salas representativas comenzó a crecer progresivamente.

Solo desde la década de los noventa, para una serie de factores (internacionales e internos, especialmente los descendientes de la búsqueda del voto de las mujeres por los partidos), la igualdad de género entró en el debate político mexicano, lo que permitió a las mujeres conquistar un determinado espacio en los partidos.

² En todo caso, el electorado activo pone de relieve la problemática de la oportunidad de elegir.

³ A. PHILLIPS, *Endangering democracy*, Cambridge, 1991.

⁴ Véase M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, pp. 106-ss.; T. GROPPI, I. SPIGNO, *La rappresentación de género en Italia*, en *Justicia Electoral*, 2011, pp. 178-ss., especialmente la p. 181; B. PEZZINI, *Le quote come strumento di empowerment*, en R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (eds.), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, p. 100.

El nuevo rol asumido por las mujeres, a principios de la década de 2000, trajo como resultado una mayor exposición a la violencia. Para combatir este fenómeno, se aprobaron además algunas leyes incluyendo la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2006) y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007, reformada en 2009), para contrarrestar la violencia contra las mujeres. Al mismo tiempo, en 2007 se reformó el Código Penal y la Ley de Salud, para permitir el aborto antes de las doce semanas de gestación.

A comienzos de la década de 2000, el debate continuó favoreciendo la presencia de mujeres en los espacios para tomar decisiones políticas, y los temas principales se referían, en primer lugar, a la necesidad de aumentar el número de mujeres; en segundo lugar, con qué medidas intervenir.

En México, como en muchos otros países, la elección recayó en las cuotas de género, para contrarrestar la escasa presencia de mujeres en las asambleas electivas. Ya en la década de los noventa, se introdujeron las cuotas de género (en 1993 y, luego, en 1996, estableciendo que los partidos no debían postular más de 70 % de candidatos de un solo género), pero sin una sanción por incumplimiento. Además, se estableció su aplicación para el total de las candidaturas, propietarios y suplentes, y no solo al nivel de las candidaturas propietarias.

Sin embargo, en 2002 el legislador estableció la aplicación del umbral mínimo de 30 % de candidaturas de las mujeres, solo al nivel de las candidaturas propietarias (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales [Cofipe], artículo 175, apartado A). También se fortaleció la cuota en las listas de representación proporcional, obligando a los partidos a conformarlas en segmentos de 3 y a incluir en los primeros 3 segmentos de cada lista un candidato de género distinto (Cofipe, artículo 175, apartado B). De esta manera, se aseguraba la presencia de por lo menos 3 mujeres en los primeros 9 lugares de la lista.⁵ Finalmente, se introdujo la obligatoriedad de la cuota, al incluir en el mismo artículo la posibilidad de la negativa de registro ante el incumplimiento de la cuota de género (Cofipe, artículo 175, apartado C).

⁵ M. GONZÁLEZ OROPEZA, K. M. GILAS, C. BÁEZ SILVA, *Hacia una democracia paritaria. La evolución de la participación política de las mujeres en México y sus entidades federativas*, Ciudad de México, 2016, p. 111.

Posteriormente, en 2007, se elevó el umbral de la cuota, estableciéndolo en un nivel mínimo de 40 %; es decir, los partidos podían postular como máximo 60 % de candidatos de un mismo género. Además, las listas de representación proporcional debían incluir al menos 2 mujeres por cada segmento de 5. Finalmente, al menos 2 % del gasto ordinario debía destinarse a la capacitación y formación del liderazgo de mujeres (Cofipe, artículos 219 y 220).⁶

Esas medidas fueron introducidas para promover la efectividad de la cuota, pero se mantuvo la cláusula de excepción, que permitía a los partidos políticos evitar el cumplimiento de la cuota en las candidaturas de mayoría relativa seleccionadas “mediante un procedimiento democrático” (Cofipe, artículo 219, apartado 2).

En otras palabras, los partidos políticos podrían no respetar la cuota si sus candidatos hubieran sido elegidos por un procedimiento democrático, pero la ley no especificaba qué se entendía por *procedimiento democrático*. Los partidos, por lo tanto, comenzaron a postular mujeres que, al momento de ser electas, renunciaban a favor de los candidatos suplentes, quienes eran hombres.

1.3. La importante sentencia antijuanitas y la reforma constitucional de 2014

El TEPJF interrumpió el fenómeno de las juanitas con la sentencia SUP-JDC-12624/2011 (llamada sentencia antijuanitas), obligando a los partidos a cumplir con la cuota también en las candidaturas de mayoría relativa. Por eso, en 40 % de las candidaturas correspondientes al género minoritario, propietario y suplente tendrían que ser del mismo género. De esta manera, la Sala Superior evitó una práctica muy común en las elecciones legislativas de 2009, en las cuales las mujeres renunciaron a favor de los candidatos suplentes, quienes eran hombres. Pero el criterio verdaderamente relevante en la sentencia antijuanitas es la eliminación de la excepción al cumplimiento de la

⁶ Cfr. A. CUÉLLAR VÁZQUEZ, I. GARCÍA GÁRATE, *Equidad de género y representación: la regla de alternancia para candidaturas de RP*, Ciudad de México, 2010.

cuota, cuyo resultado práctico era la limitación del ámbito de la operación de la cuota a los escaños de representación proporcional.⁷

La primera consecuencia de esta importante sentencia fue el incremento de la presencia femenina en ambas cámaras del Congreso; de hecho, en la elección de 2012 se alcanzaron los niveles históricos de 37.4 % en la Cámara de Diputados y de 33.6 % en el Senado. En la elección de 2012, la cuota fue aplicada, por primera vez en la historia mexicana, de manera plena, sin excepciones, lo que tuvo un efecto positivo en la representación de las mujeres en las cámaras electivas.

La otra consecuencia, aún más importante, fue la reforma de la Constitución con la que, en 2014, se elevó a rango constitucional la paridad de género. Con esta reforma se reconoció expresamente, en el artículo 41, base I, párrafo segundo, de la Constitución, la paridad de género, al establecer que los partidos políticos deben definir reglas para garantizar la paridad entre los géneros en la postulación de candidatos a cargos legislativos federales y locales.

Posteriormente, el principio constitucional de paridad de género introducido por la reforma a la Constitución fue desarrollado en dos leyes: la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) y la Ley General de Partidos Políticos (LGPP), que sustituyen al Cofipe.

En consonancia con la reforma de 2014, en la LGIPE se estableció la obligación, a cargo de los institutos políticos, de registrar fórmulas de candidatos integradas por personas del mismo género (artículo 14, apartado 4).

Asimismo, el artículo 7, apartado 1, de la citada ley establece un derecho a favor de la ciudadanía y una obligación de los partidos políticos de atender la igualdad de oportunidades y la paridad en el acceso a los cargos de elección popular.

El artículo 232, apartado 3, de la invocada ley prevé que los partidos políticos tienen la obligación de postular en la mitad de las candidaturas a hombres y en la otra mitad a mujeres a los cargos de elección del Congreso federal y las legislaturas estatales. Esta obligación aplica tanto para las postulaciones vía uninominal como para las que se presenten de manera plurinominal.

⁷ Cfr. J. M. OTÁLORA MALASSIS, *La evolución del principio de paridad de género en la jurisprudencia*, en *Quid iuris*, 2016, pp. 32-ss.

Además, se debe aplicar la alternancia de género en las listas de candidatos por el principio de representación proporcional. En otras palabras, las candidaturas femeninas y masculinas se alternan de tal manera que dos candidatos del mismo género nunca se coloquen juntos (LGIPE, artículo 234).

Al mismo tiempo, esta ley establece que las autoridades administrativas electorales deben rechazar el registro de las listas que no respetan la paridad (LGIPE, artículos 232 y 241).

Incluso la LGPP contiene reglas importantes con respecto a la paridad de género; por ejemplo, obliga a los partidos a garantizar la participación efectiva de ambos géneros en la integración de sus órganos y en la postulación de candidatos. Pero los partidos tienen la libertad para determinar los criterios y procedimientos aplicables, a fin de garantizar la paridad en las postulaciones (LGPP, artículo 33.3, 4 y 5).

También, la ley prevé que “en ningún caso se admitirán criterios que tengan como resultado que alguno de los géneros le sean asignados exclusivamente aquellos distritos en los que el partido haya obtenido los porcentajes de votación más bajos en el proceso electoral anterior”, es decir, prohíbe la postulación de candidatas mujeres exclusivamente en los distritos perdedores (LGPP, artículo 3.5). Esta regla es muy importante, porque a través de ella el legislador prohíbe la postulación de las mujeres exclusivamente en los distritos donde el partido no tiene oportunidades reales de ganar. Por eso, el partido tendrá que distribuir candidaturas femeninas y masculinas en sus distritos perdedores.

Finalmente, la nueva legislación general ya no establece ninguna excepción a la aplicación de la acción afirmativa.

Como se ha mencionado, la evolución del marco normativo de la paridad de género en México también ha sido influenciada por factores externos, en particular por el orden internacional en el que se encuentra inmerso el Estado mexicano.

Como subraya la Sala Superior en las sentencias SUP-REC-83/2018 y SUP-REC-851/2018 y SUP-REC-852/2018 acumulados, en el sistema universal de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en sus artículos 3 y 26, que los estados parte se comprometen a garantizar a mujeres y hombres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados

en el Pacto. En cuanto a la participación política, señala que todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, por sí mismos o por medio de representantes libremente elegidos, así como a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de cada país.

En materia política, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, ratificada por el Estado mexicano el 23 de marzo de 1981, señala en su preámbulo lo siguiente: “deseando poner en práctica el principio de la igualdad de derechos de hombres y mujeres, enunciado en la Carta de las Naciones Unidas”.

Además, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) impone, en cuanto a la participación política de las mujeres y la paridad de género, dos cuestiones fundamentales, a saber:

- El reconocimiento del deber de las naciones de garantizar la plenitud de sus derechos y, con ello, el acceso a espacios de toma de decisión, así como la representación efectiva de las mujeres en los órganos de poder y autoridad.
- La modificación del marco legal y la realización de acciones, incluyendo desde luego las estatales, que posibiliten en forma sustantiva, en los hechos, la eliminación de barreras estructurales y culturales, generadoras de las asimetrías existentes.

Por su parte, la CEDAW obliga al Estado mexicano a tomar medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, a fin de eliminar los prejuicios y las prácticas basados en el estereotipo de hombres y mujeres; igualmente, lo obliga a tomar medidas contra la discriminación de las mujeres en la vida política del país, garantizando que sean elegibles para todos los cargos cuyos miembros sean objetos de elecciones públicas.

Este mandato no pasa por una simple formulación de igualdad de oportunidades, que quede en un ámbito meramente formal, ya que exige a los estados parte la formulación de medidas apropiadas para introducir obligaciones al legislador y a los poderes públicos en su implementación.

En el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece, en sus artículos 1 y 2, que los estados parte se comprometen a respetar los derechos y las libertades reconocidos en ella; a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona, sin discriminación alguna por motivos, entre otros, de sexo, así como a adoptar, con adecuaciones a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

También, la Convención Americana, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (artículos 4, 5, 6 y 8), destaca la obligación de los estados de proteger los derechos humanos de las mujeres, entre otros, el derecho de acceso a los cargos públicos y a participar en la toma de decisiones, dado que la exclusión política, la discriminación de la mujer en el acceso a los cargos públicos y la permanencia de un techo de cristal que impide a las mujeres el acceso a los más altos cargos de dirección constituyen una forma de violencia hacia las mujeres.

Por último, en el sistema comunitario europeo, el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia, respecto a la forma como habrá de concebirse la paridad de género, es enfático al establecer que los estados, a partir de su propio orden constitucional, podrán adoptar reglas para garantizar cierto equilibrio de ambos géneros en la integración de órganos electos.⁸

En conclusión, el desarrollo del marco normativo interno e internacional ha generado, finalmente, una aceptación generalizada de los derechos político-electorales de la mujer y de la necesidad de una mayor participación femenina en todos los espacios públicos.

2. La jurisprudencia del año electoral 2018 sobre la paridad de género

Con la finalidad de proteger los derechos político-electorales, el TEPJF resolvió distintos juicios a favor de la paridad de género en el año elec-

⁸ Véanse SUP-REC-83/2018 y SUP-REC-851/2018 y SUP-REC-852/2018 acumulados.

toral 2018. Entre ellos, por ejemplo, la Sala Superior se pronunció respecto de la aplicación y la finalidad de la cuota de género, del ajuste en el orden de prelación en el registro de candidaturas, de la sustitución de candidatos, de la autoorganización de los partidos, de la alternancia y la prelación en la asignación de los escaños de representación proporcionalidad y de la integración de los órganos legislativos.

2.1. Aplicación y finalidad de la cuota de género

La Sala Superior, al resolver el asunto SUP-REC-83/2018, sostuvo que, contrario a lo argumentado por el Partido de la Revolución Democrática, el Instituto Tlaxcalteca de Elecciones cuenta con facultades constitucionales, convencionales y legales para establecer acciones afirmativas de género. En este sentido, el pleno señaló que los OPL cuentan con atribuciones para que, mediante la interpretación y aplicación de los principios constitucionales, convencionales y legales, se logre un fortalecimiento cualitativo del régimen democrático en el Estado mexicano. Así, sus facultades no se reducen a la mera aplicación de las reglas, sino que tienen la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos, entre ellos el de la paridad de género.

El pleno subrayó también que, para que el principio democrático pueda considerarse materializado, debe incluir la paridad de género, la cual se traduce en el ejercicio igualitario de derechos entre mujeres y hombres, y exige, como aspecto indispensable, la participación política de las mujeres. De ahí que el mandato de paridad de género se debe traducir en un verdadero acceso de las mujeres a los cargos de elección popular.

Los magistrados señalaron que, para cumplir con esta obligación del Estado mexicano, es necesaria la implementación de las medidas afirmativas, encaminadas a lograr la igualdad material entre hombres y mujeres. En consecuencia, determinaron confirmar la implementación de la medida cuestionada, al estimar que es adecuada y necesaria, porque al colocar a las mujeres en los primeros lugares de las listas de candidatos se elevan sustancialmente sus posibilidades de acceder a la legislatura estatal y, con ello, se satisface el principio constitucional de paridad de género.

2.2. Ajuste en el orden de prelación en el registro de candidaturas

En la sentencia SUP-REC-454/2018, la Sala Superior del TEPJF determinó, por unanimidad de votos, ordenar al Partido del Trabajo (PT) ajustar el orden de prelación en el registro de candidaturas a las diputaciones por el principio de representación proporcional postuladas para el actual proceso electoral local, en San Luis Potosí, con el objetivo de garantizar el principio de paridad de género.

El PT había registrado una lista de 6 fórmulas, colocando las candidaturas de mujeres en las posiciones 2, 4 y 6. María Patricia Álvarez Escobedo, la candidata propietaria registrada en el segundo lugar, promovió un juicio ciudadano ante el tribunal electoral local, que ordenó modificar la prelación, para colocar a la actora en el primer lugar de la lista. El tribunal local consideró que el ajuste era necesario para que las mujeres tengan “posibilidades reales” de acceder al cargo, atendiendo al contexto histórico en el cual el PT había postulado hombres en la primera posición al menos en las últimas cinco elecciones.

Esta determinación fue impugnada ante la Sala Regional Monterrey, quien, en el asunto SM-JRC-107/2018 y acumulados resolvió modificar la sentencia impugnada para regresar al orden inicial en el que fueron colocadas las candidaturas. La Sala Regional estimó que “la medida compensatoria que implementó era innecesaria”, porque el PT cumplió con la paridad tanto en la coalición, por el principio de mayoría relativa, como en la postulación individual, por el principio de representación proporcional. Además, señaló que la regulación aplicable no exige que las listas que postulen los partidos deban ser encabezados por mujeres.

Inconforme con esta decisión, María Patricia Álvarez Escobedo interpuso un recurso de reconsideración ante la Sala Superior, argumentando que la Sala Regional Monterrey realizó “una interpretación indebida, al ubicar el derecho de autodeterminación de los partidos por encima del principio de paridad de género”. La actora consideró que el PT no había cumplido con la paridad de manera individual, al postular por mayoría relativa a 3 hombres y 1 mujer, por lo que estaba obligado a compensar la subrepresentación, encabezando la lista con una candidatura del género femenino.

La Sala Superior, al resolver el asunto SUP-REC-454/2018, sostuvo que, contrario a lo afirmado por la sala regional, los lineamientos para la paridad emitidos por el instituto electoral de San Luis Potosí establecen que la lista de las candidaturas de representación proporcional “deberá ser encabezada por el género que obtuvo el menor número de registros de mayoría relativa”; es decir, para determinar el género que encabezará la lista de representación proporcional es necesario verificar las postulaciones que se realizaron en mayoría relativa y, así, extraer el género que tuvo menor representación.

En el presente caso, tratándose de una coalición parcial, las magistradas y los magistrados señalaron que, para la aplicación de esta regla, las postulaciones de mayoría relativa se deben valorar de manera íntegra, es decir, las candidaturas postuladas por los partidos en coalición parcial y en lo individual, para, a partir de ello, determinar qué género debe encabezar la lista de las candidaturas presentada por un partido político.

2.3. Sustitución de candidatos

En la sentencia SUP-REC-930/2018 y acumulados, el pleno de la Sala Superior del TEPJF revocó, por unanimidad de votos, la resolución emitida por la Sala Regional Xalapa y, en plenitud de jurisdicción, realizó los ajustes necesarios para cumplir con “el principio de paridad armonizándolo con la normatividad electoral local”. La Sala Regional, en la sentencia impugnada, revocó la asignación de curules efectuada por el Tribunal Electoral del Estado de Yucatán y validó la asignación de diputaciones de representación proporcional realizada por el Consejo General del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Yucatán. La Sala Regional consideró que —contrariamente a lo indicado por el tribunal local al revocar tal asignación—, cuando no se alcance la paridad en la integración del congreso local, sí se justifica la adopción de medidas afirmativas adicionales a las ya establecidas por la normativa, para alcanzar una integración lo más cercana posible a la paridad.

Sin embargo, la Sala Superior consideró que la medida del OPL no era razonable puesto que establecía que dicho ajuste solo debió realizarse en los candidatos del listado preliminar (primera lista), y no en

el conjunto que se conforma con los que no obtuvieron el triunfo por mayoría relativa (segunda lista).

Por lo tanto, se determinó que era razonable que el ajuste de paridad recayera en la segunda lista, esto es, la conformada por candidaturas de quienes obtuvieron la mayor votación y no ganaron.

Ello porque la elección por el principio de mayoría relativa termina en el momento en que se hace la asignación de diputaciones a quienes hayan obtenido el más alto número de sufragios, sin que exista un derecho de los candidatos de mayoría que no alcanzaron el triunfo a ser reacomodados o a que esto se haga en un orden determinado.

En ese sentido, se revocó la sentencia impugnada y, dada la proximidad de la instalación del Congreso de Yucatán, se procedió a realizar el ajuste de paridad de manera directa en los últimos hombres designados pertenecientes a la segunda lista, esto es, los candidatos mejor votados que no obtuvieron el triunfo por mayoría relativa, “para sustituirlos por dos mujeres a efecto de conseguir la integración paritaria de la asignación de diputaciones” por el principio de representación proporcional, con 5 hombres y 5 mujeres.

2.4. Autoorganización de los partidos

Otro problema al que tuvieron que enfrentarse las autoridades a la hora de implementar las cuotas de género tuvo que ver con encontrar cierto equilibrio entre la aplicación de las medidas afirmativas y el respeto al derecho de autoorganización de los partidos políticos. En general, a partir de la reforma de 2014, el TEPJF ha sostenido que, como mandato constitucional, se debe respetar la vida interna de los partidos políticos, siempre y cuando estos respeten los principios y normas previstos por la legislación electoral, y ha ido endureciendo su posición en cuanto a la aplicación de la cuota de género.⁹

Así, en el asunto SUP-JDC-402/2018, la Sala Superior sostuvo que es necesario armonizar el principio de autoorganización de los partidos políticos con las obligaciones a cargo de estos.

⁹ M. GONZÁLEZ OROPEZA, K. M. GILAS, C. BÁEZ SILVA, *Hacia una democracia paritaria*, cit., pp. 121-ss.

El principio de autoorganización de los partidos políticos implica el derecho de gobernarse internamente en los términos en que se ajusta a su ideología e intereses políticos, siempre que ello sea acorde a los principios de orden democrático, con el propósito que la propia Constitución les encomienda: hacer posible la participación política de los ciudadanos. Con base en esa facultad autorregulatoria, los partidos políticos tienen la posibilidad jurídica de emitir disposiciones o acuerdos vinculantes para sus militantes, simpatizantes y adherentes, así como para sus propios órganos, teniendo en consideración que sus disposiciones internas tienen los elementos de toda norma, en la medida en que revisten un carácter general, impersonal, abstracto y coercitivo. Por ello, tanto las autoridades electorales como las jurisdiccionales deben respetar la vida interna de los partidos políticos y privilegiar el derecho de autoorganización de los institutos políticos.

Junto con dicha potestad de autoorganización, están las obligaciones a cargo de los partidos políticos, las cuales deben ser acatadas de manera estricta, en el marco constitucional y legal que las rige.

En ese contexto, si el partido político o coalición que postuló planillas para diversos cargos de los ayuntamientos en Estado de México lo hizo de manera defectuosa, sin cumplir con la exigencia de presentar fórmulas completas de propietario y suplente para cada cargo registrado, es claro que no se puede afirmar la existencia de un derecho adquirido en forma independiente por las personas que fueron registradas en fórmulas incompletas porque, al ser la postulación, en principio, un derecho del partido político o la coalición que la efectuó (cuando el ciudadano no opta por la vía independiente), el derecho del ciudadano postulado no se puede considerar absoluto cuando el acto que lo origina, consistente en el ejercicio del derecho de los partidos o las coaliciones a participar en las elecciones y a postular candidaturas es imperfecto o incompleto.¹⁰

¹⁰ En particular, en la sentencia SUP-REC-402/2018, la Sala Superior, por mayoría de votos, revocó la sentencia dictada por la Sala Regional Toluca. Las razones de la revocación se sustentan en que la Sala Regional ponderó en forma incorrecta derechos de rango constitucional correspondientes a candidatos a cargos de elección local y a partidos políticos integrantes de una coalición, omitiendo tener en cuenta la trascendencia de la correcta integración de los ayuntamientos en Estado de México y de la correcta postulación de las planillas respectivas. En el caso, subsistía un problema de constitucionalidad, porque la Sala Toluca dio preva-

En el tema de la autoorganización de los partidos, es muy importante la sentencia SUP-JDC-35/2018, en la que la Sala Superior sostuvo que los partidos políticos, bajo los principios de autodeterminación y autoorganización, pueden establecer los procedimientos que consideren adecuados para elegir a sus precandidatos y candidatos, “siempre y cuando cumplan con los requisitos constitucionales y legales, entre los que se encuentra la paridad”.

La Sala Superior del TEPJF confirmó, por unanimidad de votos, los criterios para el cumplimiento de las acciones afirmativas para garantizar la paridad de género en las candidaturas a diputados locales por el principio de mayoría relativa y en la integración de los ayuntamientos en Estado de México, establecidos por el Partido Acción Nacional (PAN), así como la invitación para participar en el proceso interno de designación de candidaturas a dichos cargos.

Diversos militantes del PAN impugnaron ante la Sala Superior las providencias emitidas por el presidente del Comité Ejecutivo Nacional del PAN el 29 de enero pasado para designar candidaturas para el proceso local 2017-2018 en Estado de México.

Los actores pretendían que se dejara sin efectos la reserva de candidaturas a presidencias municipales para postulaciones de las mujeres en los municipios de Ozumba, Jilotzingo, Xonocatlán, Coyotepec y Xalatlaco, al considerar que esta reserva afectaba los derechos de los varones que pretendían ser reelectos.

cia al derecho a ser votado de las personas que sí formaban parte de las planillas incompletas propuestas por la coalición para la elección de integrantes de ayuntamientos en Estado de México, mientras que el partido recurrente enfatizaba la obligación de los partidos políticos de participar en las elecciones en el marco de la normativa constitucional y legal a la que están sujetos, lo cual está relacionado con la necesidad de una correcta integración de los ayuntamientos, que funcionen regularmente; por ende, a su criterio, es necesario que postulen planillas completas, con propietario y suplente, para los diversos cargos municipales en los que decidan participar. Por lo tanto, la Sala Superior consideró que, en el caso, la solución jurídica debe tutelar los derechos de las personas que fueron registradas en fórmulas completas, con propietario y suplente, y sin personas duplicadas, de las planillas que fueron postuladas por la coalición, y debe garantizar que los ayuntamientos sean integrados en forma completa, como resultado de la elección de que se trate, con funcionarios propietario y suplente para cada uno de los cargos de cada ayuntamiento, para que se salvaguarde la regularidad en el funcionamiento de tales órganos, así como el derecho de los electores a recibir un trato igual al momento de ejercer su voto respecto de una u otra planilla de las postuladas para cada ayuntamiento.

Al resolver el asunto SUP-JDC-35/2018 y acumulados, el pleno de la Sala Superior concluyó que los partidos políticos, bajo los principios de autodeterminación y autoorganización, pueden establecer los procedimientos que consideren adecuados para elegir a sus precandidatos y candidatos, siempre y cuando cumplan con los requisitos constitucionales y legales, entre los que se encuentra la paridad. La Sala Superior del TEPJF confirmó los criterios para garantizar la paridad de género en las candidaturas a diputados locales y los ayuntamientos por el principio de mayoría relativa

2.5. Alternancia y prelación en la asignación de los escaños de representación proporcional

El pleno de la Sala Superior del TEPJF modificó, por mayoría de votos, la resolución emitida por la Sala Regional Monterrey en el juicio SM-JDC-721/2018 y acumulados, en el que había realizado la asignación de escaños de representación proporcional para el Congreso de Nuevo León.

Los partidos Revolucionario Institucional (PRI), Acción Nacional (PAN), del Trabajo (PT) y Verde Ecologista de México (PVEM), así como candidatas y candidatos a diputados locales impugnaron la sentencia referida, argumentando que la Sala Regional llevó a cabo “una incorrecta aplicación de las cláusulas de sobre y subrepresentación y del cumplimiento del principio de paridad de género” en la integración del Congreso de la citada entidad federativa.

Al resolver el asunto SUP-REC-1036/2018 y acumulados, la Sala Superior determinó que la aplicación de la fórmula matemática para la asignación de escaños de representación proporcional y, en especial, la verificación de los límites de la sub- y sobrerrepresentación fueron realizados por la Sala Regional con pleno apego a derecho.

A juicio de la Sala Superior, la determinación de los límites de la sub- y sobre representación se debe tomar considerando a los partidos políticos en lo individual, sin importar si contendieron de forma coaligada. Esto, porque el derecho a participar en la asignación de escaños es exclusivo de los partidos políticos en lo individual.

Asimismo, el pleno señaló que la base para el cálculo de los límites de sub- y sobrerrepresentación es la suma de los votos de los par-

tidos que tienen derecho a participar en la asignación de escaños de representación proporcional y, en su caso, de aquellos que, sin tener ese derecho, cuenten con escaños de mayoría relativa. De esta manera se evita distorsionar la relación de proporcionalidad que debe existir entre votos y curules.

Finalmente, en cuanto al procedimiento de verificación de los límites de sub- y sobrerepresentación, la Sala Superior señaló que la Sala Regional lo desarrolló de manera adecuada, ya que la revisión de la sobrerepresentación debe realizarse en cada una de las etapas de asignación, en tanto que la subrepresentación se efectúa solo al concluir el procedimiento. A juicio de la Sala, es en ese momento cuando se puede determinar que, efectivamente, algún partido político se encuentra fuera del rango constitucional y está subrepresentado y, en consecuencia, que deben realizarse las compensaciones y, de ser necesarios, los ajustes correspondientes.

Por otro lado, en cuanto a la asignación de curules a los candidatos suplentes de las fórmulas de representación proporcional postulados por el PAN en aquellos casos en que los candidatos propietarios obtuvieron el triunfo por el principio de mayoría relativa, la Sala Superior consideró que, en efecto, la distribución realizada por la Sala Regional fue incorrecta.¹¹

Respecto de la paridad de género, la Sala Superior determinó que la Sala Regional inobservó los principios de alternancia y prelación en la asignación de los escaños de representación proporcional previstos en la legislación local, según los cuales “la asignación debe iniciar con el género menos favorecido” y quien debe de iniciar con la asignación es el partido que menor votación haya obtenido.

¹¹ En particular, la Sala señaló que el sistema electoral de Nuevo León es particular, ya que existe un sistema conforme al cual se asignan las curules mediante dos métodos, los cuales se aplican de manera alternada. En primer lugar, se asigna a favor de los candidatos registrados en la lista plurinominal registrada en su momento por cada partido político y, en segundo lugar, se asigna en beneficio de las candidaturas registradas por el principio de mayoría relativa que, no habiendo obtenido el triunfo en su distrito, hubieren logrado el mayor porcentaje de votos a favor de sus partidos. De ahí que, en ese sistema, para preservar la voluntad ciudadana, el suplente de una fórmula registrada por ambos principios se encuentra obligado a asumir el cargo de diputado suplente de mayoría relativa en el distrito que resultó electo, junto con el propietario.

2.6. Integración de los órganos legislativos

Además, el TEPJF aclaró, en la sentencia SUP-REC-1052/2018, que los órganos legislativos puedan llegar a integrarse por más mujeres que hombres, porque esta acción afirmativa no viola el principio de igualdad; por el contrario, constituye un mecanismo para lograr la igualdad sustantiva.

De manera particular, la Sala Superior sostuvo que la integración de la legislatura con un número superior de mujeres no es contraria al principio de igualdad de género. En efecto, ha sido criterio del TEPJF que cualquier aplicador de la norma está obligado a instrumentar las medidas necesarias para alcanzar la paridad de género, tanto en la postulación de candidaturas como en la integración de los órganos del Estado. Por tanto, a pesar de que la conformación de los órganos legislativos establece como

regla la inclusión de ambos géneros en una proporción ideal del cincuenta por ciento, lo cierto es que la restricción de un porcentaje mayor de mujeres implicaría el establecimiento de un tope a la participación femenina, al circunscribirla únicamente a dicho porcentaje.

Entonces, el establecimiento de un tope a la participación femenina, en lugar de cumplir con las finalidades de tales mecanismos, implicaría una regresión en materia de participación de la mujer y generaría una inhibición en el ejercicio de sus derechos políticos y de su participación efectiva en los órganos gubernamentales. Esto, pues, no incentivaría la participación más allá de los porcentajes establecidos, aunque las medidas preferenciales a favor de las mujeres debieran interpretarse y aplicarse procurando su mayor beneficio. Esto es congruente con lo considerado en la jurisprudencia 11/2018, de rubro PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES.

Entonces, la Sala Superior concluye que reducir el número de mujeres que integran el Congreso del Estado de Morelos implicaría restringir injustificadamente su derecho a ocupar cargos de elección popular, en detrimento tanto del empoderamiento de la mujer como de la incentivación de la participación en la vida pública. Además, es nece-

sario reconocer la igualdad sustancial como valor fundamental de las normas relacionadas con la integración paritaria de los órganos legislativos. De hecho, la implementación de tales mecanismos

no se circunscribe únicamente a cumplir con el reconocimiento formal de la igualdad entre mujeres y hombres desde la descripción constitucional y legal, o bien a la mera conformación de órganos colegiados que de ello se deriva; por el contrario, tiene como finalidad última alcanzar la igualdad sustancial, eliminando las brechas de desigualdad en todos los aspectos políticos, económicos, culturales y sociales, en que se desarrolla la mujer.

3. Un caso sin precedentes sobre los derechos político-electorales de las personas transgénero (muxes)

La Sala Superior del TEPJF resolvió un caso sin precedentes sobre los límites y la naturaleza de las cuotas de género en los cargos de elección popular: la resolución sobre los derechos político-electorales de las personas transgénero, muxes, en el Oaxaca (SUP-JDC-0304/2018 y acumulados).

La Sala Superior del TEPJF, por mayoría de votos, confirmó las candidaturas de Santos Cruz Martínez y Yair Hernández Quiroz, postuladas para ocupar los cargos de primera concejalía de los ayuntamientos de Cuilapam de Guerrero y Chalcatongo de Hidalgo, Oaxaca, puesto que desde su registro se autoadscribieron como mujeres. En cambio, a efectos de evitar un fraude al principio de paridad de género, el pleno determinó cancelar 15 de las 17 candidaturas a primeras concejales en diversos ayuntamientos de Oaxaca, puesto que, a diferencia de las primeras, en estas se generaron cambios respecto a la autoadscripción que originalmente habían manifestado.

Al resolver el caso, la Sala Superior estableció que “la manifestación de pertenencia a un género es suficiente para justificar la autoadscripción de una persona”. Sin embargo, dada la obligación del Estado de proteger la paridad entre hombres y mujeres en la postulación de las candidaturas, “debe evitarse una simulación en la manifestación de género o de la autoadscripción”. Por ello, las autoridades

electorales deben hacerse cargo de la posibilidad de un mal uso de la autoadscripción, para no permitir que una reivindicación tan importante como la “identidad trans se utilice de manera engañosa para cumplir con el principio constitucional de paridad”.

En consecuencia, la Sala Superior revocó las actuaciones del IEEPCO respecto de 15 candidaturas a concejalías y, en plenitud de jurisdicción, le ordenó realizar las adecuaciones necesarias a los registros correspondientes, respetando el principio de paridad.

Por último, se determinó dar vista al Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE), a efectos de que, en el ámbito de sus atribuciones, inicie los procedimientos correspondientes y resuelva lo que conforme a derecho proceda respecto a la presunta violación al principio de paridad, así como la posible falsificación de documentos, atribuible a los partidos políticos y coaliciones denunciados.

Por lo tanto, dicha sentencia no solo protegió los derechos político-electorales de las mujeres y la comunidad muxe que efectivamente debían ser candidatas mediante la cuota de género, sino que estableció un criterio fundamental para la resolución de casos futuros: “la autodescripción es el único elemento que se puede exigir a las personas para demostrar su identidad sexo-genérica, de tal forma que el Estado no puede, en ningún caso, solicitar prueba adicional alguna a la parte interesada”.

4. Algunas consideraciones en perspectiva comparada europea sobre la paridad de género

Lo expuesto revela que México transitó de un andamiaje legal electoral acorde con el mandato de impulsar el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres a *un plano de igualdad de género* ante los varones, entre otras cuestiones, con la previsión de cuotas y acciones afirmativas, así como el establecimiento de reglas tendentes a garantizar la paridad entre los géneros en las candidaturas.

En este contexto, para que el principio democrático pueda considerarse materializado, debe incluir la paridad de género, la cual se tra-

duce en el “ejercicio igualitario de derechos entre mujeres y hombres”, que responde a un entendimiento incluyente, que exige como aspecto indispensable la participación política de las mujeres.¹²

Como se vio anteriormente, la cuota de género demostró ser un mecanismo muy efectivo en la promoción de la participación política de las mujeres, también gracias al trabajo del TEPJF. De hecho,

las cuotas de género han aportado resultados efectivos en la inserción de la mujer en la vida política y aunque estos han encontrado dificultades en concreción, han obtenido mayores logros que los programas de capacitación, la militancia política y las campañas para promover la conciencia de igualdad.¹³

Desde su introducción en México, la presencia femenina en la Cámara de Diputados pasó de 12.4 % en 1990 a 42.6 % en 2015. Finalmente, en 2018 la Cámara de Diputados, por primera vez en la historia de México, tuvo en los escaños, prácticamente, una representación paritaria de mujeres y hombres.

En resumen, en los 28 años y las 9 elecciones en los que se aplicó esa medida, la presencia femenina aumentó cerca de 4 veces.

Incluso en Europa, las cuotas de género, que hasta principios de la década de 2000 no se habían extendido aún, se están convirtiendo en un fenómeno creciente. Como se indicó en la investigación realizada en 2011 por el Parlamento Europeo,¹⁴ no todos los países europeos han adoptado la misma solución; por ejemplo, algunos estados han introducido cuotas legales de género, mientras que en otros los partidos políticos han adoptado voluntariamente cuotas de género para sus listas electorales.¹⁵

¹² Véase la sentencia SUP-REC-83/2018.

¹³ Como subraya M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Notas sobre el proceso electoral federal 2018*, en www.derecho.unam.mx (último acceso el 28 de diciembre de 2018), p. 28.

¹⁴ Cfr. L. FREIDENVALL, E. JOHANSSON, D. DAHLERUP (eds.), *Electoral gender quota systems and their implementation in Europe*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, Bruxelles, estudio del Parlamento Europeo elaborado por varios profesores del departamento de Ciencia Política de la Universidad de Estocolmo (Suecia), que examina las cuotas electorales de género en los 27 estados de la Unión Europea y en tres de la Unión Económica Europea (Islandia, Liechtenstein y Noruega), 2013.

¹⁵ Cfr. F. REY MARTÍNEZ, *Cuotas 2.0. Un nuevo enfoque de las cuotas electorales de género*, en *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, 2013, p. 22.

En particular, en Italia, las cuotas introducidas por el legislador en la década de los 90 han sido declaradas inconstitucionales porque, según la Corte Constitucional italiana, en materia electoral se puede garantizar solamente la igualdad formal, y cualquier referencia al sexo está prohibida, aunque se contemple a través de fórmulas neutras.¹⁶ Pero, además, la Corte ha querido especificar que la inconstitucionalidad se refiere a las reservas de cuotas impuestas por la ley, mientras que se solo podrían reputarse válidas en los casos en los cuales se trate de decisiones adoptadas libremente por los partidos políticos.¹⁷

Por lo tanto, la Corte Constitucional italiana mostró la misma preocupación, ya expresada por el Consejo constitucional francés unos años antes, dirigida a proteger la igualdad como principio absoluto que prohíbe cualquier alteración.¹⁸

Sin embargo, la Corte Constitucional italiana cambió su orientación después de la revisión del artículo 51, apartado 1, de la Constitución, del 30 de mayo de 2003, en la cual se introdujo lo siguiente: “a tal finalidad la República promueve con especiales medidas la paridad de oportunidades entre mujeres y hombres”.¹⁹

Finalmente, en Italia se aprobó una nueva ley electoral (ley n. 165/2017, aplicada en las elecciones del Parlamento en 2018) que ha introducido medidas para asegurar una efectiva representación política de las mujeres, es decir, mecanismos mucho más contundentes para asegurar el reequilibrio de género.²⁰

¹⁶ Bastante crítica con respecto a las argumentaciones de la Corte Constitucional, L. CALIFANO, *Donne e rappresentanza politica: una riforma che apre nuovi spazi*, en *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 141.

¹⁷ Corte Costituzionale italiana, sentencia n. 422/1995, punto 6 de los “Considerandos”.

¹⁸ Consejo Constitucional francés, decisión n° 82-146 DC, del 18 de noviembre de 1982. Sobre la introducción de las cuotas electorales en Francia, véase F. MERTENS DE WILMARS, *La paridad de género o la contribución al principio de equidad*, en *Actas I Congreso Internacional de la Red Española de Filosofía*, 2015, pp. 41-45.

¹⁹ Véanse, de la Corte Constitucional italiana, sentencia n. 49/2003 y sentencia n. 4/2010. Véase L. CARLASSARRE, *La legittimità della “preferenza di genere”: una nuova sconfitta della linea di governo contro la parità*, en *Giur. Cost.*, 2010, pp. 83-ss.; M. OLIVETTI, *La c. d. “preferenza di genere” al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, en *Giur. Cost.*, 2010, pp. 92-ss.

²⁰ En el porcentaje de escaños asignados con el sistema proporcional (colegios electorales plurinominales), las listas están “bloqueadas”; son listas cortas, de no más de cuatro candidatos. Y para promover una representación más equilibrada de mujeres y hombres, a) los candidatos

Además, el Tribunal Constitucional de España, llamado a pronunciarse sobre la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, subrayó que la igualdad sustantiva no solo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía, y el principio democrático reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados. Por lo tanto, en la sentencia n. 12/2008, el Tribunal no declaró inconstitucionales las cuotas, porque la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con una composición equilibrada de mujeres y hombres, en porcentajes que siempre aseguren un mínimo de 40 % para cada sexo, persigue la efectividad del artículo 14 de la Constitución en el ámbito de la representación política.²¹

Después, el Tribunal Constitucional de España llegó al mismo resultado en la sentencia n. 13/2009, donde la disposición impugnada establecía que las listas electorales para las elecciones al Parlamento vasco consistían en al menos 50 % de mujeres.

También, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha orientado hacia un mayor reconocimiento de las acciones afirmativas para proteger a las mujeres. De hecho, en la sentencia Kalanke (1995), el Tribunal distinguió inicialmente entre la igualdad de los puntos de partida (admitida) y la igualdad de los resultados (inadmisible). En cambio, la subsiguiente jurisprudencia del Tribunal, a partir de las sentencias Marschall (1997) y Abrahamsson y Anderson (2000), ha superado la

deben estar presentes, en cada lista, en un orden alternado, según el sexo; es decir, se alternan las candidaturas en cada lista (mujer-hombre-mujer-hombre o viceversa); b) las cabezas de las listas del mismo sexo no deben exceder 60 % del total, redondeando hacia la unidad más próxima, y c) las listas están bloqueadas, las preferencias no se pueden expresar; por lo tanto, no se pueden expresar preferencias de género (es decir, el elector no puede expresar hasta dos preferencias por candidatos de sexo diferente, y en caso de expresión de la segunda preferencia, so pena de nulidad de la preferencia misma, el elector debe elegir un candidato del sexo diferente respecto al primero). En el porcentaje de escaños asignados con el sistema mayoritario (colegios electorales uninominales), no más de 60 % de los candidatos pueden ser hombres o mujeres (redondeando hacia la unidad más próxima).

²¹ Cfr. espec. "Fundamentos de derecho" 4 y 5. Véase M. L. ALARCÓN MARTÍNEZ, *Comentario a la STC 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en Teoría y Realidad Constitucional*, 2008, pp. 605-624.

distinción entre paridad de oportunidades y paridad de resultados (pero en todos los casos en relación con el acceso al mundo de trabajo).²²

En el mismo año 2000, el Parlamento Europeo ha emitido una resolución en la que preconizaba el recurso a las cuotas electorales como medida transitoria y paralela a la formación e información de las candidatas de los partidos.²³

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no ha abordado explícitamente el tema de las cuotas electorales, mientras que en varias ocasiones ha decidido sobre los sistemas electorales. Si en los inicios se interpretaba el artículo 3 del Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como una garantía institucional de las elecciones libres, con el paso del tiempo su elucidación ha evolucionado hacia el reconocimiento de los derechos subjetivos de sufragio activo y pasivo.²⁴

Sin embargo, quizá el caso más relevante en materia de no discriminación y participación política de las mujeres es la opinión consultiva del Tribunal relativa a la presentación de la terna propuesta a la Asamblea Parlamentaria por parte de uno de los estados miembros del Consejo de Europa para elegir a un juez del citado Tribunal. Por lo

²² Cfr. las sentencias del TJCE, *Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen* (1995); *Marschall vs. Land Nordrhein-Westfalen* (1997); *Abrahamsson and Leif Anderson vs. Elisabet Fogelqvist* (2000); *Georg Badeck and others* (2000); *H. Lommers vs. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* (2002).

²³ Resolución del 2 de marzo de 2000 sobre las mujeres en el proceso decisional. También, la resolución del 15 de junio de 2000, en la que el Parlamento solicita la aplicación de las disposiciones de la Plataforma de Pekín sobre la representación equilibrada. Por otra parte, la resolución del Parlamento Europeo sobre la representación de las mujeres en los interlocutores sociales de la Unión Europea, del 25 de septiembre de 2002, constata la débil representación de las mujeres en este ámbito; véase T. FREIXES, *La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2012, en www.urv.cat (último acceso, el 28 de diciembre de 2018), pp. 36-37.

²⁴ C. FERNÁNDEZ ESQUER, *Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales*, en *Revista Derecho Electoral*, 2018, pp. 25-ss. Según el autor, el TEDH ha considerado conforme con el CEDH cualquier tipo de sistema electoral, recurriendo para ello a la doctrina del margen de apreciación nacional. Así, pese a que el sufragio igual se considera uno de los pilares del patrimonio electoral europeo, el TEDH no ha considerado contrarios al CEDH sistemas electorales que producen desigualdades evidentes en el valor del voto de los ciudadanos. Tampoco ha declarado contrarias al CEDH barreras electorales realmente elevadas a nivel comparado.

tanto, en la terna presentada no había ninguna mujer y el Tribunal tenía que decidir si esta terna era válida o podía ser rechazada solo por este motivo. El Tribunal, por un lado, se aferró al argumento literal y a la ausencia de un requisito formal de estas características en el CEDH, y, por otro, concluyó

que no sería compatible con la Convención obligar a un Estado a presentar a un candidato de otra nacionalidad con el único propósito de lograr el equilibrio de género [(]que il ne serait pas compatible avec la Convention d'obliger un Etat à présenter un candidat d'une autre nationalité dans le seul but de réaliser l'équilibre des sexes[)].²⁵

Finalmente, todas las altas jurisdicciones nacionales y europeas subrayan que el derecho a la paridad de género debe ajustarse con otros valores, por ejemplo, la protección del voto popular, que es la base del principio democrático, o el derecho de autoorganización de los partidos. En este sentido, se trata de argumentos comparables a los utilizados por el TEPJF en las sentencias anteriormente examinadas.

Los derechos pueden ser comprimidos, pero hay que justificar adecuadamente la proporcionalidad y la objetividad de la medida afirmativa. Por otra parte, no es posible, por lo tanto, individualizar uno de ellos que tenga el predominio absoluto sobre los otros; los derechos no pueden ser comprimidos infinitamente, porque hay una zona de intangibilidad interna en el mismo derecho, sustraída a otros ajustes: la zona del *núcleo esencial*, menoscabada, cuyo derecho se sacrifica irremediabilmente. Por ejemplo, la adopción de una cuota de género para revertir la subrepresentación política de las mujeres debe sujetarse a la exigencia del “contenido esencial” del derecho fundamental a no ser discriminado (igualdad formal), superando los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad.²⁶

²⁵ Como subraya A. ÚBEDA DE TORRES, *Reflexiones en torno a las cuotas de género a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IADH en materia de no discriminación y participación política*, en C. BÁEZ SILVA, L. EFRÉN RÍOS VEGA (eds.), *Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México: memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, Madrid, 2013, pp. 193-ss.

²⁶ F. REY MARTÍNEZ, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social*, en M. Á. PRESNO LINERA (eds.), *La metamorfosis del Estado y del derecho. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, Oviedo, 2014, pp. 289-ss.

Queda abierto aún el debate sobre cuáles son las medidas más apropiadas y, sobre todo, cuáles son los límites que encuentra el legislador en cuanto a racionalidad y proporcionalidad, intervención que, relacionándose con acciones positivas, debería tener de todos modos una duración temporal limitada, encontrando su razón de ser en los estrechos límites de la subsistencia de la razón de desventaja.²⁷

5. La jurisprudencia del año electoral 2018 sobre la violencia política de género

Durante el proceso electoral 2017-2018, el TEPJF conoció muchos casos relacionados con la violencia política de género, y muchos de ellos, los más importantes, se referían a los estereotipos negativos basados en el género en los *spots* electorales de la campaña de 2018.

5.1. Los criterios para la investigación exhaustiva e integral

A partir de la jurisprudencia 48/2016, la Sala Superior del TEPJF ha precisado que la violencia política contra las mujeres comprende todas aquellas acciones u omisiones de personas, servidoras o servidores públicos que se dirigen a una mujer por ser mujer, que tienen un impacto diferenciado en ellas o les afectan desproporcionadamente, con el objeto o resultado de menoscabar o anular sus derechos político-electorales, incluyendo el ejercicio del cargo.

Dicho criterio establece la obligación de todas las autoridades de actuar con la debida diligencia y de manera conjunta prevenir, investigar, sancionar y reparar una posible afectación de los derechos, por lo que, ante la alegación de violencia política contra las mujeres, las au-

²⁷ Sin embargo, a pesar de esa especie de consenso general, en el debate y en los hechos, están presentes posturas muy diferentes respecto de las preguntas básicas: cuáles son las acciones idóneas para conseguirlo y cuál es la meta a la que se pretende llegar. Sobre las respuestas que a esas preguntas ofrecen las dos corrientes principales del feminismo (el feminismo de la igualdad y el de la diferencia), véase M. GONZÁLEZ OROPEZA, K. M. GILAS, C. BÁEZ SILVA, *Hacia una democracia paritaria*, cit., pp. 81-ss.

toridades electorales deben realizar el análisis de todos los hechos y agravios expuestos, a fin de hacer efectivo el acceso a la justicia y el debido proceso. También refiere que cada caso se debe analizar de manera particular para definir si se trata o no de violencia política por razones de género y, en su caso, determinar las acciones que se adoptarán para no dejar impunes los hechos y reparar a las víctimas.

Al respecto, la Sala Superior del TEPJF, en la sentencia SUP-JDC-204/2018, sostuvo que el tribunal responsable consideró correctamente que, de los hechos narrados por la actora y las pruebas que acompañaron su demanda de juicio ciudadano local, son insuficientes para aportar elementos que permitan tener por acreditada alguna acción o actitud por parte del funcionario partidista que encuadre en el supuesto de violencia política, que, adicionalmente, hubiera incidido en el ejercicio de los derechos político-electorales de la actora, dentro o fuera del Partido Humanista, debido a su calidad de mujer o, en su caso, indicios que permitan deducir que se actualizó un supuesto de discriminación, por su carácter de mujer, dentro de un proceso interno.

Además, en la sentencia SUP-REC-851/2018, la Sala Superior considera infundados los agravios que expone la ciudadana recurrente, dado que de los hechos que refiere no se puede concluir que la fórmula de candidatos a la que se le asignó la senaduría de primera minoría por el estado de Guerrero hubiera incurrido en violencia política de género, dado que: (i) la única conducta acreditada de violencia política de género se atribuye a una persona distinta a los integrantes de la fórmula cuya asignación se controvierte, sin que se acredite la vinculación de los candidatos de dicha fórmula con la violencia de género ejercida en contra de la recurrente, y (ii) de las constancias que obran en el expediente, no es posible concluir que la conducta cometida por un tercero en contra de la recurrente, y que constituyó violencia de género, haya tenido un impacto en los resultados de la elección, esto es, que dicha situación haya provocado que quedara en tercer lugar de la elección respectiva.

5.2. El “modo honesto de vivir” como requisito de elegibilidad y prohibición de la violencia política en razón de género

En la sentencia SUP-REC-531/2018, la Sala Superior del TEPJF, por unanimidad de votos, en primer lugar, confirmó la resolución de la Sala Regional Xalapa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en cuanto a dejar sin efectos el registro del recurrente Juan García Arias como candidato a presidente municipal de San Juan Colorado, Oaxaca. En segundo lugar, la Sala Superior tomó medidas de protección a favor de la víctima de violencia política por razones de género. Los actos reprochables, al obstaculizar el cumplimiento de las funciones de una servidora pública, consistieron, de hecho, en omitir convocarla a sesiones de cabildo; dejar de proporcionarle información de la situación financiera y presupuestal del municipio; instruir a la síndica suplente a realizar las funciones del cargo; destituirla del cargo sin realizar un procedimiento legal, y aludir a su persona con palabras y frases ofensivas.

Por lo tanto, la sentencia de la Sala Xalapa había interpretado correctamente el requisito relativo a tener un modo honesto de vivir, que dejó sin efectos el registro del recurrente como candidato a la reelección inmediata como presidente municipal, al haber incurrido en violencia política por razones de género durante el desempeño de un cargo público.

De la interpretación de la expresión “modo honesto de vivir” que establece el artículo 34 de la Constitución, para definir su alcance como requisito de elegibilidad,

se concluye que quien aspire a la reelección inmediata en un cargo público debe respetar los principios del sistema democrático mexicano, lo que incluye la prohibición de violencia política por razón de género, lo cual se traduce en una situación de violencia institucional, que incide de manera importante en el desempeño del encargo por parte de una síndica y, correlativamente, en los valores fundamentales de gobernabilidad y representatividad [afectando el normal funcionamiento del ayuntamiento].

Ahora bien, cuando un servidor público aprovecha su cargo para generar hechos de violencia, inobserva los dos elementos principales

que conforman el sistema democrático: el primero, porque sus decisiones modifican las razones por las cuales fue electo, esto es, respetar y tutelar los derechos humanos, y el segundo, porque, como resultado de su elección, utiliza el poder para mermar y obstaculizar el pleno reconocimiento de esos derechos, que son principios estructurales que conforman el sistema.

6. Los estereotipos negativos basados en el género en los *spots* electorales de la campaña de 2018

Como se desprende claramente de la sentencia SUP-REP-250/2018, es obligación de los partidos políticos atender al deber de prevenir y erradicar la violencia contra la mujer en su propaganda electoral, que, precisamente, es una de las vías por las que pueden materializar públicamente su contribución a la eliminación de la violencia en la comunicación de mensajes o propuestas electorales, así como de la reproducción de estereotipos discriminatorios contra la mujer.

Por otra parte, la presentación de mujeres en una situación aparente de violencia en la propaganda electoral no implica, por ese solo hecho, una utilización indebida de estereotipos discriminatorios, sino que, según el contexto en que esto se haga, puede entenderse como una denuncia, precisamente, de dicha situación y un modo de hacerla visible.

Por supuesto, es muy difícil identificar la línea límite más allá de la cual los estereotipos se vuelven discriminatorios, como lo evidencian las sentencias que se analizarán.

6.1. El uso de un lenguaje discriminatorio y la libertad de expresión en materia comicial

En la sentencia SUP-REP-200/2018, el pleno de la Sala Superior del TEPJF confirmó, en una sesión privada, el acuerdo emitido por la Comisión de Quejas y Denuncias del INE que declaró procedente la adopción de medidas cautelares consistentes en la sustitución del pro-

mocional denominado “Pue L Doger chocolate”, pautado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), por constituir posible violencia política en razón de género contra Martha Erika Alonso Hidalgo, candidata de la coalición “Por Puebla al frente” a gobernadora de Puebla.

El PRI se inconformó por la suspensión de la difusión del promocional, al señalar que con ello se vulneró la libertad de expresión e información, además de que, desde su punto de vista, constituyó censura previa.

Al resolver el asunto SUP-REP-200/2018, el pleno consideró apegada a derecho la determinación de la Comisión de Quejas y Denuncias respecto a analizar los promocionales denunciados, aun de forma previa a que se difundieran en radio y televisión. Sobre ello, indicó que

el carácter tutelar de las medidas cautelares requiere de acciones inmediatas y eficaces que permitan a la autoridad electoral, mediante la ponderación de los elementos que obren en el expediente, determinar, de manera preliminar, si la difusión de promocionales pautados puede producir daños irreparables a un derecho o principio cuya tutela se pide en el procedimiento sancionador.

En el caso, se determinó que la Comisión de Quejas y Denuncias, al otorgar la medida cautelar solicitada, tomó en cuenta todos los elementos contextuales en los cuales se publicitaron los mensajes denunciados y que podían constituir violencia política de género en contra de una candidata que participa en el actual proceso electoral de Puebla.

La Sala Superior señaló que la normativa electoral aplicable exige que, cuando se alegue violencia política por razones de género, las autoridades electorales realicen un análisis de todos los hechos y agravios expuestos, a fin de hacer efectivo el acceso a la justicia y el debido proceso, para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de discriminación y de violencia.

De un análisis preliminar de los promocionales, el pleno advirtió que su contenido y alcance denotan

el uso de un lenguaje discriminador que no podría enmarcarse al amparo de la libertad de expresión en materia comicial. Esto, porque las expresiones utilizadas refuerzan los estereotipos discriminadores que repercuten en las posibilidades de que las mujeres ejerzan sus derechos humanos en condiciones de igualdad, demeritando el valor

propio de la candidata, sus propuestas y méritos políticos, y reforzando ideas estereotípicas y discriminadoras respecto al papel de las mujeres en el ámbito político-electoral.

6.2. Los estereotipos de subordinación no siempre constituyen violencia de género, desde un punto de vista simbólico

En la sentencia SUP-REP-602/2018 y SUP-REP-612/2018 acumulados, la Sala Superior, por unanimidad, confirmó la resolución dictada por la Sala Regional Especializada del TEPJF en el procedimiento especial sancionador electoral.

La autoridad responsable señaló que, del contenido del *spot* denunciado, se advertía la referencia a la candidata a la gubernatura Martha Erika Alonso Hidalgo como la “esposa de Moreno Valle” y que la pusieron o le “regalaron” el cargo solo para que su esposo, el exgobernador de Puebla, se reeligiera y siguiera al mando. Estimó que las expresiones que se utilizaban en el promocional eran sexistas y excluyentes. Esto, porque el mensaje en contra de la candidata se centraba en su condición de “esposa”, y a partir de ahí se realizaban valoraciones respecto a cómo llegó al cargo y a sus capacidades para contender y, en su caso, gobernar, dado que se emitía el mensaje atinente a que, por su calidad de esposa, no sabe nada de política y le regalaron la candidatura para que su esposo, quien tiene el poder, la utilice para conseguir sus fines. En ese sentido, la responsable estimó que “se estaba frente a estereotipos de género, lo cual, se busca erradicar, al traducirse en violencia en contra de las mujeres desde un punto de vista simbólico”, situación que no debía pasarse por alto, porque catalogar a una candidata solo por su rol de esposa, al invisibilizar sus apellidos y resaltar los de “Moreno Valle”, era permitir que se reprodujeran estereotipos de subordinación y se minimizaran las capacidades de las mujeres en la vida política.²⁸

²⁸ La Sala Regional consideró que el *spot* no solo estereotipaba a la candidata, ya que la escenificación (diálogo madre-hija) ponía de relieve el hecho de que la sociedad tiene la idea preconcebida de que, por ser esposa del exgobernador, su individualidad y capacidades se encuentran mermadas; es decir, se le invisibilizó como mujer y candidata.

Así, la responsable consideró que la dinámica y las expresiones que se utilizaban en el *spot* denunciado reforzaban de manera implícita o explícita “concepciones históricas de subordinación entre hombres y mujeres”, y encuadraban, en un mismo mensaje, estereotipos, prejuicios y discriminación. El *spot* denunciado contenía, de hecho, elementos claramente constitutivos de estereotipos de género, porque “reproducía una visión generalizada”: una mujer casada pierde su individualidad (en ocasiones, hasta su apellido, y toma el de su esposo) y es relegada a un papel secundario y subordinado respecto de su cónyuge.

En resumen, la Sala Regional resaltó que la difusión de los promocionales por parte de los partidos políticos deben estar libres de estereotipos y evitar expresiones que denoten desprecio o subordinación de las mujeres, y puntualizó que, en el uso de los tiempos del Estado en radio y televisión, “los partidos políticos están obligados a eliminar prejuicios y discriminación basados en estereotipos”, toda vez que, mediante ese mecanismo, tienen una vía idónea y oportuna en pro de la eliminación o erradicación de la violencia política en razón de género contra toda mujer contendiente.

En contraste, en la sentencia SUP-REP-617/2018, la Sala Superior, por unanimidad de votos, revocó la resolución dictada por la Sala Regional Especializada en el procedimiento especial sancionador electoral.

La Sala Superior estimó que no se actualizó la infracción denunciada, como lo afirma la Sala Regional Especializada, ya que las expresiones emitidas en la confrontación que tuvieron José Juan Espinosa y Ana Cristina Ruiz Rangel en Facebook no constituyen violencia política en razón de género ni regularizan ni mucho menos fomentan un estereotipo discriminatorio en contra de las mujeres.

Ello, porque la sala responsable analizó de forma aislada las frases “te enseñé cómo se debe trabajar; pobrecita das risa y lástima; infeliz y frustrada”, descontextualizando el debate que entablaron José Juan Espinosa y Ana Cristina Ruiz Rangel en Facebook, por lo que se perdió una visión general y panorámica de la conversación y se le dotó de un significado diverso a las palabras utilizadas en su momento por el recurrente.

Por el contrario, la Sala Superior consideró que, si bien el lenguaje que utiliza el recurrente puede ser considerado soez o crudo, lo cierto

es que no está dirigido a Ana Cristina Ruiz Rangel por su condición de mujer, sino que es posible advertir que tuvieron una relación laboral, en su desarrollo profesional, y se le cuestiona respecto a un presunto fraude. De ahí que se pueda, válidamente, concluir que se le cuestiona por su gestión como servidora pública y no por ser mujer, dentro de un debate que ambos sostuvieron, con acusaciones mutuas y señalamientos comunes respecto a su desempeño como funcionarios públicos.

6.3. La difusión de un promocional que promueve estereotipos sexistas no es ejercicio de la libertad de expresión

En la sentencia SUP-REP-623/2018, el pleno de la Sala Superior del TEPJF confirmó, por unanimidad de votos, la sentencia emitida por la Sala Regional Especializada, en la que determinó sancionar al Partido Revolucionario Institucional (PRI) y a su entonces candidato a la gubernatura de Puebla, José Enrique Doger Guerrero, por la difusión de un promocional que promueve estereotipos y violencia política en razón de género.

El Partido Acción Nacional (PAN) y su entonces candidata al gobierno de Puebla presentaron una queja en contra del PRI y su candidato a la misma gubernatura por la difusión del promocional denominado “Pue L espejito”, que, desde su perspectiva, constituye violencia política en razón de género y uso indebido de la pauta.

La Sala Regional Especializada, al conocer el asunto del expediente SER-PSC-195/2018, concluyó que el promocional no abona a la construcción de una ideología política o de propuestas respecto de temas de interés público, sino que utiliza un contexto cargado de estereotipos sexistas, mediante la alegoría de un cuento de hadas, para reproducir prejuicios y discriminación contra una candidata, por lo que impuso a los denunciados una multa.

La resolución fue impugnada por el PRI y su candidato, quienes argumentaron, entre otros aspectos, que el promocional denunciado no constituye violencia política de género, sino que se trata de una crítica a la intención de los cónyuges, de que la entonces candidata suceda a su esposo en el cargo, buscando generar “una opinión respecto a la continuidad de poder que representa la candidata”.

La Sala Superior, al resolver el asunto SUP-REP-623/2018, confirmó la sentencia combatida. En la opinión de la Sala, el PRI y su candidato no presentaron argumentos que combatieran las consideraciones de la Sala Regional, sino que se limitaron a señalar que las expresiones del promocional son una crítica a la excandidata.

Asimismo, a juicio de la Sala Superior, el promocional no puede ser amparado por el ejercicio de la libertad de expresión, ya que este tiene límites, entre ellos no poder utilizarse para ejercer violencia política de género. El pleno indica que eventuales críticas a la candidata pudieron haberse realizado sin utilizar estereotipos; es decir, sin afirmar que “votar por Martha Erika es reelegir a Moreno Valle”, expresión que, en conjunto con las imágenes empleadas, abona a perpetuar las relaciones tradicionales de dominación entre hombres y mujeres, pues desvaloriza las capacidades de la candidata por su relación conyugal.

En consecuencia, la Sala Superior confirmó la sentencia recurrida y las sanciones impuestas al PRI y a su excandidato a gobernador.

7. El *focus* en la sentencia SUP-REP-87/2018, un caso ejemplar para identificar la línea límite más allá de la cual los estereotipos se vuelven discriminatorios

Como se mencionó anteriormente, es muy difícil identificar la línea límite más allá de la cual los estereotipos se vuelven discriminatorios.

La Sala Superior del TEPJF abordó un caso ejemplar para intentar responder a este problema, en la sentencia SUP-REP-87/2018. Esta decisión destaca por haber tratado el tema, aunque muy importante, poco abordado por la jurisprudencia, del uso de estereotipos negativos basados en el género, que implica una forma de violencia contra la mujer.

Para entender la razón que fundamenta la decisión de la Sala Superior es necesario reconstruir las circunstancias a partir de las cuales se originó el caso.

El PRI promovió una queja en contra del Partido del Trabajo por uso indebido de la pauta, con motivo la inminente difusión del promocional “PT aplanadora” en radio y televisión, al considerar que no se

ajusta a los parámetros de la propaganda en época de intercampaña y hace apología de la violencia contra las mujeres. El denunciante solicitó el dictado de medidas cautelares para impedir la transmisión de los *spots*. La Comisión de Quejas y Denuncias negó el dictado de las medidas cautelares respecto de los promocionales denunciados. La Sala Superior confirmó el dictado de la medida cautelar, al considerar que no había apología de la violencia contra las mujeres.

Por el contrario, la Sala Regional Especializada consideró la existencia de la infracción, porque “el contenido del promocional denunciado tiene el efecto de reproducir y normalizar un estereotipo negativo basado en género, correspondiente a la asimetría de poder de supra a subordinación entre hombres y mujeres”.²⁹

Por ello, la Sala Regional Especializada sancionó al PT con una multa de 6,000 unidades de medida y actualización; después, el 17 de abril, el PT interpuso el recurso de revisión contra la sentencia impugnada.

Por lo tanto, la cuestión a resolver fue “si resultó apegado a Derecho la determinación de la Sala Especializada en la que consideró que el promocional normaliza la violencia en detrimento de las mujeres, lo cual reproduce un estereotipo negativo basado en género y, por tanto, se configura la infracción de uso indebido de la pauta”.³⁰

La Sala Superior encuentra fundado el agravio y revoca la sentencia impugnada. Especialmente, la Sala considera que

si bien, como lo consideró la Sala Especializada, la libertad de los partidos para definir el contenido de los promocionales está sujeta, a ciertos límites, en el caso, a partir del análisis directo y contextual del promocional en cuestión, no se advierte una expresión de violencia en razón de género, ni que regularice y menos que fomente un estereotipo discriminatorio en contra de las mujeres.

²⁹ De manera particular, “la mujer, quien encarna el rol de la ciudadanía, se representa de forma débil e indefensa; en cambio, la aplanadora, que simboliza la ‘mafia del poder’, es dirigida por un hombre. Las relaciones de poder entre la sociedad y el gobierno no pueden ilustrarse a través de una mujer maniatada y un hombre en control de una aplanadora que se dirige a ella, pues tal circunstancia constituye una acción que reproduce un estereotipo de género basado en la idea velada de que las mujeres son débiles e indefensas y los hombres son fuertes y en control de las relaciones de convivencia social, pues tal situación contribuye a reforzar, en la sociedad, el paradigma de subordinación de las mujeres frente a los hombres”.

³⁰ Véase “Preliminar: materia de la controversia”.

Por el contrario, este Tribunal considera que las imágenes, voces y descripción de dicho promocional, si bien tiene una fuerza y dramatismo trascendental, lejos de victimizar a las mujeres, transmiten en conjunto una reivindicación de las personas para defender los valores de la sociedad para lograr un cambio en sus condiciones de vida, en el contexto de una presentación y rechazo a las injusticias con motivo de la inseguridad, abusos, corrupción y aumento en los costos de la vida que el partido político presenta en el promocional como situaciones que viven hoy en día.³¹

Por ende, dicho *spot*

puede traducirse en una invitación a “un cambio verdadero de tu vida (o voto a favor de una opción política)”, respecto de las injusticias que se ahí se mencionan [y, al final,] puede entenderse que quien participa en el promocional, representa a una sociedad poderosa, capaz de modificar dichas situaciones sociales.³²

Sin duda, la Sala Superior es consciente de los peligros inherentes a los estereotipos negativos basados en el género, pero considera³³ que en el presente caso el estereotipo negativo, aunque reproduce las injusticias sociales, tiene un valor positivo, porque el promocional, lejos de victimizar a la mujer, emplea figuras metafóricas para ilustrar la situación actual y, finalmente, ofrece una propuesta política para que cambie dicha situación.³⁴

³¹ Véase “Apartado I. Decisión”.

³² Véase el párrafo 3, “Valoración de la Sala Superior”.

³³ Véase el párrafo 3, “Valoración de la Sala Superior”:

si bien, no se subestima que, en las primeras escenas, se presenta la mujer atada y en un contexto de posible afectación, se considera que el mensaje determinante del promocional, incluso en imagen, voz y texto, enfatiza la posibilidad no sólo de desatarse, sino de combatir las supuestas “malas” políticas públicas que alude el promocional.

En segundo término, [...] la protagonista se presenta como una persona capaz de detener la maquinaria que metafóricamente representa las injusticias sociales generadas por la implementación de políticas públicas “erróneas” o “malas” que se aluden en el promocional. De manera que, contrariamente a considerar que la propaganda constituye una apología de los delitos en contra de las mujeres o de violentarlas, parece existir un llamado a detener la implementación de políticas públicas y hacer un cambio de vida de la sociedad.

³⁴ Por supuesto, el TEPJF no subestima el peligro de usar estereotipos negativos, que surgen en las primeras escenas del promocional; incluso, la Sala Superior enfatiza que “considerar que hay una normalización y reproducción de los estereotipos de género es mirar parcialmente imágenes sin abordar un análisis integral del contenido” (véase el párrafo 3, “Valoración de la Sala Superior”).

Sin lugar a duda, la propuesta política realmente quiere eliminar la situación de desigualdad en la cual históricamente se han encontrado las mujeres. Por esta razón, la Sala Superior enfatiza la importancia de implementar políticas públicas para un cambio de vida y de la posición de fortaleza que las mujeres pueden asumir gracias al ejercicio del derecho al voto.

Es cierto que las mujeres suelen ser consideradas un grupo minoritario. Obviamente, “esta definición de minoría es a causa de la inferioridad del estatus, y no por su envergadura estadística”.³⁵ En otras palabras, los grupos minoritarios no son forzosamente aquellos que, debido al número de sus componentes, también son menores en número dentro de la sociedad, sino que se debe considerar como tales a aquellos que en una sociedad se encuentran en un estado de “menor poder”, ya sea poder económico, jurídico o político.³⁶

Si las mujeres se encuentran en un estado de “menor poder”, la solución ofrecida por la Sala Superior es muy interesante cuando enfatiza la alternativa electoral. Las mujeres, a través del derecho al voto, pueden elegir a los partidos que tienen programas políticos destinados a eliminar las injusticias sociales, así como tomar una posición de fuerza, recompensando con su voto a los partidos que lucharán contra la “mafia del poder”.

Así, si el promocional emplea figuras metafóricas, como subraya la Sala Superior,

el contenido corresponde a una dramatización para realizar una crítica hacia ciertas políticas públicas o temas de interés general, tales como el abuso del poder, la corrupción, la inseguridad, el alza de los precios de los energéticos y el costo de la vida en general, como cuestiones que, el recurrente opina, se resienten por la sociedad como aspectos aplastantes y con las que el emisor del mensaje no está de acuerdo.

De ahí que no se advierte alguna expresión que, de manera expresa o implícita, pueda incitar o promocionar conductas que afecten a

³⁵ Porque, como se dijo antes, las mujeres no constituyen uno de los tantos grupos depositarios de intereses calificados presentes en la sociedad, sino una parte del género humano.

³⁶ Cfr. R. OSBORNE, *¿Son las mujeres una minoría?*, en *Isegoria. Revista de Filosofía Moral y Política*, 1996, p. 80, citado en P. RUIZ VIDALES, C. MUÑIZ, *Estereotipación de la mujer en la publicidad política. Análisis de los estereotipos de género presentes en los spots electorales de la campaña 2015 en Nuevo León*, en *Comunicación y Sociedad*, 2017, p. 77.

las mujeres por razón de género, por lo que en el caso atendiendo a la libre determinación de los partidos políticos para establecer el contenido de sus promocionales, se debe privilegiar la libertad de expresión y la crítica política, sobre todo en el marco del proceso electoral en curso.³⁷

8. Algunas consideraciones en perspectiva comparada sobre los estereotipos negativos

Sin embargo, el uso de estereotipos negativos, por un lado, puede corresponder a una dramatización para realizar una crítica a ciertas políticas públicas o temas de interés general y, por otro lado, puede reforzar los factores de discriminación y subordinación de las mujeres, “ayudando a aceptar como naturales unas condiciones de existencia intolerables”.³⁸

Al respecto, el CEDAW interpretó en el sentido de que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer incluye la discriminación basada en estereotipos de género. El Comité explicó, en su Recomendación General n. 25, que la obligación de eliminar las formas perjudiciales de la estereotipación de género es una de las tres obligaciones generales y esenciales de los estados parte para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer; a saber, las otras dos son eliminar la discriminación directa e indirecta y mejorar la situación *de facto* de la mujer en la sociedad.

Rechazar el uso de estereotipos, incluso los utilizados para impulsar el cambio en las condiciones de vida de las mujeres, puede ser útil para la tarea de desvirtuar los estereotipos de género y, por tanto, evitar su perpetuación.

En este punto, es significativo recordar, por ejemplo, lo que afirmó la magistrada Ginsburg en el voto particular con relación a la sentencia dictada, en 2007, por la Corte Suprema de Estados Unidos, que se basó en un estereotipo de sexo de las mujeres como personas vulnerables y necesitadas

³⁷ Véase el párrafo 3, “Valoración de la Sala Superior”.

³⁸ Véase el voto particular de la sentencia SUP-REP-87/2018, que formulan la magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso y los magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera y José Luis Vargas Valdez, párrafo 2.1.

de protección para justificar, en parte, la prohibición de un particular método de aborto tardío.³⁹

El voto particular, escrito por la magistrada Ginsburg, cuestionó el razonamiento de la mayoría, que

priva a las mujeres de su derecho a tomar decisiones autónomas, incluso a costa de su seguridad. Esta forma de pensar refleja antiguas nociones sobre el lugar de las mujeres en la familia y bajo la Constitución, las cuales hace ya tiempo han sido desvirtuadas.

Por lo tanto, condenó el pensamiento estereotípico implícito y explícito en el razonamiento paternalista de la opinión mayoritaria, que se utilizó para negar a las mujeres su propia autonomía y capacidad de decisión.

Es significativo también lo que se subraya en el voto particular de la sentencia SUP-REP-87/2018:

es de tener en cuenta la llamada violencia simbólica, que no debe entenderse como otro tipo de violencia como la física, psicológica o económica, sino como un continuo de actitudes, gestos, patrones de conductas y subordinación, tanto de género como de clase o raza; de forma que ese simbolismo es la base que sostiene el maltrato y lo perpetua, al estar presente en todas las formas de violencia y garantizar que sean efectivas.

De acuerdo con la obra *Language and symbolic power*, escrita por Pierre Bourdieu, el voto particular destaca que

la violencia simbólica conforma el trabajo previo que asegura la adquisición de hábitos de dominación y sumisión de un determinado colectivo, ayudando a aceptar como naturales unas condiciones de existencia intolerables, que por ser acordes a la ideología dominante se presentan disfrazadas de sentido común. Así, la violencia simbólica arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales, apoyándose en unas “expectativas colectivas” o en unas creencias “socialmente inculcadas”, y por ello, con frecuencia es invisible.

³⁹ Véase Corte Suprema de Estados Unidos, *Gonzales vs. Carhart* (2007).

Dichos peligros se amplían por el uso de estereotipos por parte de los medios de información, que “son extraordinarios aliados de la violencia simbólica”.

En este sentido, es muy interesante el análisis del contenido de los *spots* de la campaña electoral a gobernador de Nuevo León de 2015, porque es un estudio que muestra cómo se fomentan y difunden estereotipos de género en los *spots*.⁴⁰ En síntesis, se transmite una imagen del estereotipo “mujer-ama de casa”, o bien que tiene una actitud pasiva o sumisa. Especialmente, en los *spots* del candidato independiente Jaime Rodríguez “El Bronco”, ganador de las elecciones, se detectó una imagen estereotipada en relación con la “mujer joven”.

Está claro que las consecuencias del uso de los estereotipos de género presentes en los *spots* electorales no deben ser subestimado, especialmente porque “la creación de estereotipos, hasta en los medios de información, limita la vida política de la mujer y la excluye de responsabilidades en materia de finanzas, control presupuestario y solución de conflictos”,⁴¹ como subraya el voto particular.

Además, las mujeres, muy a menudo, aceptan el estereotipo negativo de género, también por la “adhesión de que el dominado se siente obligado a conceder al dominador, derivado de que la única forma que tiene de concebirse a sí mismo es a través de la visión del referido dominador”.⁴²

Para ayudarles a darse cuenta de que es posible erradicar los estereotipos de género y no aceptar la condición de subordinación al dominador como algo natural,

no es suficiente el enunciado de un derecho, ni aún el conocimiento de esfuerzos y legislaciones concretas que lo avalan, sino que es preciso insistir en la necesidad de llegar al derecho sentido que interactúa con el derecho vivido, por lo tanto, los derechos ya adquiridos formalmente deben convertirse en derechos “sentidos”.⁴³

⁴⁰ Véase P. RUIZ VIDALES, C. MUÑIZ, *Estereotipación de la mujer*, cit., pp. 69-91.

⁴¹ CEDAW, Recomendación General n. 23.

⁴² Véase el voto particular de la sentencia SUP-REP-87/2018, que formulan la magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso y los magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera y José Luis Vargas Valdez, párrafo 2.1.

⁴³ T. DEL VALLE, *El derecho a la movilidad libre y segura*, en V. MAQUIEIRA (ed.), *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Madrid, 2006, p. 248, citada en T. SORDO, *Los estereotipos de género como obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia*, Ciudad de México, 2011.

Para que los derechos sean “sentidos”, los fallos judiciales pueden ser un medio muy importante, porque pueden desmontar los estereotipos perjudiciales sobre las mujeres y, así, ayudar a eliminar todas las formas de discriminación contra estas.

Por esta razón, es necesario condenar a los estados por el uso de estereotipos de género por parte de los agentes estatales. Al respecto, es emblemático el caso “Campo Algodonero”, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este caso, de hecho, los agentes estatales mexicanos minimizaron los casos debido a que las víctimas eran mujeres y culparon a las víctimas por los delitos cometidos en su contra. Es decir,

en este caso, las ideas basadas en estereotipos de género fueron empleadas como justificación para la inacción estatal, ya que en lugar de respetar los derechos humanos de las mujeres y seguir las leyes y protocolos correspondientes, los funcionarios primaron la actuación basada en ideas preconcebidas de cómo consideran que debe ser una mujer en México.⁴⁴

Aun recientemente, la conducta del Estado en el caso de la muerte de mujeres jóvenes llama la atención de la Corte Interamericana, que declara la violación del artículo 24 en relación con los artículos 1.1. y 2 de la CADH.⁴⁵

Las consecuencias que tiene el uso de los estereotipos de género son muy serias, porque al final hacen que las mujeres renuncien a pedir justicia. En otras palabras,

los estereotipos de género impiden que las mujeres tengan acceso a la justicia, llevan a que muchas de ellas no denuncien los delitos que se cometen en su contra y a que abandonen los procedimientos una vez iniciados, ocasionando violaciones en sus derechos y la invisibilización de muchas situaciones que los vulneran.⁴⁶

⁴⁴ Corte IDH, *González y otras vs. México* (2009).

⁴⁵ Corte IDH, *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* (2015); *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (2014). Cfr. L. CAPPUCIO, *Articolo 24. Uguaglianza dinanzi alla legge*, en L. CAPPUCIO, P. TANZARELLA (eds.), *Commentario alla prima parte della Convenzione americana del diritto dell'uomo*, Napoli, 2017, pp. 624-ss.

⁴⁶ T. SORDO, *Los estereotipos de género*, cit., pp. 21 y 23.

El reto consiste en eliminarlos, en especialmente en los jueces, quienes pueden hacer una importante labor como promotores de patrones de conducta que superan la dicotomía masculino-femenino, que condiciona los papeles de las personas, limita las potencialidades de las mujeres y dificulta la realización de una sociedad más justa.

En conclusión, no es fácil decidir casos tan complejos como los decididos sobre los estereotipos negativos basados en el género en los *spots* electorales, no solo porque es muy difícil evaluar la proporcionalidad de las limitaciones impuestas a la libertad de expresión de los partidos políticos para establecer el contenido de sus promocionales, sino, sobre todo, porque los jueces están obligados a juzgar el impacto de los estereotipos generalizados a través de los medios de comunicación, que, como se ha dicho, pueden convertirse en aliados de la violencia simbólica, incluso cuando tienen el propósito de enviar un mensaje positivo, de cambiar la sociedad y el papel de la mujer.

Para resumir, sin duda, el fin es legítimo, pero ¿el fin, aunque sea legítimo, puede justificar el uso de los estereotipos negativos?

En la sentencia SUP-REP-87/2018, el voto particular responde que no, en tanto que la mayoría de la Sala Superior responde que sí, enfatizando un análisis integral del contenido y subrayando

que no hay elementos para considerar que el spot justifique, promocióne o incentive la violencia contra las mujeres, o represente estereotipos negativos de género, pues la aparición de la mujer está relacionada no con un hecho dañoso en sí mismo sobre su persona.⁴⁷

La línea divisoria entre las razones detrás de la respuesta positiva y de la respuesta negativa son muy sutiles y reflejan una elección difícil, fruto de la sensibilidad de los diversos magistrados que componen el Tribunal.

El TEPJF pudo haber elegido, con razón, no restringir la libertad de expresión de los partidos políticos, sobre todo en el marco del proceso electoral, pero los partidos políticos no pueden seguir subestimando los rasgos que determinan la imagen de la mujer transmitida en la propaganda política, porque esta imagen contribuye profundamente

⁴⁷ Véase el párrafo 3, "Valoración de la Sala Superior".

a la transmisión de estereotipos negativos de género. En el marco de la libre determinación de los partidos políticos para establecer el contenido de sus promocionales, las fuerzas políticas deben elegir modelos positivos, imágenes de mujeres con muchas cualidades de liderazgo y éxito profesional, si quieren verdaderamente construir una sociedad más igualitaria y respetuosa de los derechos humanos de las mujeres.

Capítulo 5

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Tania Groppi

Resumen: 1. El marco normativo. — 2. La jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas. — 2.1. Cuestiones procesales. — 2.2. Representación indígena en las candidaturas plurinominales. — 2.3. Acción afirmativa indígena en los distritos por el principio de mayoría relativa. — 2.4. Selección de candidaturas para la elección de diputados locales. — 2.5. Registro de candidatos para la presidencia de la república y consulta indígena. — 2.6. Los derechos electorales de los desplazados internos. — 3. Consideraciones en perspectiva comparada.

1. El marco normativo

Los derechos de los pueblos indígenas, incluidos sus derechos políticos, han sido objeto de reconocimiento en muchos países de finales del siglo xx al comienzo del siglo xxi, por la influencia del derecho internacional. Valga destacar, en este ámbito, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989) y, aunque se queda en el ámbito del *soft law*, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General (2007).¹

El 4 de septiembre de 1991, México fue el primer país latinoamericano en ratificar el Convenio 169, y desde entonces ha ido adaptando su Constitución y su legislación para dar un mayor reconocimiento a estos derechos, empezando por la reforma de 1992. En esta línea, una reforma constitucional de gran trascendencia fue la de 2001, que introdujo en el artículo 2 de la Constitución un conjunto de principios y reglas que afectan también a los derechos político-electorales, los cua-

¹ L. JIMÉNEZ BARTLETT, *Estándares internacionales de los derechos de los pueblos indígenas aplicados a la materia electoral*, Ciudad de México, 2016, especialmente pp. 55-ss.

les se han ido incrementando con varias reformas posteriores hasta llegar al texto vigente. Al respecto, es menester precisar que la implementación de estos principios se encuentra, sobre todo, en las manos de las entidades federativas.

La reforma de 2011 al artículo 1 de la Constitución, por la que los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos están en el mismo nivel jerárquico que la Constitución, tuvo como consecuencia que todos los instrumentos internacionales de garantía de los derechos de los pueblos indígenas formen parte del bloque de constitucionalidad; por lo tanto, tanto las autoridades jurisdiccionales como las administrativas electorales se encuentran constreñidas a atender los asuntos que se les planteen a la luz de los principios de protección de los derechos humanos.²

Esta reforma, al introducir el control de convencionalidad, es relevante en todos los ámbitos relacionados con los derechos humanos, particularmente en lo referente a los derechos de los pueblos indígenas. Hay que considerar que, en el sistema interamericano de derechos humanos, tanto la Corte como la Comisión han promovido activamente el respeto a las autoridades tradicionales, los líderes y otros miembros individuales de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, como se pone de manifiesto con especial énfasis en el asunto *Yatama vs. Nicaragua*.³

La evolución normativa ha tenido un impacto en la jurisprudencia mexicana,⁴ incluso en la del TEPJF, que ha sido llamado varias veces a decidir sobre asuntos que implican los derechos políticos de los pueblos indígenas, sobre todo con relación a aquellas entidades federativas en las que hay una presencia más importante de pueblos indígenas y una legislación más desarrollada (como Chiapas, Querétaro, Hidalgo y Oaxaca).

² A. X. ALEJOS-ARREDONDO, *El derecho de autonomía política indígena. Una visión desde la interpretación judicial*, Tlaquepaque, 2017.

³ L. JIMÉNEZ BARTLETT, *Estándares internacionales*, cit., p. 57.

⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado su jurisprudencia sobre los derechos indígenas empezando por la sentencia con la que decidió el amparo directo en revisión 1624/2008. Véase M. A. ARCOS GARCÍA, *Tres cortes constitucionales frente los derechos de los pueblos indígenas*, en AA. VV., *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala: análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, Ciudad de México, 2012.

El TEPJF ha declarado su competencia para resolver asuntos electorales cuando estos se refieren a los comicios de acuerdo con las normas del derecho consuetudinario (SUP-JDC-37/1999), y ha determinado que el recurso de reconsideración es procedente para controvertir sentencias de salas regionales cuando inapliquen normas consuetudinarias (SUP-REC-2/2011).

Muchas veces el Tribunal ha tenido que desempeñar un papel de suplencia para reparar los vacíos en la legislación electoral, cuando se trata de asuntos concernientes a los derechos de los pueblos indígenas en las entidades federativas que no han aprobado una legislación actualizada.⁵

En varios asuntos, el Tribunal se ha enfrentado a la tensión entre los principios generales de un Estado liberal y democrático de derecho y las normas consuetudinarias, que no siempre concuerdan con estos; ante ello, ha intentado lograr un balance entre los derechos colectivos de los grupos y los derechos fundamentales de los individuos.⁶

Una novedad importante en el proceso electoral de 2017-2018 fue la introducción de la acción afirmativa indígena. Esta acción establece que en 13 distritos⁷ donde la población indígena es más de 60 %, los partidos políticos tienen que postular únicamente candidatos indígenas, y solo 7 podrán ser del mismo género.

La acción surge del Acuerdo INE/CG508/2017, el cual aprueba los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que presenten los partidos políticos y, en su caso, las coaliciones ante los consejos del instituto para el proceso electoral de 2017-2018; dicho acuerdo fue modificado por la sentencia SUP-RAP-726/2017.

El acuerdo identificó 12 de los 28 distritos electorales con población indígena definidos por el propio instituto. El decimotercero fue

⁵ Véase el conocido caso Cherán, SUP-JDC-9167/2011 y SUP-JDC-61/2012, sobre la consulta en una comunidad indígena de Michoacán.

⁶ J. HERNÁNDEZ DÍAZ, *Derechos indígenas en las sentencias del TEPJF*, 2.^a ed., Ciudad de México, 2018.

⁷ Tamazunchale, en San Luis Potosí; Valladolid y Ticul, en Yucatán; Huejutla de Reyes, en Hidalgo; Tantoyuca, en Veracruz; Tlapa, en Guerrero; Teotitlán de Flores Magón y Tlacolula de Matamoros, en Oaxaca, y Palenque, Bochil, Ocosingo, San Cristóbal de las Casas y las Margaritas, en Chiapas.

añadido por la sentencia del TEPJF. El acuerdo fue impugnado por partidos políticos que argumentaron que la cuota indígena establecida por el INE era inconstitucional, así como por diversos ciudadanos que, por el contrario, señalaron que, a su juicio, era insuficiente para garantizar la representación efectiva de la población indígena.

El Tribunal, además de determinar la validez constitucional de la acción afirmativa, consideró que podía resultar ineficaz, porque en un mismo distrito podían postular personas indígenas y no indígenas. Por ello, ordenó que los partidos postulen únicamente candidatos indígenas en 13 distritos en los que existe una concentración indígena que supera 60 % de la población total, a fin de garantizar que los representantes que resulten electos sean personas que posean esa calidad y formen parte de las comunidades y pueblos indígenas en tales distritos. Asimismo, estableció que de las 13 personas postuladas como candidatos indígenas, solo 7 podrán ser del mismo género.⁸

No obstante, el tema de la representación indígena en las candidaturas plurinominales para la representación proporcional sigue estando en manos de los partidos políticos, dependiendo eventualmente de las previsiones contenidas en sus estatutos.⁹

2. La jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas

Del total de las decisiones analizadas en este libro blanco, 38 se refieren a los derechos político-electoral de los pueblos indígenas. La mayoría de ellas están relacionadas con precandidaturas y candidaturas; especialmente, son consecuencia de recursos contra decisiones (o incluso omisión de respuesta) de órganos partidistas respecto a

⁸ Ver J. M. OTÁLORA MALASSIS, *Fortaleciendo la representación de la población indígena*, en www.cronicaelectoral.juridicas.unam.mx/posts/post_index/308-fortaleciendo-la-representacion-de-la-poblacion-indigena (último acceso, el 28 diciembre 2018).

⁹ Sobre este asunto, véase SUP-JDC-488/2009 y su comentario, en J. R. NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *Derechos indígenas y candidaturas plurinominales: acción afirmativa indígena en la selección de candidatos por el principio de representación proporcional*, Ciudad de México, 2016.

peticiones ciudadanas que afectaban las candidaturas indígenas en la representación proporcional.¹⁰

2.1. Cuestiones procesales

Muchas demandas han sido declaradas improcedentes, en su mayoría por haberse presentado fuera del plazo previsto o por otros vicios de forma. El Tribunal reitera su jurisprudencia, según la cual, tratándose de comunidades indígenas y de sus integrantes, deben tomarse en consideración determinadas particularidades, obstáculos técnicos y circunstancias geográficas, sociales y culturales para garantizar a los ciudadanos miembros de pueblos indígenas un efectivo acceso a la justicia electoral;¹¹ pero esto no siempre es suficiente para que el recurso se considere procedente.¹²

En un asunto relacionado con la calidad de indígena de un candidato en uno de los 13 distritos reservados por la acción afirmativa indígena, el TEPJF precisa que, cuando se trate de impugnaciones relacionadas con la tutela de principios y derechos constitucionales establecidos a favor de un grupo histórica y estructuralmente discriminado, cualquiera de sus integrantes puede acudir a juicio, al tratarse del mecanismo de defensa efectivo para la protección de estos, reiterando lo establecido en la jurisprudencia 9/2015 (SUP-REC-356/2018).

En la motivación, el Tribunal se refiere al artículo 2, apartado A, fracción VIII, de la Constitución mexicana, según el cual el derecho de las personas indígenas a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado incluye que, en todo tipo de juicio o procedimiento en el que sean parte, individual o colectivamente, deben considerarse sus costumbres y especificidades. Se considera también el artículo 12 del Convenio 169, que no distingue materia ni momento procesal en los juicios y procedimientos aludidos.

¹⁰ En el análisis que sigue no se toman en cuenta, en las 38, algunas decisiones sumamente interesantes, pero que no están relacionadas con el proceso electoral de 2017-2018, como SUP-REC-41/2018, SUP-REC-254/2018, SUP-REC-61/2018, SUP-REC-55/2018, SUP-REC-145/2018, SUP-REC-393/2018, SUP-REC-392/2018, SUP-REC-411/2018, SUP-REC-249/2018, SUP-REC-570/2018, SUP-REC-577/2018, SUP-REC-682/2018 y SUP-REC-780/2018.

¹¹ Véase SUP-JDC-195/2018.

¹² Así son declarados improcedentes los recursos en los siguientes casos: SUP-JDC-197/2018, SUP-JDC-283/2018, SUP-JDC-377/2018 y SUP-REC-874/2018.

2.2. Representación indígena en las candidaturas plurinominales

El tema de la representación indígena en las candidaturas plurinominales para la representación proporcional se aborda en varias decisiones relacionadas, especialmente, con la aplicación del Estatuto del Partido de la Revolución Democrática (PRD), que en su artículo 8, inciso g, establece que, en sus candidaturas a cargos de elección popular, se garantizará la presencia, entre otros, del sector indígena.

Estas decisiones no siempre parecen totalmente coherentes entre sí. Por ejemplo, en la decisión SUP-JDC-273/2018 se afirma que “el Partido tiene un deber de garantizar la inclusión en sus candidaturas a ciudadanos indígenas”, y se desestima el recurso solamente porque el actor no argumenta que el PRD omitió la inclusión de indígenas en la lista de candidatos a diputados federales de representación proporcional. Esta decisión evidencia el papel que los partidos políticos tienen al dar cumplimiento a los principios constitucionales del artículo 2 de la Constitución mexicana.

Al contrario, en la sentencia SUP-JDC-330/2018 parece afirmarse que no existe una obligación concreta para los partidos de proponer candidatas a diputadas federales por el principio de representación proporcional que sean de origen indígena. El Tribunal considera, además, que el PRD, como miembro de una coalición, ha satisfecho las exigencias de los artículos 1 y 2 de la Constitución, porque ya cumple con la acción afirmativa indígena en los 13 distritos en lo que se exigió la postulación de candidaturas de origen indígena.

Las dificultades para garantizar la representación indígena en las candidaturas plurinominales se evidencia también en la sentencia SUP-REC-519/2018, en la que el TEPJF tiene que reconsiderar una decisión de la Sala Regional Ciudad de México según la cual el Estatuto del PRD es inconstitucional, porque prevé una acción afirmativa a favor de la población indígena en la representación proporcional, pero no contempla los mecanismos que garanticen en forma efectiva la participación de dichas personas (como una cuota y un orden de prelación para la postulación de las candidaturas indígenas).

El TEPJF considera que el establecimiento de las reglas sobre la forma en que debe operar una acción afirmativa en un partido político es

—en principio— una cuestión interna que le compete al propio partido, reconociendo implícitamente que el Tribunal no puede dictar una sentencia autoaplicativa.

En esta decisión, se plantea también la cuestión de la prohibición de variar las reglas electorales (en este caso, del Estatuto del PRD), aunque sean inconstitucionales, una vez que ha iniciado un proceso comicial. En consecuencia, el TEPJF adopta una decisión monitoria con enfoque hacia el futuro, en conformidad con el principio de estabilidad en materia electoral, reconocido por estándares internacionales, aunque no se encuentre una referencia explícita a este en la argumentación del Tribunal.

2.3. Acción afirmativa indígena en los distritos por el principio de mayoría relativa

Son pocas las decisiones sobre la nueva acción afirmativa indígena prevista en el Acuerdo INE/CG508/2017, modificado por el TEPJF en la decisión SUP-RAP-726/2017.

En la sentencia SUP-JDC-260/2018, el Tribunal estima una demanda donde se reclamaba la omisión del INE de dar respuesta a la petición con respecto a proporcionar información y documentación sobre la acreditación y verificación del vínculo comunitario de las personas que fueron postuladas por los partidos políticos en los trece distritos electorales indígenas que forman parte de la acción afirmativa indígena para diputaciones federales en el proceso electoral de 2017-2018.

En esta decisión, el TEPJF no aborda ningún aspecto de la acción afirmativa indígena, solo se limita a interpretar la noción de “breve término” para dar respuesta al derecho de petición en materia electoral conforme a su jurisprudencia, en el sentido de que adquiere una connotación especial en la materia electoral que se explica, en virtud de que durante los procesos electorales todos los días y horas son hábiles.

El tema de la autoadscripción a una comunidad indígena y los medios de prueba para ostentar esta calidad es abordado en los expedientes SUP-REC-876/2018 y SUP-REC-907/2018 acumulados.

En esta sentencia, el TEPJF, además de reiterar su jurisprudencia sobre la necesidad de que las reglas procesales sean interpretadas

favoreciendo el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, subraya que la prueba de la autoadscripción indígena no tiene que partir de prototipos que digan concretamente quién es una persona indígena y quién no lo es, por ejemplo, a partir del derecho agrario o del derecho procesal civil. La necesidad de acreditar elementos objetivos para la autoadscripción (por ejemplo, haber prestado servicios comunitarios o desempeñado cargos tradicionales) había sido postulada por el TEPJF en la decisión SUP-RAP-726/2017.

Por ende, el Tribunal considera que no se trata tampoco de estereotipos y de precondiciones de razas, colores, fenotipos, educación, forma de ganarse la vida, situación económica, lengua o vestimenta, sino de la cosmovisión y autopertenencia a una cultura y a una comunidad. Así, el TEPJF asume una perspectiva antropológica, la cual se encuentra en documentos internacionales y en muchos estudios doctrinales, aunque no se cite doctrina ni jurisprudencia externa.

2.4. Selección de candidaturas para la elección de diputados locales

En la selección de candidatos para la elección de diputados locales, el TEPJF estableció (decisión SUP-REC-214/2018) que los órganos de un partido tienen que justificar por qué optan por una determinada opción, en contraste con las otras, cuando se encuentran contendiendo precandidatos indígenas, máxime cuando se trata de distritos o municipios con un alto porcentaje de población indígena, no obstante la falta de una explícita previsión de medidas afirmativas para la elección de las diputaciones del Estado.

El Tribunal (por mayoría de votos, con el voto particular del magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera, quien considera necesaria una disposición legislativa) reconoce la aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales, especialmente del artículo 2, considerando que las acciones afirmativas tienen sustento en el principio constitucional y convencional de igualdad material y, por lo tanto, es posible adoptar medidas afirmativas en materia indígena tanto en sede administrativa como en jurisdiccional.

La argumentación del Tribunal se fundamenta en el derecho de los derechos humanos, con reiteradas y extensas referencias a la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, respecto a los principio de igualdad y no discriminación. También se hace referencia, con largas citas, a otros instrumentos internacionales, como el Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas y la Carta Democrática Interamericana.

De esta manera, el TEPJF aplica directamente la Constitución y el derecho convencional en el ámbito de los sujetos de derecho privado, como lo son, no obstante su naturaleza especial, los partidos políticos. En perspectiva comparada, la aplicación directa de la Constitución a las relaciones entre particulares (*drittwirkung*) sigue siendo bastante limitada (con la excepción de Alemania), por la tendencia a reconocer en la autonomía privada una esfera de intangibilidad, incluso en tensión con principios constitucionales.

2.5. Registro de candidatos para la presidencia de la república y consulta indígena

El TEPJF afirma que, aun cuando se trata de actos que pueden afectar a las comunidades indígenas y, por ende, la autoridad administrativa tendría el deber de llevar a cabo una consulta, ello no ocurre cuando se está en presencia de un proceso electoral, como lo es la elección del presidente de la república, que gobernará no solo a la población indígena, sino a todos sus habitantes, siendo una decisión en la que participan todos los electores del país (sentencia SUP-JDC-266/2018).

Esta sentencia, aunque no haga referencia alguna a fuentes externas (que solamente se encuentran en el voto concurrente de la magistrada Janine M. Otálora Malassis), está en armonía con los estándares internacionales sobre el derecho a la consulta indígena, el cual queda limitado a supuestos estrictamente de interés indígena.

2.6. Los derechos electorales de los desplazados internos

La decisión SUP-JDC-366/2018 se refiere a la petición de instalación de una casilla de votación especial en un campamento de perso-

nas desplazadas pertenecientes a una minoría indígena, a la que el INE no había contestado en un breve término. El TEPJF ordenó al INE contestar.

En la sentencia se afirma que el desplazamiento las expone a la posibilidad de una violación grave, sistemática y estructural de sus derechos, lo cual conllevaría una doble situación de vulneración o el reconocimiento de una situación de vulnerabilidad extrema si, además del desplazamiento, se toma en cuenta que se trata de una minoría cultural históricamente discriminada a partir de su condición social y origen étnico.

No obstante, el Tribunal se niega a emitir una decisión en plenitud de jurisdicción para no invadir la esfera del INE, que es la autoridad competente. Dicha opinión es mayoritaria, salvo por el voto particular de la magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso, quien toma posición a favor de la plena jurisdicción del TEPJF, haciendo referencia explícitamente, como argumento para sustentar el voto, a fuentes externas, como los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1998), y la decisión de la Corte IDH en el caso *Chitay Nech y otros VS. Guatemala*.

3. Consideraciones en perspectiva comparada

Las decisiones del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018 sobre la representación indígena representan un avance considerable en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, en cumplimiento de los estándares internacionales, compensando así la omisión del legislador, la cual sigue caracterizando al contexto jurídico mexicano.

En 2012, en su opinión sobre la legislación electoral de México,¹³ la Comisión de Venecia subrayaba que

a pesar de que la Constitución mexicana prevé que México tiene una composición multicultural basada en sus pueblos indígenas (art. 2), estos grupos no han tenido, históricamente, una representación proporcional en el Congreso. En cuanto a los grupos indígenas, la

¹³ CDL-AD (2013) 021.

Constitución prevé que, al establecer distritos uninominales, se dará consideración a los pueblos indígenas y sus comunidades para promover su participación política.

Según la Comisión, de acuerdo con el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia y con los principios del derecho internacional, “la ley electoral debe garantizar igualdad a las personas que pertenecen a minorías nacionales, que incluye la prohibición de cualquier discriminación contra ellos. A las minorías nacionales en particular, se les debe permitir establecer partidos políticos”. La Comisión ponía de manifiesto que

la Corte Interamericana ha requerido, además, que la representación política de la población indígena esté asegurada, aceptando su organización en alternativas a una estructura política clásica (Yatama c. Nicaragua). Por lo tanto, las medidas que se tomen para garantizar una mínima representación para las minorías, ya sea reservándoles los escaños o haciendo excepciones a las reglas normales de distribución de escaños, no rompen con el principio de igualdad, y deberán considerarse.

Después de esta opinión, la acción afirmativa indígena en distritos de mayoría relativa para la elección del Congreso ha sido introducida por el Acuerdo INE/CG508/2017. No obstante este avance, el papel central en la garantía de la representación política de los pueblos indígenas en el proceso electoral de 2017-2018 lo desempeñó el TEPJF, al modificar el acuerdo con su decisión SUP-RAP-726/2017 y supervisar el cumplimiento de este nuevo marco normativo para los partidos políticos en varias decisiones emitidas a lo largo del proceso electoral.

En sus sentencias sobre la representación indígena, el Tribunal incorpora abundantemente estándares internacionales, sobre todo convencionales, incluso haciendo referencia a materiales del *soft law*: el Convenio 169, una de las fuentes normativas externas más citadas (la quinta más citada en toda la jurisprudencia analizada), con 41 citas en 10 sentencias, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con 23 citas en 6 sentencias. En contraste, la jurisprudencia externa es menos citada, en comparación con el “formante normativo”. Al respecto, solamente se mencionan 2 decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, en 2 sentencias donde

figuran votos particulares o concurrentes, sin que haya una utilización sistemática de la jurisprudencia extranjera.¹⁴

Efectivamente, si se mira el panorama comparado, se tiene que la jurisprudencia no desempeña un papel central en el reconocimiento de los derechos políticos de los pueblos indígenas, en lo que se refiere a su representación en las asambleas parlamentarias a nivel nacional.

Sin embargo, la reciente tendencia a la introducción de una representación política garantizada para grupos minoritarios, en la forma de cuotas, se ha desarrollado por medio de la inclusión de estas previsiones en el texto de las constituciones.¹⁵ Tal tendencia, por ejemplo, es característica de varios países de Centroeuropa y Europa oriental (como Rumania, Croacia y Eslovenia), aunque también se encuentra en otras áreas culturales externas a la tradición occidental (Burundi, Fiji, Líbano y Jordania),¹⁶ así como en América Latina, en las constituciones de Bolivia, Colombia y Venezuela.¹⁷

En ordenamientos donde no existe una explícita disposición constitucional que garantice una representación política, por lo general los jueces constitucionales sostienen que, también en un contexto de reconocimiento de las minorías, el tratamiento preferencial no es una obligación constitucional, sino solo una posible opción para el legislador, lo cual denota un escaso activismo judicial en la materia.¹⁸ Respecto a otros instrumentos implementados, muchos tribunales han reconocido que la representación proporcional, sin cláusulas de barrera, constituye el instrumento más eficaz para la tutela de las minorías

¹⁴ Véase SUP-JDC-266/2018, donde la cita se encuentra en el voto concurrente, y SUP-JDC-366/2018, donde la referencia se encuentra en la opinión de la mayoría.

¹⁵ Véase C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli canadese e statunitense*, Trento, 1998, pp. 68 ss.

¹⁶ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto Costituzionale Comparato dei Gruppi e delle Minoranze*, 2.^a edición, Padova, 2011, p. 85. Véase además: E. CECCHERINI, *La partecipazione politica delle minoranze etnico-linguistiche nei parlamenti. Nuove sfide per un problema antico*, en L. De Grazia, L. LORELLO, G. VERDE (eds.) *Vecchie e nuove minoranze: definizioni e strumenti di tutela*, Rimini, 2018, pp. 45 ss.

¹⁷ Ver R. RICE, *Indigenous Political Representation in Latin America*, en *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 2017.

¹⁸ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto Costituzionale Comparato*, cit., p. 143.

en el ámbito electoral.¹⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, no está implicado directamente en la garantía de los derechos de las minorías.²⁰ Por ello, solamente invocando el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8) y la libertad de conciencia y religión (artículo 9) —junto con la prohibición de discriminaciones (artículo 14)— las minorías pueden reclamar por una violación de sus derechos.

En este escenario, sobresale la jurisprudencia del ТЕРПФ. Al intentar reparar los vacíos en la legislación electoral cuando se trata de asuntos concernientes a los derechos indígenas, el Tribunal desempeña un papel de suplencia que implica el uso de una multitud de herramientas jurídicas, que van desde la interpretación conforme al derecho convencional y constitucional hasta la *drittwirkung*, con la aplicación directa de la Constitución a los partidos políticos.

Con esta posición, el ТЕРПФ ha venido desarrollando a lo largo de los años una jurisprudencia creativa y garantista, que las decisiones del proceso electoral de 2017-2018 aplican y amplían aún más.

¹⁹ Corte Constitucional italiana, sentencia n. 356/1998; TEDH, *Lindsay and others vs. United Kingdom* (1979).

²⁰ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto Costituzionale Comparato*, cit., p. 85.

ALGUNAS NOTAS CONCLUSIVAS: DE LA ARGUMENTACIÓN A LA LEGITIMACIÓN

Al finalizar este trabajo, se pueden plantear algunas reflexiones conclusivas, considerando que su papel ha sido analizar la jurisprudencia del TEPJF en el proceso electoral de 2017-2018 respecto a los principios internacionales y a los principios constitucionales comunes que se pueden derivar del derecho comparado, los cuales se pueden considerar, en su conjunto, estándares internacionales en materia electoral. Aunque el objetivo no fuera, en específico, expresar valoraciones o juicios sobre cada una de las decisiones, algunas consideraciones, de naturaleza general, se pueden extraer.

Respecto a este propósito, una primera consideración bastante sencilla es que no se identifica ninguna contradicción entre la jurisprudencia del TEPJF y los estándares internacionales. Es decir, los principios generales, expresados a través del *soft law* o del *hard law*, son ampliamente respetados por las decisiones del TEPJF.

Además, cabe destacar que en algunos casos las decisiones son más avanzadas, desde el punto de vista de las garantías y de la tutela de los derechos, respecto a estos estándares y, por lo tanto, pueden ser consideradas nuevos puntos de referencia para la tutela de los derechos fundamentales en el marco electoral.

Sobre el particular, se señalan cinco áreas en las cuales el TEPJF parece más garantista: el ámbito procesal, el debido proceso y el *amicus curiae*, mientras que en el derecho sustancial, la paridad de género, la protección de los derechos de los transexuales y la representación política de los pueblos indígenas.

Sobre el tema del debido proceso es importante destacar que el TEPJF extiende las garantías típicamente procesales (derecho a la audiencia, derecho a la prueba y derecho a la contradicción) también al procedimiento administrativo llevado a cabo por el INE. Aunque esta interpretación se ponga en línea con algunos principios desarrollados por la Corte Interamericana, esta misma interpretación parece más garantista que la de la jurisprudencia europea. Esta última, de hecho, distingue, de manera muy tajante, entre las garantías del procedimiento administrativo y las garantías de los procesos jurisdiccionales, destacando que las primeras son más débiles que las segundas, como consecuencia de una robusta y dogmática distinción entre procedimiento y proceso. Sin embargo, por esta distinción, la tutela de los derechos fundamentales en el marco procedimental es más débil que la tutela en el marco procesal.

La interpretación del TEPJF, que al final no hace esta distinción tan fuerte, permite una tutela análoga de los derechos fundamentales tanto durante el procedimiento como en el proceso (cfr. parte I, capítulo 3, párrafo 1), lo cual parece muy lógico, solo si se piensa que la primera etapa de tutela de los derechos políticos se lleva a cabo propiamente durante el procedimiento, mientras que el proceso es un hecho eventual, *a posteriori*, que permite remediar una violación de derechos cometida en el procedimiento.

El segundo tema, siempre de naturaleza procesal, en el que el TEPJF parece más abierto que muchos órganos jurisdiccionales de los ordenamientos del *civil law*, es el del *amicus curiae*, es decir, los principios sobre la participación, en el juicio, de terceras partes no involucradas directamente en el asunto que debe ser resuelto. Es menester destacar que esta figura, hasta hace poco tiempo, era ajena al contexto procesal mexicano y, consecuentemente, al proceso ante la jurisdicción electoral. El TEPJF abrió la puerta a este instrumento en 2014, limitado a los medios de impugnación relacionados con elecciones por sistemas normativos indígenas. Desde entonces, en particular en las decisiones del proceso electoral de 2017-2018, las reglas para la participación judicial del *amicus curiae* han sido formalizadas por decisiones del TEPJF consagradas en la jurisprudencia 8/2018, que considera, de manera general, admisible el *amicus curiae* en materia electoral y delinea algunas características de esta figura que aseguran una gran flexibilidad y aber-

tura. Cabe destacar especialmente el criterio acerca de la finalidad del *amicus curiae*, consistente en aumentar el conocimiento del juez mediante razonamientos o información científicos y jurídicos (nacionales e internacionales) pertinentes para resolver la cuestión planteada.

Ahora bien, una fuerte presencia en el proceso de *amici curiae* es un indicador importante de un proceso con tendencia a ser abierto, sobre todo en relación con los instrumentos de conocimiento que los tribunales pueden considerar. Es bien conocido que, especialmente en el mundo del *common law*, el *amicus curiae* puede ser útil para aportar conocimientos extrajurídicos (llamados *legislative facts*) o elementos de derecho internacional o comparado, y cabe destacar que el TEPJF ha considerado expresamente el *amicus curiae* en relación con esta función (cfr. parte I, capítulo 3, párrafo 3), aunque en ausencia de específicas disposiciones legales.

Desde el punto de vista de la argumentación judicial, el uso del test de proporcionalidad, una técnica argumentativa originaria en el sistema legal alemán, también utilizada por el TEPJF desde 2012, desempeña un papel muy importante. El TEPJF ha articulado el test de proporcionalidad en cuatro subprincipios, con el propósito de desarrollar estándares de juicio para legitimar el uso de estas herramientas de toma de decisiones, caracterizadas por un alto nivel de discreción en su aplicación.

Desde una perspectiva sustancial, la jurisprudencia del TEPJF con respecto a la paridad de género parece muy adelantada, tanto en relación con los principios jurisprudenciales expresados como respecto a los logros conseguidos (cfr. parte II, capítulo 4). Desde el primer aspecto, se destaca la interpretación de que el mandato de paridad de género se debe traducir en un verdadero acceso de las mujeres a los cargos de elección popular; como consecuencia, también el principio de autoorganización de los partidos encuentra un límite en el principio de la paridad de género, al considerar que la integración de la legislatura con un número superior de mujeres no es contraria a dicho principio. En relación con esta interpretación, es importante considerar que el marco legal tiene el objetivo final de lograr una democracia paritaria, eliminando las desigualdades de trato en todos los sectores, no solo políticos, sino también económicos, culturales y sociales, en los que se desarrolla la función de las mujeres. En esta área, la jurisprudencia

dencia del TEPJF es más garantista que la expresada por muchos tribunales europeos constitucionales y supranacionales.

La cuota de género demostró ser un mecanismo muy efectivo en la promoción de la participación política de las mujeres, y gracias a la contribución del TEPJF, los resultados son tangibles. De hecho, desde su introducción en México, la presencia femenina en la Cámara de Diputados pasó de 12.4 %, en 1990, a 42.6 %, en 2015. Finalmente, en 2018 la Cámara de Diputados, por primera vez en la historia de México, tuvo prácticamente una representación paritaria de mujeres y hombres en los escaños. En resumen, en los 28 años y las 9 elecciones en los que se aplicó esa medida, la presencia femenina aumentó cerca de 4 veces.

Además, el TEPJF resolvió un caso sin precedentes sobre los derechos político-electorales de las personas transgénero (muxes). Para lograr tal efecto, el TEPJF estableció el principio de que la manifestación de la pertenencia a un género es suficiente para justificar la autoadscripción de una persona y que dicha autoadscripción es el único elemento que se puede exigir a las personas para demostrar su identidad sexogenérica, de tal forma que el Estado no puede, en ningún caso, solicitar prueba adicional a la parte interesada. También, este principio se pone como un nuevo y más adelantado nivel de protección de los derechos fundamentales (cfr. parte II, capítulo 4).

Acerca de los derechos político-electorales de los pueblos indígenas, la jurisprudencia del TEPJF sobre el proceso electoral de 2017-2018 representa un avance considerable, en cumplimiento de los estándares internacionales, compensando la omisión del legislador, la cual sigue caracterizando al contexto jurídico mexicano (cfr. parte II, capítulo 5). Sobre todo, hay que destacar el papel del TEPJF en relación con la acción afirmativa indígena en distritos de mayoría relativa para la elección del Congreso, introducida por un acuerdo del INE. El TEPJF modificó el acuerdo y ha supervisado el cumplimiento de este nuevo marco normativo para los partidos políticos en varias decisiones emitidas a lo largo del proceso electoral, utilizando una multitud de herramientas jurídicas, que van desde la interpretación conforme al derecho convencional y constitucional hasta la *drittwirkung*, con una aplicación directa de la Constitución a los partidos políticos.

No obstante, es cierto que quedan aún algunos temas que, como siempre, se pueden discutir y que pueden evolucionar. Por ejemplo, en materia de candidatos independientes, la legislación pone limitaciones muy fuertes a la financiación y al derecho de pautas televisivas respecto a los partidos políticos. En el primer caso, el TEPJF consideró no razonables algunas de estas limitaciones, mientras que en el segundo estimó que la posición de los candidatos independientes no es igual a la de los partidos y, por lo tanto, no se podía configurar el juicio de igualdad (cfr. parte II, capítulo 1). Aunque es preclaro que los candidatos independientes no pueden recibir el mismo trato que los partidos políticos, por el diferente papel desempeñado por los partidos políticos respecto de los candidatos independientes, no solo en su función electoral, cabe observar que la ley pone muchas limitaciones a estos candidatos. Si se piensa o se desea que los candidatos independientes puedan desempeñar un papel importante en el balance con los partidos políticos, sería útil reflexionar ulteriormente sobre estas normas.

También sobre el tema de las redes sociales, en ausencia de legislación, parece a veces difícil conciliar el derecho a la máxima libertad de expresión con las reglas del procedimiento electoral (cfr. parte II, capítulo 3). Es siempre más difícil considerar que los instrumentos tradicionales de información (televisión, prensa y radio) tienen limitaciones muy fuertes en el periodo electoral, mientras que las redes sociales son totalmente libres. Hoy en día, la comunicación electoral se genera mucho más en las redes sociales que en los instrumentos tradicionales. También, la distinción tradicional entre medios pasivos (televisión, radio y prensa) y medios activos (redes sociales) parece poco útil en un contexto de tecnología mixta, al igual que la otra distinción tradicional entre medios de información y medios de comunicación. Queda claro, sin embargo, que hoy en día estos problemas son los problemas de todos los tribunales, en todos los países del mundo, y es posible que se dé una evolución en la jurisprudencia, también como consecuencia de modificaciones normativas. También, la impostación sobre las *fake news*, que ha sido objeto de una decisión muy compleja, es posible que cambie, dado el dinamismo de los principios internacionales y, también, de la normativa europea o de otros países.

Respecto al tema general del nivel de apertura del TEPJF al derecho comparado e internacional, se puede decir que es bastante abier-

to a recibir y citar las fuentes normativas y la jurisprudencia externas. Las decisiones que presentan citas (cfr. parte I, capítulo 4) son 10.83 % (176 sobre 1,624). 111 decisiones contienen citas referentes al formante jurisprudencial o cuasijurisprudencial, mientras que 161 decisiones contienen citas del formante normativo y del *soft law*. Al respecto, cabe destacar la importancia del Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia.

En la jurisprudencia externa, es muy frecuente que se citen párrafos enteros de las decisiones de cortes internacionales o extranjeras, ya sea de forma textual, entre comillas, o resumidos.

El recurso a argumentos externos se encuentra tanto en la opinión de la mayoría como en las opiniones separadas, y sirve siempre en función de una “comparación confortativa” o “probatoria”, mediante la cual se pretende mostrar cómo una decisión que la Corte se apresta a adoptar ha sido tomada, también, por otras cortes, internacionales o nacionales. Al respecto, no sorprende que el tribunal externo más citado sea la Corte IDH; la referencia a esta jurisprudencia se explica por la creciente influencia que la Corte Interamericana está ejerciendo en el ordenamiento mexicano después de la reforma constitucional de 2011. También son frecuentes las citas al TEDH, cuya explicación se puede encontrar en el constante diálogo que existe entre los dos tribunales regionales; así, dado que la mayoría de las decisiones de la Corte IDH cita al TEDH, la jurisprudencia europea constituye una fuente de inspiración muy fácilmente utilizable también para el TEPJF.

Al referirse a los tribunales extranjeros, las citas no son tan sistemáticas; por el contrario, parecen más ocasionales y ornamentales. La Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte Constitucional de Colombia son los tribunales más citados. Es menester, asimismo, destacar dos grandes ausencias en las citas: a una corte muy influyente a nivel mundial, como lo es la Corte Suprema de Canadá, y a un tribunal constitucional que ha tenido una influencia histórica en Latinoamérica, como lo es el Tribunal Constitucional de España, omisiones que pueden considerarse indicadores de la falta de sistematicidad en el uso del derecho comparado.

Mientras que las referencias a estándares internacionales parecen alimentar de manera continua la jurisprudencia analizada —sobre todo, el diálogo con la Corte IDH constituye el marco de referencia cen-

tral en la jurisprudencia del TEPJF—, resulta más complicado hacer una evaluación del uso de la jurisprudencia extranjera; las referencias son escasas y parece prevalecer la tendencia de seleccionar las sentencias más útiles para apoyar la decisión del Tribunal, ignorando otras decisiones importantes a nivel de derecho comparado que podrían ser relevantes, pero que introducirían soluciones que no coinciden con aquellas que la mayoría del TEPJF quiere apoyar.

Por lo anterior, se puede resumir que el TEPJF, frente al material externo, asume una actitud más internacionalista que comparatista, tal vez como consecuencia de las características del auditorio al cual se dirige, que es más sensible al derecho internacional de los derechos humanos que al derecho extranjero.

Al final, pese a este marco muy positivo, que demuestra una jurisprudencia muy atenta al universalismo de la tutela de los derechos fundamentales, no se puede pasar por alto algo que desborda a este libro blanco: el contexto en el que el TEPJF tiene que actuar, un contexto que no parece tan benévolo, sino muy difícil y conflictivo, al grado de que la misma labor y la contribución del Tribunal, que se concretan en su jurisprudencia, no parecen ser bien percibidas por el pueblo mexicano.

De acuerdo con el Latinobarómetro (*Informe 2018*), la desconfianza de los ciudadanos con relación al trabajo de los jueces (y al de los jueces electorales) es muy alta, aunque esto no sea una particularidad de México, sino que refleja un fenómeno propio de muchos países en esta época de crisis de la democracia. Es cierto que la desconfianza hacia los jueces puede ser normalmente un reflejo de la desconfianza hacia las instituciones y, en general, hacia la política. Es bastante difícil pretender que, en un contexto en el cual la desconfianza hacia las instituciones democráticas es muy fuerte, una parte de estas instituciones pueda ser considerada diferente, aunque haya reglas para garantizar la imparcialidad y la independencia de los jueces respecto a la política. Un problema, entre otros, no es solo que los jueces tienen que ser independientes e imparciales, sino que deben aparentar serlo.

Al respecto, no se puede rebatir, de nuevo, que la más importante contribución a la legitimidad de los jueces tiene que surgir de la motivación de sus decisiones; únicamente una motivación persuasiva, que utilice de manera coherente y transparente los argumentos, puede ayudar a fortalecer la legitimidad de los órganos jurisdiccionales.

De los argumentos, un importante papel puede desempeñar el uso frecuente y estructurado del derecho internacional y del derecho comparado.

Los ciudadanos normalmente no sienten confianza hacia las instituciones políticas porque piensan que estas persiguen sus propios intereses; por lo mismo, a veces no tienen confianza en los jueces, porque piensan que las decisiones son decisiones “políticas”.

El derecho comparado y el derecho internacional tienen la gran fuerza de ser neutrales. Una decisión que pueda apoyarse en decisiones similares de tribunales constitucionales o de tribunales electorales de otros países parecerá, de inmediato, más neutral. En palabras sencillas, se ha decidido así no para defender al más fuerte o al más débil, sino porque en todo el mundo se decide así.

Queda claro que una utilización frecuente y, sobre todo, estructurada y coherente del derecho comparado necesita de una adecuada metodología y de una organización interna y externa (como la de la Red Mundial de Justicia Electoral) que pueda desarrollar un papel coordinador. La legitimación del juez, al final, surge de la fuerza, de la claridad en la motivación de sus decisiones y, más aún, de su pertenencia a una comunidad global de defensores de la democracia y los derechos humanos.

Autorías y colaboraciones

Elena Bindi

Doctora en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa. Ha sido profesora de Instituciones de Derecho Público en la Universidad de Siena. Sus áreas de especialización son la justicia constitucional, la organización del poder público y la historia constitucional. Ha sido coordinadora del Proyecto Erasmus Plus, en la Universidad de Siena. Es miembro de la Asociación Italiana de Constitucionalistas y del Colegio de Docentes del Doctorado en Ciencia Jurídica, de las universidades de Siena y de Foggia.

Tania Groppi

Es profesora de Instituciones de Derecho Público en la Universidad de Siena. Se especializa en el derecho comparado y en las instituciones públicas. Es catedrática de Derecho Público en el Centro de Investigación y Formación sobre Derecho Constitucional Comparado, en la Universidad de Siena. Ha sido profesora visitante en distintas instituciones académicas de Francia (Universidad París 1, Universidad de Toulouse, Universidad de Poitiers, Universidad de Burdeos y Universidad de Aix-en-Provence), Canadá (Universidad de Montreal), México

(Universidad Nacional Autónoma de México), Brasil (Universidad Mackenzie y FADISP), Chile (Universidad de Chile) e Israel (Universidad Hebrea).

Giammaria Milani

Estudió el doctorado en Derecho Constitucional Comparado en la Universidad de Siena. Sus áreas de interés son la justicia electoral y el derecho público comparado. Es profesor del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Siena. Ha publicado en distintas revistas europeas y en América Latina acerca de los sistemas jurídicos comparados.

Mario Perini

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Pisa. Se especializa en justicia constitucional y en derecho constitucional comparado. Ha sido miembro del Centro de Derecho y Sociedad, en la Universidad de Edinburgo. Es profesor de Derecho Constitucional en las universidades de Siena y de Venecia.

Andrea Pisaneschi

Licenciado en Ciencia Política y maestro en Derecho por la Universidad de Siena. Es catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho de los Mercados Internacionales en el Departamento de Derecho de dicha universidad. Es miembro del Comité Científico de la Red Mundial de Justicia Electoral.

Amaya Úbeda de Torres

Doctora en Derecho por las universidades Complutense de Madrid y de Estrasburgo. Su tesis ganó el premio nacional a la mejor tesis en derechos humanos, en Francia. Ha dado numerosos cursos y conferencias acerca de derecho internacional, derechos humanos y políticas europeas. Ha trabajado en la London School of Economics, la University College of London, la Universidad Libre de Bruselas y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, entre otros lugares. Actualmente es letrada del Consejo de Europa, organismo para el que ha trabajado desde la Comisión de Venecia y el Comité Europeo de Derechos Sociales. Asimismo, es profesora adjunta del Instituto de Empresa, de Madrid.

*La democracia a juicio. Estudio comparativo
de la jurisprudencia del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018*
se terminó de editar en diciembre de 2023
por la Dirección General de Documentación del Tribunal
Electoral del Poder Judicial de la Federación,
Carlota Armero 5000, CTM Culhuacán, 04480,
Coyoacán, Ciudad de México.

El 1 de julio de 2018, en México se llevaron a cabo elecciones de los órganos representativos en los ámbitos federal, estatal y local, las cuales, por su magnitud, son de interés para el estudio de los derechos político-electorales desde una perspectiva comparada, con los estándares europeos e internacionales.

El presente libro analiza la labor del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como mediador en el proceso electoral, a través de las sentencias, las implicaciones políticas y los razonamientos jurídicos emitidos en aspectos como la equidad, el financiamiento y la libertad de expresión, entre otros.

El análisis desplegado en la obra refleja cómo el sistema judicial mexicano contribuyó a salvaguardar la democracia y la integridad del proceso electoral, e invita a reflexionar acerca del papel de la justicia en la democracia y su influencia en la legitimidad de los procesos comiciales.

ISBN 978-607-708-687-1



9 786077 086871