

Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano. Comentarios a sentencias del TEPJF

Francisco Javier Díaz-Revorio
Coordinación

**Una visión internacional
sobre el derecho
antidiscriminatorio mexicano.
Comentarios a sentencias del TEPJF**

Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano. Comentarios a sentencias del TEPJF

Francisco Javier Díaz-Revorio

M.^a Elena Rebato Peño

Adriana Travé Valls

Ana Valero Heredia

Francisco Javier Díaz-Revorio

Coordinación

TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación



México, 2024

342.2101 M6
U853v

Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano : comentarios a sentencias del TEPJF / Adriana Travé Valls [y otros tres]; Díaz-Revorio, Francisco Javier, coordinador. -- 1.ª edición. -- Ciudad de México, México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2024.
1 recurso en línea (169 páginas). (De Bolsillo).

Incluye referencias bibliográficas.
ISBN 978-607-708-775-5

1. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación - Sala Superior - Sentencias. 2. Participación ciudadana. 3. Igualdad ante la ley - México. 4. Derechos humanos - Derechos de los grupos en estado de vulnerabilidad. 5. Derecho a la igualdad - Igualdad de oportunidades - Acciones afirmativas. 6. Derecho a la no discriminación. 7. Derecho de las mujeres - Participación política - México. 8. Derecho electoral - Justicia electoral - México.

I. Travé Valls, Adriana, autora. II. Díaz-Revorio, Francisco Javier, coordinador. III. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

De Bolsillo

Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano. Comentarios a sentencias del TEPJF

1.ª edición, 2024.

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: Escuela Judicial Electoral.
Edición: Dirección General de Documentación.

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

ISBN 978-607-708-775-5

Esta publicación es de distribución gratuita. Prohibida su venta.
Consulta y descarga libre en www.te.gob.mx/editorial

**Editorial
TEPJF**



Sala Superior

Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso

Presidenta

Magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera

Magistrado Felipe de la Mata Pizaña

Magistrada Janine M. Otálora Malassis

Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón

Comité Académico

Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso

Presidenta

Magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera

Magistrado Felipe de la Mata Pizaña

Dra. Blanca Heredia Rubio

Dr. José de Jesús Orozco Henríquez

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

Dr. Fernando Alberto Lázaro Serrano Migallón

Dra. Gabriela Dolores Ruvalcaba García

Secretaria Técnica Académica

Lic. Agustín Millán Gómez

Secretario Técnico Editorial

Índice

Presentación	11
<i>Francisco Javier Díaz-Revorio</i>	
Introducción	13
<i>Francisco Javier Díaz-Revorio</i>	
Derecho al voto activo de las personas en prisión preventiva	29
<i>Adriana Travé Valls</i>	
La diputación migrante y el reconocimiento de la ciudadanía transnacional.	45
<i>Ana Valero Heredia</i>	
Principio de paridad en la representación y distribución del poder	61
<i>Ana Valero Heredia</i>	
Acciones afirmativas y distritos federales indígenas	75
<i>M.^a Elena Rebato Peño</i>	

Criterios para garantizar la paridad de género en procesos electorales locales	93
---	-----------

Adriana Travé Valls

Omisiones legislativas inconstitucionales y derechos de la comunidad LGTTTIQ+	109
--	------------

Francisco Javier Díaz-Revorio

Omisiones legislativas y acciones afirmativas para personas con discapacidad	129
---	------------

Francisco Javier Díaz-Revorio

Constitucionalidad del registro de quienes ejercieron violencia política de género	147
---	------------

M.^a Elena Rebato Peño

Autorías	165
---------------------------	------------

Presentación

Esta obra recoge comentarios realizados a algunas de las sentencias más relevantes de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) de México. Los análisis se llevan a cabo desde una perspectiva estrictamente jurídica y específicamente constitucional, con una visión comparada y supranacional. Aunque las sentencias abordan las más variadas cuestiones, su denominador común es la referencia a los valores de la dignidad de la persona y la igualdad, así como a la prohibición de discriminación y a las acciones afirmativas necesarias para la inclusión de

determinados colectivos. Las preguntas que se formulan son cuál es la posición lícita y cuáles son los límites en la función del Poder Judicial, en concreto del Tribunal Electoral, al momento de implementar tales acciones afirmativas, sobre todo cuando el Poder Legislativo o el resto de los poderes no han actuado en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. A esas preguntas el TEPJF trata de dar sus propias respuestas, y sus decisiones son sometidas a la valoración y las críticas constructivas en los textos de esta obra colectiva. Todo ello, tras una introducción general.

Francisco Javier Díaz-Revorio

Introducción

Francisco Javier Díaz-Revorio

Planteamiento

El presente volumen contiene el comentario a ocho sentencias recientes, muy relevantes y significativas de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) de México. En ellas se abordan los más variados temas, pero todas tienen algún denominador común. Por un lado, como es obvio si se tienen en cuenta la naturaleza y las funciones del tribunal que las emite, se trata de asuntos relacionados con los derechos de participación política en sentido amplio, pero, por otro lado, todas tienen que ver con aspectos relacionados con la igualdad

y determinadas minorías o colectivos vulnerables o marginados, cuando el Tribunal trata de buscar medidas de integración de dichos colectivos o tiene que resolver sobre la demanda de ese tipo de medidas.

Lo anterior, por sí solo, pone en valor el papel del TEPJF como garante de los derechos de esas minorías; ello, aun cuando obviamente no siempre sus decisiones hayan sido favorables a los reclamantes. Sin embargo, sus determinaciones, con las peculiaridades que se quieran señalar, constituyen un cuerpo jurisprudencial razonablemente coherente en la línea de la defensa de los derechos de las minorías, su integración, el establecimiento de medidas de acción afirmativa y el papel del Poder Judicial en este ámbito.

Por las mismas razones, esta obra, a pesar de sus modestas pretensiones, se convierte de algún modo en un estudio de los problemas más actuales del derecho antidiscriminatorio en el ámbito de la participación política y de las aportaciones al mismo Poder Judicial, especialmente en el caso de omisiones o incumplimientos por parte de los poderes políticos. Se trata de alcanzar, en definitiva, un análisis amplio (aunque nunca pueda ser exhaustivo) del más reciente derecho antidiscriminatorio de la participación política, incluida la referencia a los colectivos o las minorías más susceptibles de preterición en el momento actual, desde la perspectiva del ordenamiento mexicano, pero con una visión comparada e internacional.

Con este propósito se escriben estas páginas introductorias, que pretenden ofrecer algunas pautas generales para la posterior lectura y estudio de los casos concretos que se van a examinar.

Derecho antidiscriminatorio, acciones afirmativas y cuotas

Por lo antes expuesto, parece oportuno comenzar con alguna reflexión sobre el concepto de igualdad. Este ha estado presente

siempre en el constitucionalismo, pero ha evolucionado notoriamente: desde la igualdad formal como abolición de los privilegios y obligación de un mismo trato a las situaciones iguales, hasta un concepto de igualdad real o material concebido como un objetivo que implica obligaciones positivas de los poderes públicos (Esparza, 2018). Este concepto de igualdad real se plasma explícitamente en algunas constituciones de la segunda posguerra mundial, como la italiana de 1947, y se irá extendiendo de diversos modos en textos posteriores.

La igualdad no puede entenderse ya como un mero derecho al mismo trato en situaciones iguales (o como un principio o mandato a los poderes públicos en el mismo sentido), sino que conlleva ahora un deber de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, en la dicción del artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978, y de “suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana” (Constitución italiana, artículo 3). Hay que buscar, por tanto, la igualdad real, y trabajar en las circunstancias fácticas que la impiden, para promover otras que permitan alcanzarla.

Sobre este mandato tan genérico se ha ido construyendo todo un sector del ordenamiento, que es posible denominar *derecho antidiscriminatorio*. Este presupone que hay ciertos factores que provocan una situación de subordinación en determinadas personas, por su pertenencia a colectivos históricamente preteridos, y los poderes públicos deben luchar contra ellos. Aparece así la idea de las categorías sospechosas de discriminación, cuyo origen puede encontrarse en la célebre nota a pie de página número 4 de la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el asunto *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144 (1938), en la que se plantea si el prejuicio contra “minorías aisladas y sin voz” puede

justificar un examen judicial más estricto de las normas que afecten negativamente a esos colectivos.

Posteriormente, estas minorías se irían concretando al establecerse un examen más estricto de las normas que las pudieran afectar. En el caso de Estados Unidos de América, fue la raza la primera de estas categorías, a partir de la importante sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka* 347, U. S. 483, 1954 (Brown I). En esa decisión, la Corte corrigió expresamente la doctrina de que la segregación racial fuera conforme a la Constitución, que en su momento se había establecido de acuerdo con el principio “separados, pero iguales” (*Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537, 1896). En el caso Brown I, la Corte rechazó la aplicación de esa doctrina al ámbito de la educación pública, al sostener que la educación separada era en sí misma desigual y privaba de iguales oportunidades a la comunidad de color, por lo cual se provocaba en esta un sentimiento de inferioridad que podía afectarle de una forma difícil de reparar; por ello, declaró que la segregación en las escuelas era contraria al mandato de *equal protection*. No obstante, esta decisión no fue suficiente para poder desmontar todo el sistema de segregación escolar, pues existían abundantes factores sociales y económicos que provocaban que, aunque todas las escuelas quedasen abiertas a menores con independencia de su raza, en la práctica las minorías tenían mucha más dificultad para acceder a las escuelas situadas en barrios de mayoría blanca. Este es el embrión de la idea del llamado estado de cosas inconstitucional. Por ello, la Corte tuvo que volver al asunto, y fue sobre todo con el caso Brown II (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U. S. 294, 1955) cuando intervino deliberadamente en una política de reforma social, de naturaleza legislativa, al establecer la forma en que debía producirse la desegregación; esta la encomendó a los tribunales inferiores, a quienes dio una serie de criterios para la remoción de los obstáculos que su implantación suponía, y señaló algunos elementos que habían de tenerse en cuenta

(cuestiones administrativas, condiciones materiales de la estructura escolar, sistema de transporte, entre otros). Esto permitió que la adaptación del sistema escolar dual al unitario se fuese haciendo de forma progresiva, aunque con toda la prudente rapidez (*all deliberate speed*), al partir de un comienzo “rápido y razonable” y bajo el control de los tribunales inferiores durante el periodo transitorio.

Por tanto, no se trataba ya meramente de que las categorías sospechosas exigieran un escrutinio más estricto para las normas que las afectan, sino que también impusieran medidas positivas tendientes al logro efectivo de la igualdad en los distintos ámbitos. Así, después de la raza fueron reconociéndose, tanto en Estados Unidos de América como en otros países, otros supuestos de categorías sospechosas, como el sexo (más tarde se fue implantando la tendencia a referirse al género, que no es exactamente lo mismo), la orientación sexual, la pobreza, la edad, la extranjería y, más recientemente, la situación de discapacidad. Lo anterior presupone la existencia de un listado, probablemente abierto, de minorías o colectivos en situaciones de vulnerabilidad, que requieren de medidas positivas de los poderes públicos para conseguir la igualdad real y la integración social efectiva.

Este es el presupuesto del llamado derecho antidiscriminatorio, que, sin embargo, hoy apenas tiene estudios globales que lo sistematizan, aunque dicha labor ya se ha iniciado (Díaz-Revorio, 2019; Rey, 2019). Esto implica no solo el estudio de los presupuestos y las categorías especiales, sino también de las medidas antidiscriminatorias que pueden adoptarse para corregir las desigualdades de partida.

Tradicionalmente, este examen ha distinguido entre las llamadas medidas de acción afirmativa y las de discriminación inversa o positiva. Las primeras son más favorables para las personas pertenecientes al colectivo históricamente preterido, pero no suponen en sí mismas un perjuicio para otras personas concretas que

no pertenecen a ese colectivo. Obviamente, las medidas de acción afirmativa en sentido estricto pueden tener un coste, que asumirá la sociedad en conjunto, pero su aplicación no causa un perjuicio concreto a otras personas. Ejemplos de ese tipo de medidas pueden ser las bonificaciones, las deducciones o los incentivos económicos a personas pertenecientes a colectivos excluidos, o bien a las empresas que las contraten, con lo cual se favorece su inserción laboral.

En cambio, las medidas comúnmente llamadas de discriminación positiva o inversa implican también un tratamiento más favorable para las personas pertenecientes a dichas minorías, pero en este caso sí se “causa un beneficio para unos y un perjuicio a aquellos sujetos que quedan excluidos, ya que se da, por ejemplo, en casos de escasez de puestos de trabajo, plazas, listas” (Ridaura, 2022, p. 184). Se trata, en efecto, de cuotas, reservas de porcentajes de plazas o tratos como atribución de puntos o calificaciones más favorables en los baremos para las personas pertenecientes a dichos colectivos, que implican un perjuicio concreto para quienes no son favorecidas por la medida.

Aunque ambas disposiciones persiguen un fin constitucionalmente impuesto, pueden resultar proporcionales o no, en función del resultado del juicio de razonabilidad al que han de someterse, en el que, además de la exigencia de dicho fin, se ha de valorar la adecuación o congruencia de la medida con el fin, así como la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, este juicio permite diversos grados de intensidad o niveles de escrutinio, y la diferencia entre unas y otras medidas es que las primeras suelen someterse a un escrutinio “normal”, mientras que las de discriminación positiva a un escrutinio más estricto. En este, la adecuación se comprobará no como mera idoneidad o congruencia, sino como una exigencia de necesidad que implique que no exista otro medio que pueda conseguir ese fin mediante una afectación menor del derecho a la igualdad formal o de trato, o bien de otros principios en algunos casos (por ejemplo, el mérito o la capacidad). Aunque esta idea pueda resultar cuestionable

—pues podría argumentarse que el escrutinio más estricto solo debería exigirse cuando la medida es perjudicial para las personas que pertenecen al colectivo preterido y no al revés—, lo cierto es que la diferencia entre uno y otro supuesto es relevante, porque las medidas tradicionalmente llamadas de discriminación inversa suponen una afectación directa y más intensa de la igualdad formal, de otros derechos de personas concretas o de otros principios constitucionales.

Quizá por el prejuicio peyorativo que genera la palabra *discriminación*, hoy tiende a abandonarse la referencia a los supuestos de discriminación inversa o positiva para, en cambio, preferirse la utilización de la expresión *acciones afirmativas* para todo tipo de medidas antidiscriminatorias, o al menos para todas las que suponen un trato más favorable a las personas que pertenecen a determinados colectivos. Así lo hace el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. No obstante, parece que, con independencia de la denominación, la diferencia entre los dos supuestos analizados es relevante y debe considerarse. De hecho, prueba de que cierta diferenciación es necesaria es que hoy suele distinguirse entre acciones afirmativas flexibles y rígidas o fuertes, como refleja, por ejemplo, la sentencia comentada en el séptimo apartado de este libro, aunque no parece que esta clasificación coincida exactamente con la tradicional de acciones afirmativas y discriminaciones inversas o positivas. En efecto, si bien la sentencia SUP-JDC-951/2022 considera que “otorgar puntos adicionales por tratarse de una persona perteneciente a algún grupo minoritario o vulnerable” es una acción afirmativa flexible, según el criterio de distinción tradicional este tipo de medidas serían calificadas como discriminación inversa o positiva.¹

En fin, aunque no sea posible extenderse más en este asunto, hay que señalar que las medidas de acción afirmativa (dicho ahora

¹ Véase, por ejemplo, Ridaura (2022, pp. 183-184).

en sentido amplio, pero quizá con más incidencia en las tradicionalmente denominadas de discriminación inversa) se caracterizan también por la temporalidad, ya que, al suponer un trato desigual, su justificación permanece solo mientras persista la situación de discriminación, subordinación o inferioridad de las personas pertenecientes a la minoría de la que se trate. Es verdad que habitualmente esta afirmación se ha hecho pensando en el futuro, es decir, que no se suele considerar que el objetivo de la igualdad real se haya conseguido en ninguno de los terrenos en los que existe una preterición histórica arraigada. Al respecto, en 2023 la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó expresamente que las cuotas raciales impuestas por algunas universidades para el acceso a sus enseñanzas habían dejado de tener sentido una vez que la igualdad de oportunidades ya se había logrado (*Students for Fair Admissions, Inc. V. President And Fellows of Harvard College*, 600 U. S., 2023); aunque, desde luego, esta apreciación no deja de ser susceptible de cuestionamiento o crítica.²

Minorías y derechos de participación política

Aunque es evidente que las pautas generales del derecho antidiscriminatorio son aplicables, con carácter general, a todos los supuestos en los que se produce discriminación de personas por su pertenencia a un colectivo minoritario, también es cierto que pueden existir pautas o problemas específicos relativos a los grupos concretos. Esto es lo que se suele llamar “parte especial” del derecho antidiscriminatorio (Rey, 2019, p. 147), que estudiaría las especificaciones aplicables a las diversas minorías. Como se ha dicho, en su origen este sector nació vinculado a la raza y, posteriormente, abordó

² Véase Rey (2023).

problemas relacionados con el género, pero hoy cabe incluir una gran variedad de colectivos.

En esta obra se analizan desde las variadas perspectivas que ofrecen los casos en examen: sentencias relacionadas con las personas en prisión preventiva; migrantes; cuestiones de género; derechos de los pueblos indígenas; personas de la comunidad lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti, intersexual, *queer* y más (LGBT+); personas con discapacidad, o víctimas de violencia de género. Todo ello en relación con los derechos político-electorales, como son primariamente los derechos al sufragio activo y pasivo.

Dentro de la diversidad de situaciones, el hilo conductor está constituido por la discriminación que, en el ejercicio de sus derechos, padecen las personas pertenecientes a esos colectivos, la cual, dentro de su ámbito competencial, el Tribunal intenta corregir. Esta discriminación a veces se produce por normas explícitas que limitan o impiden sus derechos (como en el caso de las personas en prisión); otras veces por la derogación de normas protectoras previamente existentes (como en la diputación migrante); en otras ocasiones por la ausencia de normas o normas imperfectas al momento de establecer las necesarias medidas de acción positiva para la integración de determinados grupos (como los miembros del colectivo LGBT+ y las personas con discapacidad, entre otros); por los supuestos defectos en la regulación establecida por el Instituto Nacional Electoral (INE) para la integración (en el caso de la llamada cuota indígena), o por la incompetencia de este en el establecimiento de pautas para la paridad de género. En fin, también se abordará el problema de la constitucionalidad de un registro de personas condenadas por violencia política de género; esta cuestión es uno de los más graves hándicaps que afectan, en México y otros países, a las mujeres que quieren postularse a un cargo de representación política.

En todos estos ámbitos se aprecia la tendencia del TEPJF a establecer cuotas —de hecho, varias de las sentencias examinadas las

imponen—, las cuales son sugeridas como posible medida emblemática de acción afirmativa o son dadas por buenas. No obstante, la acumulación de estas cuotas —en parte, ya existente, y, en buena medida, previsible en un futuro próximo— plantea cuestiones que hay que afrontar y resolver. Desde la teoría política se produce una fragmentación del órgano representativo que, aunque en principio no debe tener correlación con el cuerpo electoral (las personas que acceden por una cuota determinada no representan solo a la ciudadanía que pertenece al mismo colectivo, sino a todo el cuerpo electoral), tenderá a vincularse con los mismos colectivos a los que de algún modo “representan especialmente”, con los peligros que implica ese riesgo de fragmentación política. Por lo demás, la acumulación de cuotas produce un claro solapamiento entre ellas, lo cual plantea cuestiones importantes de seguridad jurídica que deben resolverse. Así, las personas que pueden acceder a un cargo al formar parte de diversas cuotas (por poner un ejemplo, mujeres lesbianas indígenas con discapacidad o incluso cualquier combinación de dos de estos cuatro elementos, y esto sin llegar a extremar la complejidad del ejemplo), ¿en qué cuota deben incluirse?, ¿podrían elegir o debería haber un criterio de prioridad para que solo formasen parte de una de las cuotas? Estas son cuestiones que deben resolverse para que las cuotas, cuando se consideren necesarias, sean parte de una solución y no la creación de un nuevo problema.

En las siguientes páginas se aborda, en suma, un elenco amplio de supuestos relacionados con la participación política de determinadas minorías o colectivos en situación de vulnerabilidad o históricamente preteridos. Sin embargo, hay también una cuestión, en cierto modo transversal, que se deduce de los comentarios que se incluyen en esta publicación, pero que tiene la mayor importancia: la relativa al papel que tienen el legislador, el Poder Ejecutivo, el INE y el propio Tribunal Electoral en el establecimiento de medidas

antidiscriminatorias que puedan poner fin a las situaciones de discriminación sufridas por las personas pertenecientes a esos grupos. A ello se hará referencia a continuación.

El papel del Poder Judicial en la integración de las minorías

La mayor parte de las medidas antidiscriminatorias tienen un fundamento constitucional o convencional, en la medida en que derivan de mandatos de actuación establecidos en esas normas. No obstante, esos mandatos suelen ser genéricos e inconcretos, lo que en un sistema de separación de poderes plantea el problema de quién está llamado a llevarlos a cabo.

Si bien todos los poderes públicos, e incluso a veces los particulares (Díaz-Revorio, 2015), están obligados a respetar el mandato de no discriminación o el derecho a no ser discriminado cuando la exclusión depende de circunstancias fácticas que deben ser superadas o cuando es fruto de un “estado de cosas inconstitucional”, las medidas que se deben adoptar para superar dicha discriminación deberían ser acogidas por parte de los poderes políticos, en primer término por el legislador democrático, dentro del ámbito de discrecionalidad que este tiene como primer intérprete de la Constitución (aunque no es supremo) para desarrollar los preceptos constitucionales y convencionales en sentidos diversos; esto, con respeto al marco derivado de los principios generales, pero eligiendo, de entre las posibles medidas por adoptar, aquellas que considere más adecuadas.

La dificultad surge cuando el legislador no hace absolutamente nada o cuando su desarrollo es manifiestamente incompleto o deficiente. Es el problema de las omisiones legislativas: pueden ser inconstitucionales o inconvenientes; algunos de sus supuestos más

recientes se analizan en varios comentarios de esta obra. El resumen de la situación es el siguiente: el diseño de la justicia constitucional (que incluye también la función de garantía constitucional cuando esta es llevada a cabo por el Poder Judicial ordinario o, como se produce en los casos examinados, por la jurisdicción electoral) no contempla remedios al problema de las omisiones inconstitucionales, porque en ese modelo ideal la Constitución es un marco que limita en algo la actuación del legislador, pero no impone un tipo de actuación determinado. No obstante, ese modelo, puramente ideal, pasa a ser insostenible en las constituciones del Estado social, en las que es inequívoca la presencia de mandatos de actuación positiva, aunque normalmente genéricos. Sin embargo, no hay otro modelo de justicia constitucional que permita justificar, ni siquiera explicar cabalmente, una actuación judicial tendente a remediar esas omisiones legislativas. Se supone que, en todo caso, los tribunales no pueden sustituir al legislador, pero cuando este incumple mandatos de la Constitución, estos tienden a “empujar” al Poder Judicial para que trate de resolver la omisión legislativa. Como se verá, el derecho comparado conoce algunos remedios para resolver este problema, pero ninguno es suficientemente adecuado.

En definitiva, la lógica de las constituciones sociales y de los tratados internacionales de derechos empuja a una aproximación de las posiciones de legislador y justicia constitucional hasta el punto de que a veces tienden a confundirse o a “cruzarse” en un cambio de posiciones que, aunque impulsado por las circunstancias, es inasumible desde la perspectiva de la separación de poderes. El caso es que el legislador, cada vez más constreñido por mandatos constitucionales e internacionales, pierde su discrecionalidad aproximándose a un “ejecutor” de estos; mientras, la justicia constitucional, en la medida en que tiene la última palabra para interpretar (y, a fin de

cuentas, desarrollar) esos mandatos genéricos, pasa a ser el verdadero poder discrecional.

Es en este contexto donde cobra sentido el debate entre activismo y deferencia. El primero sería la consecuencia extrema de que los jueces asuman el papel de desarrolladores de esos mandatos constitucionales y convencionales, sobre todo ante la pasividad del legislador. La segunda sería la actitud, también patológica y preocupante, de aquellas cortes —muchas veces bajo politización o control del poder— que terminan por renunciar a su esencial función de control del poder político en su adecuación a la Constitución y a normas internacionales.

Por supuesto, en la actitud más activista o deferente influyen muchos factores, desde la propia regulación constitucional y legal de los distintos poderes hasta circunstancias sociopolíticas propias de cada lugar. En este sentido, puede que el TEPJF, o al menos algunas de las sentencias que aquí se comentan, pueda mostrar —visto bajo la perspectiva de ojos europeos— cierta tendencia al activismo. Pero sería injusta una valoración que no tuviera en cuenta el contexto, en particular la tendencia de los países iberoamericanos a la desconfianza hacia el legislador y los poderes políticos, y, en cambio, a una mayor confianza en un poder judicial, en los ámbitos nacional y supranacional, cuyo papel en la tutela y garantía de los derechos ha sido en múltiples casos mucho más intenso y destacable que el de los poderes políticos.

Por todo ello, más allá de plantear esta cuestión tan actual como trascendente, la valoración debe quedar a la opinión de cada lector, considerando el contexto y la situación, así como, en este caso concreto, la realidad sociopolítica actual de México. Por supuesto, puede que aquí se contenga alguna crítica, siempre constructiva, a algunas de las sentencias que se comentan, pero ninguna

de ellas puede hacer palidecer el incuestionable papel fundamental que ha desempeñado y sigue desempeñando el Tribunal Electoral en la garantía de los derechos, la consolidación del pluralismo político y la democracia y el control del poder político en México. Esto quiere decir que, en líneas generales, cumple eficazmente sus funciones esenciales.

Referencias

- Brown v. Board of Education of Topeka 347, U. S. 483. (1954).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>
- Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U. S. 294. (1955).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>
- Constitución Española. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Díaz-Revorio, Francisco Javier. (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. Tirant lo Blanch.
- Esparza Reyes, Estefanía. (2018). *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Esparza Reyes, Estefanía, y Díaz-Revorio, Francisco Javier. (2019). Los mecanismos jurídicos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del derecho antidiscriminatorio. *Revista de Derecho Político*, (105).
- Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537. (1896). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>
- Rey Martínez, Fernando. (2019). *Derecho antidiscriminatorio*. Thomson Reuters.
- Rey Martínez, Fernando. (2023). Manual de instrucciones para utilizar el concepto de igualdad a fin de que las minorías étnicas no la alcancen (sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano SFA, Inc. v. President and fellows of Harvard College y University of North Carolina, de 29 de junio de 2023). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 129, 267-303.
- Ridaura Martínez, María Josefa. (2022). La igualdad. En Luis López Guerra y Eduardo Espín Templado (dirs.), *Manual de derecho constitucional. Volumen I. Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes* (pp. 167-187). Tirant lo Blanch.

Students for Fair Admissions, Inc. V. President And Fellows of Harvard College, 600 U. S. (2023). https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf

SUP-JDC-951/2022. <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JDC-951-2022>

United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144. (1938). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>

Derecho al voto activo de las personas en prisión preventiva

Adriana Travé Valls

Introducción: antecedentes y planteamiento del caso

Los actores, quienes se autoadscriben como tsotsiles, señalan que fueron aprehendidos por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas y se encuentran reclusos en el Centro Estatal de Reinserción Social El Amate, en Cintalapa, Chiapas, derivado de diversas causas penales en las que no se ha dictado sentencia.

En ese contexto, como personas cuya inocencia no ha sido desacreditada, solicitan que se garantice su derecho al sufragio en las elecciones federales y locales. Para ello, impugnan la omisión del Instituto Nacional Electoral (INE) de dictar medidas que les permitan ejercer

su derecho al voto. En este sentido, se plantea el problema general de determinar si existe la vulneración del derecho a votar de los actores.

Se atribuye la competencia para conocer y resolver el asunto a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), la cual examinó los requisitos de procedencia, la oportunidad de presentación, la legitimación de los actores y la comprobación de que no ha existido un medio ordinario para impugnar la omisión del INE.

Entrando ya en el asunto, el planteamiento de la actora parte de la necesidad de que se ordene al INE realizar las acciones necesarias para garantizar su derecho a votar en las elecciones tanto locales como federales, desde el lugar donde se encuentran en reclusión. Alegan que el Consejo General del INE no ha emitido mecanismos que garanticen ese derecho, a pesar de estar privados de su libertad sin haber sido condenados por delito alguno.

En este sentido, los agravios principales que se postulan son los siguientes:

- 1) El Estado, por conducto del INE, ha sido omiso en establecer mecanismos tendentes a garantizar el derecho a votar de quienes se encuentran en prisión, en razón de encontrarse sujetos a un proceso penal en el que aún no han sido sentenciados.
- 2) Al no garantizar el derecho en el supuesto referido, realiza una interpretación del derecho al voto de una manera restrictiva, lo cual se contrapone con lo señalado en el artículo 35, párrafo uno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los tratados internacionales en los que está plenamente garantizado.
- 3) El artículo 38, fracción II, de la CPEUM debe interpretarse de tal forma que coexista el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia.

Por otro lado, se observan otras alegaciones accesorias que implican también un agravio para la actora. De manera concreta, se sostiene que desde el momento de su detención fueron sometidos a tortura y no se les informaron los motivos de su aprehensión en su lengua originaria. Asimismo, por otro lado, se argumenta que viven en condiciones precarias dentro del reclusorio, sin visitas regulares y en condiciones inhumanas, al haber sido procesados por un delito que no cometieron.

La tesis del caso

La tesis del caso establece que el derecho al voto de las personas que se encuentran en prisión preventiva y que no han sido sentenciadas no debe suspenderse automáticamente por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso. El derecho a votar coexiste con el principio de presunción de inocencia, por lo que la suspensión del derecho al sufragio solo debe aplicarse cuando el procesado esté efectivamente condenado con privación de libertad. Por tanto, según apunta la resolución del caso, el INE tiene la obligación de dictar medidas y lineamientos para garantizar el ejercicio del derecho al voto de estas personas.

Marco normativo y precedentes jurisprudenciales

La sentencia realiza una previa fundamentación sobre el derecho al voto de las personas en prisión preventiva. En este punto, la resolución resalta la importancia de los tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que son obligatorios para todas las autoridades mexicanas y han llevado a una interpretación progresiva del derecho al sufragio de las personas

en prisión. Se destaca el papel pionero de la Sala Superior en la interpretación extensiva de los derechos de estas personas, especialmente para garantizarles el derecho al voto activo.

En cuanto a los precedentes en la jurisprudencia, se analizan algunos supuestos que arrojarían luz sobre el derecho al voto de personas con situaciones procesales complicadas. De este modo, se menciona el caso Pedraza Longi, cuyo objeto fue la discusión sobre el derecho al voto de una persona sometida a un proceso penal. En este proceso, la Sala Superior del TEPJF consideró que la suspensión de derechos establecida en el artículo 38 constitucional no es absoluta ni categórica.

Por su parte, en el caso García Zalvidea, el actor solicitó su credencial para votar con fotografía, la cual le fue negada debido a la existencia de un auto de formal prisión en su contra. Sin embargo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación argumentó que en su situación debería prevalecer el principio de presunción de inocencia, ya que no existía una sentencia que lo declarara culpable. La Sala Superior analizó que el actor estaba sujeto a un proceso penal como presunto responsable de delitos culposos, pero señaló que no existía una resolución condenatoria ni razones que justificaran la suspensión de su derecho político-electoral de votar. De esta manera, se reconoció que el derecho al voto no debe ser suspendido automáticamente por la existencia de una situación de prisión preventiva, especialmente cuando no hay una condena firme en el procedimiento penal.

Finalmente, en otro de los casos analizados en la sentencia, el asunto Orozco Sandoval, se menciona brevemente que a Martín Orozco Sandoval, a quien se le negó el registro como candidato a gobernador, se le aplicó la misma restricción del derecho al voto debido a la existencia de un auto de formal prisión en su contra.

En lo referente a la jurisprudencia internacional, en el caso López Mendoza vs. Venezuela (2011), tramitado ante la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se sostuvo que el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho al voto de las personas en prisión preventiva. La Corte IDH consideró que esta restricción constitucional al derecho al voto debe justificarse y estar fundamentada en tratados internacionales y sentencias emitidas por tribunales internacionales.

En este contexto, la resolución que se analiza concluye afirmando al respecto que la jurisprudencia internacional respalda el reconocimiento del derecho al voto de las personas en prisión preventiva, y esta es considerada como una base para ampliar y proteger los derechos humanos en la mayor medida posible.

Acerca del principio de progresividad y no regresividad

Entrando ya en la fundamentación que sostiene la decisión de la Sala, en primer lugar, se analiza la implicación general del principio de progresividad y no regresividad en el sistema de protección de derechos humanos para su aplicación al caso concreto.

En este sentido, la resolución estima que el principio de progresividad y no regresividad implica la obligación de ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la medida máxima posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Este principio impone la obligación de interpretar las normas de manera que se amplíen en lo posible jurídicamente. La progresividad implica tanto una obligación de avanzar y ampliar la protección de los derechos humanos como una prohibición de retroceder o regresar en la garantía de estos.

En el contexto del derecho al voto de las personas en prisión preventiva, se argumenta que este principio exige interpretar que solo se suspende cuando existe una sentencia ejecutada. Esto implica que, si bien una persona privada de la libertad física puede tener

dificultades para ejercer su derecho al voto activo, eso no significa que no conserve este derecho y que no puedan implementarse mecanismos alternativos para garantizar su ejercicio, con lo cual se promueve su ampliación y protección.

Acerca de la obligación de garantizar el derecho al voto

La resolución señala que existe una obligación jurídica por parte del Estado de garantizar el derecho al voto de las personas en prisión preventiva. Esta obligación se sustenta en varias razones.

En primer lugar, el voto activo se considera una herramienta de inclusión que contribuye a la construcción de una democracia no discriminatoria.

En segundo lugar, se resalta que la restricción constitucional del derecho al voto no debe entenderse como una prohibición absoluta, sino que debe interpretarse de acuerdo con el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar.

Finalmente, se reconoce que la restricción del referido derecho tiene su fundamento en la imposibilidad material de los individuos en prisión preventiva de desplazarse para votar. En este punto se enfatiza que el derecho al sufragio de las personas privadas de su libertad no puede negarse de manera generalizada. Se hace alusión a la situación de vulnerabilidad y desventaja de este grupo que ha sido estigmatizado y desaprobado socialmente ante la consideración de que son seres inferiores, malvados o peligrosos, lo cual es una generalización injusta y perjudicial.

La generalización de la negación del voto a las personas en esta situación perpetúa estigmas y prejuicios y limita sus derechos político-electorales y su participación en la democracia. Se sostiene que es necesario adoptar medidas pertinentes para garantizar

dicha prerrogativa, especialmente cuando se han venido denegando sistemáticamente. En este punto se destaca que el Tribunal Electoral tiene la función primordial de garantizar los derechos político-electorales de las personas, incluidas aquellas que se encuentran en situación de privación de la libertad; esto, realizando una interpretación progresiva de los referidos derechos, en concordancia con los principios de igualdad y no discriminación.

Acerca de la decisión y sus efectos

La decisión concluye que, conforme a la interpretación evolutiva del derecho al voto y la presunción de inocencia, se considera que las personas en prisión que no han sido sentenciadas y están amparadas bajo la presunción de inocencia tienen derecho a votar. Lo anterior, derivado de una interpretación sistemática de los artículos 1, párrafos primero y segundo; 35, fracción I; 38, fracción II, y 20, apartado B, fracción I, de la CPEUM, en relación con los numerales 14, párrafo segundo, y 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De conformidad con los principios de progresividad y no regresividad, debe ampliarse la aplicación, el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Por ello, se considera necesario implementar medidas que posibiliten el ejercicio del derecho a votar, tomando en cuenta que el voto activo es un elemento de socialización y una herramienta que les da voz y constituye, además, una medida de inclusión que contribuye a una democracia que no discrimina.

A partir de una interpretación evolutiva y conforme a los tratados internacionales, se advierte que, en atención al principio de presunción de inocencia y el derecho al voto, únicamente puede

suspenderse este cuando exista una sentencia ejecutoriada; de lo contrario, deben continuar en el uso y goce de todos sus derechos.

Con base en esta fundamentación se decidió que el Instituto Nacional Electoral llevaría a cabo una primera etapa de prueba para garantizar el voto activo de los presos no sentenciados. Esto se realizaría de manera gradual y progresiva. La primera prueba daría lugar a la implementación de un programa desarrollado por el INE antes de 2024, con el objetivo de asegurar el derecho al voto de las personas en prisión preventiva. Para esta prueba se consideraron los siguientes lineamientos:

- 1) La mencionada prueba será desarrollada por la autoridad electoral federal en plenitud de atribuciones, estableciendo el cómo, el cuándo y el dónde se ejercerá el aludido derecho a votar.
- 2) La primera etapa de la prueba se implementará en un plazo razonable, de tal manera que el derecho de las personas en prisión preventiva se garantice para las elecciones de 2024.
- 3) El INE identificará si el ejercicio del derecho al voto se aplicará solamente a la elección presidencial o a otras elecciones, según las necesidades y posibilidades administrativas y financieras.
- 4) El INE queda en plenitud de atribuciones para fijar el mecanismo para la implementación del voto de las personas en prisión, dentro del cual considerará el voto por correspondencia.
- 5) La prueba se desarrollará en una muestra representativa que abarque todas las circunscripciones electorales, varias entidades federativas y diversos reclusorios.
- 6) Finalmente, el INE se podrá coordinar con las autoridades penitenciarias competentes o con aquellas que considere oportuno a fin de implementar una primera etapa de prueba en todas las circunscripciones electorales, varias entidades federativas y diversos reclusorios, para lo cual deberá atender la normativa aplicable al momento de la ejecución de las actuaciones.

Este objetivo atribuido al INE se fundamenta en el artículo 41 de la Constitución, el cual confiere al Instituto Electoral la responsabilidad de organizar elecciones libres y auténticas. Desde este punto de vista, el Consejo General del INE tiene las facultades para implementar acciones necesarias para la organización de elecciones, para lo cual tomará en cuenta las necesidades y posibilidades administrativas y financieras para determinar si el ejercicio del derecho al voto se aplicará solo a la elección presidencial o a otras elecciones.

En resumen, la decisión establece el derecho al voto de las personas en prisión preventiva y la implementación de una etapa de prueba y un programa para garantizar este derecho de manera progresiva y de acuerdo con las atribuciones del Instituto Electoral.

Acerca del voto particular

La resolución comentada fue adoptada por mayoría; sin embargo, se emitió un voto particular por los magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera, Indalfer Infante Gonzales y Reyes Rodríguez Mondragón. En este voto particular exponen las razones por las cuales están en desacuerdo con el criterio mayoritario adoptado en la sentencia relativa al asunto mencionado. Los magistrados se centran en dos aspectos del caso: uno meramente formal y el otro sustancial, y disienten de la conclusión a la que se llega en la sentencia aprobada por la mayoría.

Las razones formales se refieren a la ausencia de acto de aplicación y a la falta de legitimación activa de los actores para impugnar la omisión del Consejo General del Instituto Nacional Electoral de garantizar su derecho a votar en las elecciones presidenciales de 2006 y 2012. En cuanto a la ausencia de acto de aplicación, los magistrados que emiten el voto particular argumentan que los actores no impugnan un acto concreto de la autoridad electoral, sino una omisión genérica de la misma. En cuanto a la falta de legitimación

activa, sostienen que los actores no tienen derecho a votar en las elecciones presidenciales de 2018, ya que se encuentran privados de su libertad sin haber sido condenados por sentencia ejecutoriada y, por lo tanto, no cumplen con los requisitos establecidos por la Constitución y la ley para ejercer el derecho al voto.

En cuanto al fondo de la discrepancia en el voto particular que sostienen los mencionados magistrados, la cuestión se centra en la interpretación que hace la Sala respecto a la ley de manera extensiva conforme al texto constitucional.

En este sentido, al haber una limitación expresa al voto activo que se inicia de manera concreta con el auto de formal prisión, se produce una maximización en la interpretación de la fracción II del artículo 38 de la Constitución¹ conforme al derecho al voto y el principio de presunción de inocencia, de lo cual se extraería, vía interpretativa y contrariamente a la disposición legal, la necesidad de que exista una sentencia en la que resulte acreditada la responsabilidad penal para privar del derecho al voto activo.

En este punto se señala, por un lado, que la decisión analizada se aparta de la doctrina de la Sala sobre la interpretación autorizada en torno a la fracción II del artículo 38 de la CPEUM. Se argumenta, al respecto, que en todas las decisiones previas la Sala se ha limitado a reiterar que la suspensión de los derechos político-electorales solamente se justifica cuando el sujeto está privado de su libertad debido a una medida cautelar consistente en prisión preventiva. Esta restricción, conforme a la doctrina, sería legítima por cuanto se justifica por una imposibilidad física y material en su ejecución.

¹ Artículo 38: Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Es cierto que en resoluciones previas, como la relativa a la acción de inconstitucionalidad 38/2014, se interpretó que la restricción prevista en la fracción II del artículo 38 de la Constitución no se justificaba antes del dictado de una sentencia. No obstante, según se indica en el voto discrepante, dicha resolución reiteraba que esa privación estaba justificada si la persona realmente se hallaba privada de libertad y se excluía de la limitación a quienes tuvieran derecho a libertad bajo caución y no hubiesen podido obtenerla por razones económicas. De esto se desprende que no existe una doctrina consolidada ni una lectura adecuada de los lineamientos previos jurisprudenciales.

Por otro lado, se discrepa de la línea argumental de la sentencia respecto al sentido y el alcance de la interpretación conforme realizada, que deja sin efecto alguno la fracción II del artículo 38 de la Constitución.

En este aspecto se analiza que la interpretación conforme es una técnica de hermenéutica jurídica que busca dotar a un precepto normativo de un sentido que lo haga compatible con otra norma que sirve de parámetro para su validez, en este caso, la Constitución. La interpretación conforme se utiliza principalmente en las disposiciones que se encuentran en ordenamientos de menor rango que la Constitución y lo que se busca es armonizar los valores o bienes constitucionales en juego. Sin embargo, también se señala que la interpretación conforme no puede tener el alcance de dejar prácticamente sin efecto una determinada norma, sobre todo si esta es de carácter constitucional. En resumen, el sentido y alcance de la interpretación conforme es armonizar las normas de menor rango con la Constitución, pero sin dejar sin efecto las constitucionales.

En este sentido, los discrepantes señalan que ha habido una inaplicación *de facto* de un precepto constitucional, lo cual implica un control de constitucionalidad sobre la propia CPEUM; se trata

de un debate aún vivo igualmente respecto al posible control de convencionalidad de la propia Constitución, pero de ningún modo consolidado.

Teniendo en cuenta lo argumentado, los magistrados disidentes plantearon una reinterpretación de la fracción II en el sentido de considerar la suspensión de derechos políticos como una medida cautelar autónoma, independiente de la prisión preventiva, lo que no conculcaría una maximización en la interpretación constitucional y sería conforme con la doctrina previa.

Comentario

La resolución tiene un impacto relevante en la comprensión del derecho al voto en circunstancias particulares como la prisión preventiva, una situación provisional que puede estigmatizar a la persona que, en pleno goce del derecho a la presunción de inocencia, se le priva del derecho esencial al sufragio activo.

Desde la perspectiva comparada española, este debate no se suscita desde el momento en el que la ley no contempla la privación del derecho al sufragio activo de las personas presas, ni siquiera si están condenadas. Ello porque, si bien el artículo 3, apartado 1, de la Ley Orgánica 5/1985, del 19 de junio, del Régimen Electoral General afirma todavía que carecen del derecho al sufragio “los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento”, en realidad desde la aprobación del Código Penal de 1995 desapareció la pena de la pérdida del derecho al sufragio activo, pudiendo imponerse solo la del derecho al sufragio pasivo, de acuerdo con el artículo 39 de este cuerpo legal.

Tampoco se pierden los derechos políticos de participación no electoral, como el derecho de expresión (Constitución Española de 1978, artículo 20, 1978), el derecho de asociación (Constitución

Española de 1978, artículo 22, 1978), el derecho de reunión y manifestación (Constitución Española de 1978, artículo 21, 1978), y el derecho de petición (Constitución Española de 1978, artículo 29, 1978); no obstante, el ejercicio de muchos de ellos se encuentra muy dificultado por el internamiento penitenciario, seguramente en un grado excesivo, lo cual debería corregirse. Aunque el citado artículo 39 del Código Penal menciona genéricamente la posibilidad de una pena privativa “de cualquier otro derecho”, el precepto clave es el artículo 25 de la Constitución española, que señala que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales, “a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”, lo que implica una interpretación muy restrictiva de cualquier posible limitación.

La resolución estudiada parece adecuarse a los estándares internacionales más comunes, como se desprende de la propia fundamentación de la sentencia, y, visiblemente, con independencia de que no se especifiquen en el texto, las medidas concretas del plan de implementación que se deben llevar a cabo por el INE podrían tener un impacto positivo en la visibilidad y el reconocimiento de las personas en prisión preventiva como ciudadanos con derechos, lo que podría generar cambios en las políticas y prácticas del sistema penitenciario.

En este sentido, es importante destacar que la sentencia que se analiza, aprobada con una votación mayoritaria, desafía las normas establecidas de una manera significativa. Esto se debe a que, partiendo de un caso específico que surgió mediante un juicio que aborda la protección de los derechos político-electorales de un ciudadano, la sentencia extiende sus efectos más allá de los derechos de las partes involucradas en ese caso en particular. En cambio, esta sentencia se traduce en beneficios para todas las personas que

se encuentran en prisión preventiva en los centros de reinserción social en todo el país. El propósito de esta extensión es garantizar el ejercicio de su derecho al voto activo para elegir a sus representantes políticos.

Además de su expansión fuera del ámbito particular de la sentencia, se destaca por parte del Tribunal que el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas podría ser el primer paso para la admisión de otros derechos políticos, como el de ser elegido y el de participar en referendos. Sin embargo, no se especifica qué otros derechos podrían ser reconocidos en el futuro. En cualquier caso, parece un primer paso fundamental que contribuye a fortalecer la democracia, la legitimidad de las instituciones públicas y la protección de los derechos humanos.

Otro aspecto destacable que se desprende del análisis de la decisión es el papel trascendental que tienen los tribunales y la sociedad civil en la protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, como aquellas en prisión preventiva. Esta función es realmente esencial cuando se habla de la preservación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La decisión expresa el principio básico de que son personas en pleno goce de todas las garantías procesales, por lo que el fallo tiene implicaciones importantes para la protección de los derechos humanos y la presunción de inocencia, ya que reconoce la importancia de garantizar el acceso a la justicia y a los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad, así como el derecho al voto de las personas en prisión preventiva.

Por otro lado, al margen de las consideraciones extraídas del texto de la sentencia emitida por la mayoría, no es baladí el análisis que realizan los magistrados discrepantes en el voto particular. En este se plantean, más allá de las consideraciones propias del caso ya mencionadas, cuestiones de relevancia doctrinal, como los límites

en la interpretación conforme y la vinculación de la doctrina previa de la Sala, o el debate muy candente sobre la posibilidad de que los jueces ejerzan un control de constitucionalidad y convencionalidad sobre la propia Constitución.

Resoluciones como la analizada abren la puerta a estas consideraciones que, sin duda, serán objeto de estudio tanto en el contexto nacional mexicano como en el internacional.

Referencias

- Código Penal de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Constitución Española de 1978, de 19 de diciembre, *Boletín Oficial del Estado*, (311). (1978). BOE-A-1978-31229 Constitución Española
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, *Boletín Oficial del Estado*, (147). BOE-A-1985-11672
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=60&tn=1&p=20210605#a39>
- Sentencia SUP-JDC-352/2018 y SUP-JDC-353/2018 acumulado, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. SUP-JDC-0352-2018 (te.gob.mx)

La diputación migrante y el reconocimiento de la ciudadanía transnacional

Ana Valero Heredia

Introducción: los hechos

La sentencia SUP-REC-88/2020 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), objeto del presente comentario, modificó la sentencia de la Sala Regional Ciudad de México del Tribunal Electoral que revocaba, a su vez, la sentencia previa del tribunal electoral local. La resolución objeto del presente estudio declaró inconstitucional el decreto del Congreso de la Ciudad de México del 28 de noviembre de 2019 que había eliminado la figura de la diputación migrante para Ciudad de México.

Dicha figura fue creada por el decreto del 7 de julio de 2017 que introdujo diversos artículos en el código electoral de Ciudad de México para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 7 de la nueva Constitución Política de la Ciudad de México, del 5 de febrero de 2017, la cual reconoce a las personas originarias de esa entidad y que viven fuera del país el derecho a votar y ser votadas en las elecciones locales.

Los antecedentes de hecho se remontan a la impugnación del decreto legislativo derogatorio de 2019 ante el tribunal electoral local por parte de dos personas pertenecientes a organizaciones de migrantes. Al respecto, el tribunal resolvió que carecía de competencia para conocer del asunto porque el citado juicio ciudadano reclamaba un análisis de constitucionalidad en abstracto. Esta decisión fue, a su vez, recurrida ante la Sala Regional Ciudad de México, que determinó inaplicar la derogación de la diputación migrante y ordenó al Instituto Electoral de la Ciudad de México consolidar su aplicación para el siguiente proceso electoral.

La sentencia SC-JDC-27/2020 fue recurrida por medio de un recurso de reconsideración ante la Sala Superior del TEPJF por el partido político Morena, que reclamaba la persistencia de la derogación de la diputación migrante. En su impugnación, Morena recupera el argumento de la falta de competencia de la Sala Regional por realizar un análisis de constitucionalidad en abstracto.

La sentencia objeto del presente análisis rechazó dicho recurso y ordenó inaplicar la derogación de la figura impugnada con base en el principio de progresividad y no regresión del derecho humano de plena participación electoral de las personas emigrantes oriundas de Ciudad de México.

Por lo que respecta a la cuestión procesal de la competencia, el TEPJF declaró que suprimir la diputación migrante no es un acto de control abstracto de constitucionalidad, pues las salas del Tribunal Electoral pueden resolver la no aplicación de leyes respecto a la

materia electoral que sean contrarias a la Constitución o a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en los que México sea parte. Por ello, las salas del Tribunal Electoral tienen conferido un “control por disposición constitucional específica”, que significa que pueden válidamente ejercer, entre otros aspectos, un control concreto de leyes que regulan los derechos político-electorales, mediante el cual pueden decretar su inaplicabilidad al caso concreto, para promover, respetar, proteger y garantizar, entre otros, los referidos derechos de la ciudadanía, los cuales, además, son derechos humanos.

La participación política plena de la población emigrada como derecho especial de grupo

Es de sobra conocido que el sufragio fue incluido ya en las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII. Sin embargo, a diferencia del Estado liberal, donde la participación de las personas en el ejercicio del poder legitimaba las posibles restricciones estatales de su libertad, el derecho a participar en los asuntos públicos en el marco de un sistema democrático permite a una determinada comunidad política autodeterminarse políticamente.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005:

Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político [...] El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. (Caso *Yatama vs. Nicaragua*, 2005, p. 88)

Ello implica que

de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales. (Caso Yatama vs. Nicaragua, 2005, p. 113)

El derecho al sufragio activo y pasivo es esencialmente un derecho de ciudadanía, por lo que en los órganos legislativos de su lugar de origen, en cuanto al reconocimiento de la participación electoral de los nacionales de un Estado que residen en el extranjero, late la idea de que estos no dejan de ser ciudadanos plenos por el hecho de haber emigrado, máxime cuando dicha condición suele estar conectada con la necesidad económica. En ese marco, mediante la creación de una diputación migrante, Ciudad de México da un paso pionero al reconocer la relevancia electoral de las personas emigrantes como parte fundamental de una comunidad que tiene derecho a su propia autodeterminación política.

Reconocer el derecho a la participación política y, más en concreto, los derechos electorales de sufragio activo y pasivo por medio de la figura de la diputación migrante implica admitir la capacidad de intervenir en la vida política del propio país de origen aun cuando no se reside en él. Algo que parece plenamente justificado dada la deslocalización actual del trabajo y las posibilidades de

comunicación que permite la tecnología. Podría decirse que Ciudad de México establece el principio de “ciudadanía transnacional” (Merenson, 2016, p. 411).

Concretamente, desde el 7 de julio de 2017, la diáspora mexicana originaria de Ciudad de México cuenta con un nuevo derecho de participación política que incluye la facultad de tener una diputada o un diputado que la represente en su país de origen. Con esta facultad, las personas emigradas siguen perteneciendo a la comunidad política de dicha ciudad, aunque hayan tenido que desplazarse y no residan en ella, e incluye tanto la capacidad de votar para elegir a la persona que ocupará la curul como presentarse como candidata o candidato para ocuparla.

Es importante señalar que el Tribunal Electoral afirma que dicha facultad corresponde a la diáspora de Ciudad de México en su calidad de grupo minoritario subrepresentado. Se trata, por tanto, según la sentencia, de un derecho especial de carácter colectivo inherente al principio de multiculturalidad que la Constitución mexicana reconoce en su artículo 2. Esto es algo que parece ir en la línea de los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado para atribuir derechos colectivos especiales de representación a grupos específicos de la sociedad, como en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012. De este modo, la creación de la diputación migrante tiene como fin garantizar la no discriminación en el ejercicio del sufragio activo y pasivo a la diáspora de Ciudad de México en calidad de “grupo vulnerable” (Zota, 2015, p. 68).

Como es sabido, la Corte IDH no hace distinción entre individuos y grupos al momento de calificar al sujeto vulnerable. El concepto *grupo vulnerable* en la jurisprudencia de la Corte IDH hace referencia a aquellos grupos de personas que, debido a su situación de desventaja o discriminación, requieren una protección especial por parte del Estado y la sociedad en general. Bajo dicha premisa, ha reconocido

la vulnerabilidad de diversos grupos, entre ellos, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los migrantes, los pueblos indígenas o las personas lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti, intersexual, *queer* y más (LGBTTTIQ+).

Sobre la base de los informes de las Naciones Unidas, la Corte IDH ha establecido, por ejemplo, que

entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional. (Resolución A/RES/54/212, 2000, p. 3)

De hecho, según el juez interamericano, el desequilibrio económico, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas, son factores que pueden afectar posteriormente a la configuración de grupos migrantes en condiciones de vulnerabilidad (Opinión consultiva OC-18/03).

Con carácter general, cuando la Corte IDH ha tenido en cuenta la migración como factor determinante de la vulnerabilidad, ha sido para referirse a la población inmigrante llegada a un Estado procedente de otro. Sin embargo, el decreto del Congreso de la Ciudad de México del 7 de julio de 2017 da un paso más y emplea el concepto de grupo vulnerable para referirse a la población mexicana oriunda de Ciudad de México que emigró a otro país.

La supresión de la diputación migrante vulnera el principio de progresividad

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación entiende que el decreto del Congreso de la Ciudad de México del 28 de noviembre de 2019, por el que se suprime la diputación permanente, es inconstitucional porque vulnera el principio de progresividad de los derechos humanos.

Como es sabido, la reforma constitucional del 13 de octubre de 2011 trajo consigo un cambio de paradigma en materia de derechos humanos y en su interpretación al establecer los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y el principio propersona —artículo 1 de la Constitución— (Salinas, 2019).

El principio de progresividad establece la obligación de los estados de avanzar de manera constante en la garantía y protección de los derechos humanos, adaptándose a las nuevas realidades sociales, políticas y tecnológicas, y promoviendo la igualdad y no discriminación. Este principio se sustenta en la idea de que los derechos no son estáticos.

El reconocimiento expreso del principio de progresividad en la Constitución mexicana exige el deber de los poderes públicos de incrementar paulatinamente el desarrollo de políticas públicas que tiendan a una mayor protección, respeto y garantía de los derechos humanos. Este engloba el principio de no regresividad, que impide suprimir la condición de un derecho humano una vez que el Estado lo ha reconocido mediante un instrumento jurídico *ad hoc*. Es decir, impide adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección de los derechos humanos de las personas que se someten al orden jurídico del Estado mexicano.

En la misma línea, la Corte IDH ha desarrollado este principio en múltiples sentencias, al disponer que los estados deben avanzar en la

garantía efectiva de los derechos humanos y afirmar que el principio de progresividad exige, entre otros actos, que los estados adopten medidas legislativas, administrativas y judiciales para garantizar el disfrute de los derechos humanos. Además, los estados deben implementar políticas públicas y programas de acción afirmativa para superar cualquier tipo de discriminación o desigualdad en el goce de los derechos.¹

En relación con el principio de no regresividad, la jurisprudencia de la Corte IDH también establece que los estados deben abstenerse de adoptar medidas que tengan como consecuencia la restricción de los derechos humanos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, estos no pueden dar pasos atrás en la garantía y protección de los derechos, sino que deben avanzar en su plena realización.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que el principio de progresividad implica que “los Estados están obligados a avanzar constantemente en la promoción y protección de los derechos humanos, evitando cualquier regresión en su ejercicio y garantizando su pleno disfrute” (Amparo en revisión 487/2009, 2009); que “los Estados deben adoptar medidas concretas y efectivas para garantizar la plena vigencia y protección de los derechos humanos, superando obstáculos y desafíos en el camino hacia la consolidación de una sociedad más justa y equitativa” (Amparo en revisión 689/2012, 2012); que “los Estados deben garantizar un ambiente propicio y favorable para el ejercicio de los derechos humanos, promoviendo políticas públicas inclusivas y respetuosas de la diversidad y el pluralismo” (Amparo en revisión 835/2014, 2014); “que los Estados deben tomar medidas

¹ Véanse, a modo de ejemplo, los casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (2005), *Yatama vs. Nicaragua* (2005) y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012).

efectivas para prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación, garantizando la igualdad de trato y oportunidades para todas las personas, sin importar su origen étnico, género, orientación sexual, religión, entre otros” (Amparo en revisión 144/2016, 2016), y que “los Estados deben promover la participación activa y significativa de la sociedad civil en la toma de decisiones y la formulación de políticas públicas en materia de derechos humanos, fomentando la transparencia, la rendición de cuentas y el fortalecimiento de las instituciones democráticas” (Amparo en revisión 712/2017).

Pues bien, de acuerdo con la citada doctrina, el TEPJF entiende en la sentencia objeto de análisis que la supresión de la figura de la diputación migrante vulnera de manera importante el reconocimiento del derecho de participación política de la diáspora mexicana en su calidad de grupo y, a la vez, el principio de progresividad en materia de derechos humanos porque implica un retroceso en el ánimo de Ciudad de México de reconocerla como parte del proyecto estatal.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el principio de progresividad —en su vertiente de prohibición de regresividad— no es de carácter absoluto, pues, como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las medidas regresivas no son en sí y por sí mismas inconvenientes (Mancilla, 2015). La restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, ya que la obligación contenida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no excluye la posibilidad de que un Estado imponga ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos incorporados en ella. De tal suerte que lo que el principio convencional exige es un análisis profundo y de conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida.

Esto significa que las medidas que limitan los derechos fundamentales deben estar suficientemente justificadas con base en los siguientes criterios:

- 1) Que la restricción tenga como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de otro derecho.
- 2) Que generen un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos.

Por lo tanto, el análisis de no regresividad requiere que el operador jurídico efectúe un examen conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la disposición, a fin de determinar si la medida regresiva se encuentra justificada por razones de suficiente peso. En otras palabras, es necesario analizar si dicha medida genera un equilibrio razonable entre los derechos y los bienes jurídicos en conflicto.

Pues bien, en el presente caso, el Tribunal Electoral entiende que no se advierte una justificación adecuada que explique la supresión de la figura de la diputación migrante por lo siguiente:

- 1) El órgano legislativo de Ciudad de México debía haber demostrado la imposibilidad de materializar la diputación migrante según el aprovechamiento pleno de los recursos a cargo de la entidad, de entre otros medios que pudieran ser considerados idóneos, y no señalar meramente que no contaba con los recursos económicos necesarios para poder implementar esa forma de regulación del derecho a ser votado por un grupo vulnerable.
- 2) Tampoco se acreditó que el legislador ordinario hubiera previsto en la normativa secundaria alguna alternativa para que las personas migrantes originarias de Ciudad de México pudieran ejercer su derecho a votar y ser votadas en las elecciones para integrar el Congreso de la Ciudad de México.

Por tanto, como la restricción legislativa no está lo suficientemente justificada, implica una vulneración del derecho de

participación política de la diáspora de Ciudad de México, en su condición de grupo.

La exigencia de una justificación adecuada del Tribunal Electoral recuerda mucho al principio de justificación teleológica o *prius* lógico de la proporcionalidad del Tribunal Constitucional español, que exige que las medidas restrictivas de derechos fundamentales tienen que orientarse a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo; esto es, deben dirigirse, en todo caso, a la salvaguarda de otros bienes, valores o derechos dotados de relevancia constitucional.

El TEPJF entiende que el motivo aducido no está respaldado por evidencia empírica alguna y que, si lo que motivó al legislador a suprimir la figura fue una situación de complejidad económica, existían otras alternativas antes que suprimirla. Por ejemplo, podría haber postergado su implementación al próximo proceso electoral.

Además, el Tribunal Electoral da un paso más y acude al principio de proporcionalidad, presente en la jurisprudencia constitucional de la mayor parte de los países y de las cortes supranacionales de derechos humanos, para corroborar la vulneración del derecho de participación política de la población emigrante de Ciudad de México.

Como es sabido, los tres subprincipios en que se estructura el principio de proporcionalidad en su versión primigenia, que es la alemana, son el llamado subprincipio de utilidad, en virtud del cual, la idoneidad de la medida objeto de control está determinada por la relación de causalidad que debe existir entre esta y la finalidad perseguida; el subprincipio de necesidad, que hace depender la necesidad de la disposición de la inexistencia de medidas menos gravosas para el derecho restringido, y el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, de la ponderación entre la medida objeto de control y la finalidad perseguida con esta.

- 1) En primer lugar, el subprincipio de utilidad —también llamado de idoneidad o juicio de adecuación— exige que los medios que arbitra la restricción del derecho sean susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, es decir, la protección del derecho preponderante.
- 2) El segundo requisito es aquel que examina la necesidad de la medida objeto de control, entendida como ausencia de alternativas menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida. Se trata, en definitiva, de que la intervención en el derecho llamado a ceder sea necesaria para la consecución de dicha finalidad, en atención al juicio de indispensabilidad, el cual permite identificar la inconstitucionalidad de la limitación del derecho en dos supuestos:
 - a) Cuando se constate, con carácter previo, que se podía haber adoptado un medio de igual efectividad, pero de menor incidencia para el derecho fundamental sacrificado.
 - b) Cuando se verifique, *a posteriori*, que la medida adoptada supuso una fuerte restricción del derecho fundamental en contraste con otras posibilidades. El subprincipio de necesidad exige, por lo tanto, una previa selección de los medios útiles y una determinación posterior de aquellos que resultan más moderados para la limitación del derecho, de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para alcanzar el fin perseguido.
- 3) Por último, además de los criterios de utilidad y de necesidad apuntados, la medida que pretende restringir un derecho fundamental debe ajustarse a las exigencias del llamado subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Este exige que la disposición objeto de control sea proporcionada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Dicho en otros términos, debe producirse una armonización entre los perjuicios que genera la restricción del derecho llamado a ceder y las ventajas que la misma reporta sobre la protección del bien jurídico que prevalece.

Desde este punto de vista, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación considera que el acto derogatorio que suprimió el derecho de sufragio tanto activo como pasivo en relación con la diputación migrante en Ciudad de México no satisface esos requisitos por lo siguiente:

- 1) Dicha medida, lejos de incrementar el grado de tutela de un derecho humano, o bien regularlo de alguna forma sin afectar su contenido esencial, suprimió el derecho humano fundamental al voto —tanto activo como pasivo— de ciudadanas y ciudadanos originarios de Ciudad de México y residentes en el extranjero para el proceso electoral 2020-2021.
- 2) Además, suprimió completamente toda dimensión o ámbito del derecho humano fundamental a votar y ser votado relacionado con la diputación migrante, es decir, eliminó los ámbitos de validez del derecho del que se trata: el personal (los derechohabientes o titulares del derecho), el material (el contenido esencial del derecho), el temporal (la vigencia del derecho) y el territorial (el dominio espacial del derecho).

Por todo lo anterior, el Tribunal Electoral entiende que la solución de suprimir la figura de la diputación migrante resulta desproporcionada y no genera un equilibrio razonable de los derechos o bienes constitucionales en juego, con lo cual se vulnera el principio de progresividad de los derechos humanos.

Conclusiones

El análisis realizado demuestra que se está ante una sentencia pionera que confirma la constitucionalidad de una figura que es, a su vez, precursora en la expansión de los derechos de participación política.

La creación de una diputación migrante que permite a la comunidad que emigró de Ciudad de México tener representación propia en el Congreso local supone reconocer que esta no solo forma parte de su cuerpo electoral, sino que sus intereses políticos integran el derecho a la autodeterminación política del pueblo de esa entidad.

La virtuosidad de la sentencia del TEPJF objeto de este análisis reside en establecer que cualquier medida que implique una restricción de dicho reconocimiento supone un trato discriminatorio hacia las personas emigrantes de Ciudad de México y, en consecuencia, una vulneración del principio de progresividad en materia de derechos humanos.

Referencias

- Amparo en revisión 487/2009, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2009).
- Amparo en revisión 689/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012).
- Amparo en revisión 835/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014).
- Amparo en revisión 144/2016, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016).
- Amparo en revisión 712/2017, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. (2012). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. (2005). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf
- Caso Yatama vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/CADH/1969-CADH.htm#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20el%20derecho,Estado%20y%20los%20convenios%20internacionales>
- Mancilla Castro, Roberto Gustavo. (2015). El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano. *Cuestiones Constitucionales*, 33.
- Merenson, Silvia. (2016). ¿Qué tipo de ciudadanía es la ciudadanía transnacional? *Cuadernos IDES*, 31, 32-36.

- Opinión consultiva OC-18/03, sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf
- Resolución A/RES/54/212, migración internacional y desarrollo, Naciones Unidas. (2000). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9909.pdf
- Salinas Eslava, Gustavo Alejandro. (2019). Análisis y avances en la aplicación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Iuris Tantum*, 30, 227-234.
- Sentencia SUP-REC-88/2020, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2020). <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-REC-88-2020>
- Zota Bernal, Andrea Catalina. (2015). Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, 9, 67-85.

Principio de paridad en la representación y distribución del poder

Ana Valero Heredia

Introducción: los hechos

El 13 de diciembre de 2022, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión aprobó un acuerdo emitido por su Junta de Coordinación Política (Jucopo) acerca del proceso para la designación del Comité Técnico de Evaluación, la convocatoria para la elección de los miembros del Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE) y sus criterios específicos de evaluación. Dicho acuerdo fue impugnado en un juicio ciudadano ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). La impugnación fue resuelta el 23 de diciembre de ese mismo año (Sentencia SUP-JDC-

-1479/2022 y su acumulado, 2022): se ordenó a la Cámara de Diputados que modificara la mencionada convocatoria de acuerdo con diversas pautas que garantizaran los principios de paridad, independencia y transparencia en el proceso de selección de las candidaturas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Sala Superior el 14 de enero de 2023, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó el acuerdo que modificaba el proceso para la designación del Comité Técnico de Evaluación, la convocatoria para la elección de consejeras y consejeros del Consejo General del INE y sus criterios específicos de evaluación. Dicho acuerdo fue nuevamente impugnado por cuatro ciudadanas ante la Sala Superior mediante el SUP-JDC-74/2023 y sus acumulados SUP-JDC-88/2023, SUP-JDC-74/2023, SUP-JDC-93/2023 y SUP-JDC-98/2023.

La sentencia de la Sala Superior del TEPJF objeto del presente comentario se centra en determinar si la citada convocatoria es acorde con el principio de paridad: primero, en la integración del Consejo General conformado por 11 consejerías, y, segundo, en la alternancia respecto del sexo de quien ejerce la presidencia.

La parte actora consideró que en ambos casos se incumplía el principio de paridad porque la convocatoria preveía (en la etapa tercera de selección de aspirantes) la conformación de dos listas para personas aspirantes de género masculino (listas 1 y 3), una lista para personas aspirantes de género femenino (lista 2) y una lista para personas aspirantes de ambos géneros (lista 4) para la presidencia del INE.

Por ello, solicitó que la Sala Superior del TEPJF modificase las reglas de aplicación del principio de paridad, a fin de conseguir la alternancia de género mayoritario en el Consejo General y en la presidencia del Instituto Nacional Electoral.

Principio de paridad en la representación y distribución del poder

El camino de la lucha de las mujeres por la igualdad comenzó por los derechos políticos y se encuentra vinculado al propio concepto de ciudadanía. Como es conocido, tuvo que pasar más de un siglo desde la aparición de las primeras constituciones escritas para que la mujer fuese considerada sujeto político pleno, ya entrado el siglo xx.

El principio de igualdad en el constitucionalismo liberal se basaba en una igualdad formal ante la ley; ¿cómo justificar, de otro modo, la paradoja de reconocer la igualdad y excluir a las mujeres? Desde finales del siglo xix el movimiento feminista alcanzó ciertos logros, principalmente el reconocimiento del derecho al sufragio para las mujeres, pero también cierta igualdad en la educación; sin embargo, la realidad social seguía siendo desigualitaria. Tiempo después, el reconocimiento de la igualdad en la ley y la prohibición de discriminación produciría importantes progresos.

La consideración del principio de no discriminación se encuentra vinculada a una profunda transformación del constitucionalismo, que a partir de ese momento incluyó los derechos económicos, sociales y culturales. Mientras el principio de igualdad en su concepción tradicional admitía tratamientos diferentes si estos eran razonables, la prohibición de discriminación exigió que se tratase del mismo modo a todas las personas y que, de admitirse alguna excepción, esta se sujetara a las exigencias de un enjuiciamiento muy estricto.

Además, a partir de ese momento se hace evidente que el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley es insuficiente, pues era necesario que esta no produjera efectos adversos sobre la igualdad material. Surge así la obligación de legislar para producir consecuencias beneficiosas sobre la igualdad material, aunque fuera a costa de la propia igualdad formal.

En suma, mientras el principio de igualdad se traduce en una exigencia de razonabilidad en el tratamiento jurídico, la prohibición de discriminación se justifica en la dignidad de las personas, que no deben ser discriminadas por motivos de sexo, raza, nacimiento, entre otros. De ahí que la prohibición de discriminación se traduzca en un auténtico derecho fundamental que se concreta en lo siguiente: 1) la prohibición de discriminaciones directas e indirectas y 2) la obligación de adoptar medidas de acción positiva.

Las conferencias internacionales celebradas en la segunda mitad del siglo XX tuvieron dos consecuencias positivas: por un lado, la introducción de la igualdad de género en la agenda internacional, y, por otro, la consolidación de un cuerpo jurídico con el que avanzar hacia la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres. Destaca la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, que introdujo por primera vez algunos conceptos legales que serían introducidos después en los distintos ordenamientos jurídicos estatales. Así, parte de una definición de la discriminación contra la mujer que debe inspirar las acciones estatales de los poderes públicos:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1979)

Además, en su artículo 4 legitima las medidas de acción positiva para alcanzar la igualdad material:

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria. (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 4, 1979)

Antes, en Estados Unidos de América había aparecido por primera vez el término *acción afirmativa* en la National Labor Relations Act de 1935, en el marco de la lucha por la justicia racial. Por lo que, desde su aparición, las acciones afirmativas se dirigieron a trabajar a favor de la igualdad económica, política y laboral de las minorías.

En el marco de la igualdad de género, las acciones afirmativas son medidas que procuran un tratamiento desigual de carácter transitorio con el fin de garantizar un umbral mínimo de presencia de mujeres en los distintos ámbitos de la vida política, económica y social. Entre ellas destacan, sin duda, las cuotas electorales de género, dirigidas al propósito de superar la subrepresentación de las mujeres en las instituciones públicas, que se sigue produciendo a pesar de que son reconocidos los derechos políticos y la igualdad formal en los textos constitucionales. En definitiva, son un conjunto de medidas de carácter temporal, correctivo, compensatorio o de promoción, encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. De tal modo que seguir empleándolas una vez que el propósito se ha cumplido no será justificable.

En 1992, la Cumbre Europea de Mujeres en el Poder, celebrada en Atenas, acuñaba el término *democracia paritaria* para expresar

el déficit que para la democracia suponía que 50 % de la población no participara directamente en los procesos de toma de decisiones. En ella se reclamó por primera vez la igualdad de las mujeres no solo en el ámbito político —participación equitativa y equilibrada entre mujeres y hombres en las instituciones democráticas y en los procesos de decisión—, sino también en la educación, la salud, el trabajo, entre otros. La Cuarta Asamblea Mundial de la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, aprobó por unanimidad la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, que incorporó un nuevo mecanismo de actuación denominado *gender mainstreaming* o transversalidad de la perspectiva de género que requería la incorporación de la perspectiva de género como una herramienta para el diseño, la ejecución y la evaluación de todas las políticas públicas.

La paridad es un principio que reconoce la plena condición de ciudadanas a las mujeres, a quienes se les considera deudoras de la mitad de todo, titulares y ejercientes de los derechos en condiciones de igualdad material con respecto de los hombres. Con la paridad, las mujeres dejan de ser una minoría o un grupo vulnerable y pasan a ser titulares y ejercientes plenas de sus derechos fundamentales. En consecuencia, a diferencia de las acciones afirmativas, la paridad es una medida de carácter permanente en la que ya no solo se pretende que haya un número mínimo de mujeres, sino una integración paritaria de todos los órganos del Estado.

La afirmación del principio de paridad y su conversión en un principio constitucional supone un cambio de paradigma en la lucha por la igualdad real entre mujeres y hombres, pues, como señala el TEPJF en la sentencia ahora analizada, “dado el contexto de desventaja histórica, así como la desigualdad estructural que enfrentan las mujeres, la igualdad formal es insuficiente para alcanzar la igualdad de género”.

No obstante, la paridad solo es realmente alcanzable cuando hay un reparto igualitario de las responsabilidades en los ámbitos tanto

público como privado (Martínez, 2000). En otras palabras, la igualdad real requiere la plena vigencia del principio de corresponsabilidad, pues no basta con asegurar la presencia de mujeres en lo que histórica y tradicionalmente se ha considerado de dominio masculino, sino que, a su vez, se hace imprescindible garantizar la presencia de hombres en lo que histórica y tradicionalmente se ha considerado de dominio femenino (Ruiz y Rubio, 2007).

La democracia paritaria exige que ninguno de los géneros monopolice la representación política y que, en consecuencia, el género infrarrepresentado se quede sin masa crítica o representación cuantitativa suficiente para hacer valer sus ideas (Macías, 2015). En la medida en que el poder político debe ser compartido entre mujeres y hombres, la paridad exige una participación equivalente de ambos géneros en todo órgano o institución pública, y a ello debe estar encaminado cualquier proceso de selección de sus integrantes. La vigencia del principio de paridad, en consecuencia, no solo requiere la existencia pública de las mujeres en la vida política en términos cuantitativos, sino que estas ocupen cargos estratégicos y de dirección que les permitan estar al frente de instituciones políticas o gubernamentales. Se trata, en definitiva, de un nuevo modo de entender la democracia, la cual deja de ser tal si no es paritaria.

Democracia paritaria en México

Como es sabido, México convirtió la paridad en un principio constitucional en 2014 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 41, 2008), al establecer que las autoridades públicas están obligadas a ofrecer las condiciones adecuadas para que las mujeres puedan acceder, en igualdad de condiciones que los hombres, a los cargos públicos de elección popular y de toma de decisiones. La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, aprobada tras la reforma constitucional, estableció dicha

garantía para las candidaturas a diputaciones federales, senadores y congresos estatales; además, aseguró la paridad obligatoria en la integración de las listas de candidatos propietarios y suplentes del mismo sexo y el principio de alternancia por género en las listas nominales.

Bajo dicho paraguas, en 2019 y 2020 se llevaron a cabo dos importantes reformas legislativas que sentaron definitivamente los fundamentos de una política paritaria:

- 1) La llamada *paridad total*, según la cual todos los órganos estatales, incluidos los autónomos, deben estar conformados paritariamente en todos los ámbitos.
- 2) El concepto de violencia política contra las mujeres en razón de su género.

Debe reconocerse el trascendental papel desempeñado por la justicia electoral mexicana en las últimas décadas, que ha ampliado las medidas legislativas en materia de acción afirmativa y paridad de género, con lo cual ha sentado las bases de un verdadero régimen electoral de género (Freidenberg y Gilas, 2021).

Así, la Sala Superior del TEPJF en su importante sentencia SUP-REC-85/2015 dispuso que

la postulación paritaria de candidaturas está encaminada a generar de manera efectiva el acceso al ejercicio del poder público de ambos géneros, en auténticas condiciones de igualdad. En este sentido, el principio de paridad emerge como un parámetro de validez que dimana del mandato constitucional y convencional de establecer normas para garantizar el registro de candidaturas acordes con tal principio, así como medidas de todo tipo para su efectivo cumplimiento, por lo que debe permear en la postulación de candidaturas para la integración de los órganos de representación popular, tanto federales,

locales como municipales, a efecto de garantizar un modelo plural e incluyente de participación política en los distintos ámbitos de gobierno. (Sentencia SUP-REC-85/2015, 2015)

En consecuencia, el objetivo del principio de paridad es garantizar la presencia de las mujeres en la toma de decisiones públicas y evitar la concentración de poder en un solo género. Esto únicamente es posible mediante mecanismos que determinen que los órganos representativos reflejen fielmente las características sociodemográficas de las personas representadas.

En 2018, la Sala Superior del Tribunal, en el caso SUP-REC-454/2018, sostuvo que

la paridad no es una medida especial de carácter temporal, sino que constituye en términos del orden constitucional y convencional, un derecho y un principio rector de los procesos electorales y democráticos, que reconoce el derecho y la capacidad de las mujeres para tomar decisiones sobre lo público, en pleno ejercicio de sus derechos político-electorales en condiciones de igualdad. (SUP-REC-454/2018, 2018)

Centrándose ahora en la sentencia que se analiza, cabe señalar que la parte demandante consideraba que la convocatoria para la elección de los miembros del Consejo General del Instituto Nacional Electoral no cumplía el principio de paridad por lo siguiente: preveía (en la etapa tercera de selección de aspirantes) la conformación de dos listas para personas aspirantes de género masculino (listas 1 y 3), una lista para personas aspirantes de género femenino (lista 2), así como una lista para personas aspirantes de ambos géneros (lista 4), para ocupar la residencia de dicho órgano.

Pues bien, la Sala Superior del Tribunal Electoral rechazó la primera pretensión, afirmando que la convocatoria para la elección de

los miembros del Consejo General del INE garantizaba íntegramente el principio de paridad: la composición existente en el momento de la convocatoria incluía a cinco mujeres y a cinco hombres (sin tomar en cuenta la presidencia), y se encontraba próxima la conclusión del mandato de una consejera y de dos consejeros. En consecuencia, al establecer la convocatoria para que dos de las quintetas fueran exclusivas para hombres y una quinteta fuera exclusiva para mujeres, los dos puestos que dejaban libres los dos consejeros seguirían siendo ocupados por hombres, y el que dejaba vacante la consejera seguiría estando en manos de una mujer. Esto garantizaba la paridad en la composición del órgano.

Sin embargo, esa paridad no se cumplía en los requisitos de la candidatura a la presidencia del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por no garantizarse la regla de la alternancia de género.

Regla de la alternancia de género

La regla de la alternancia de género surge en México en el ámbito de la configuración de las listas electorales por parte de los partidos políticos. Esto porque, aunque las cuotas electorales garantizaban la presencia de mujeres en las listas, los lugares que estas ocupaban eran tan bajos que, en la práctica, quedaban excluidas de la representación. Lo anterior convertía a las cuotas electorales en una medida correctora de mero carácter simbólico.

La Sala Superior del TEPJF ha acuñado mediante su doctrina que la alternancia de género es un medio para potenciar la participación política de las mujeres y que, por tanto, contribuye a lograr los objetivos de una política paritaria. Lo anterior porque, en el entendido de que un órgano estará compuesto paritariamente cuando esté integrado de la forma más cercana a 50 % por cada uno de los géneros (como en las sentencias SUP-REC-1524/2021 y

SUP-REC-2038/2021, entre otras), ha observado que, sin la intervención de una regla como la alternancia de género, existe una tendencia a que, *de facto*, el número impar recaiga sistemáticamente en el género masculino, lo cual impide el mayor acceso de las mujeres a los cargos públicos.

La regla de la alternancia de género exige la alternancia individual y sucesiva de candidaturas de distinto género. En virtud de esta regla, si un puesto o cargo político es ocupado por un hombre, el siguiente debe ser ocupado por una mujer, y así sucesivamente. Cuando se aplica a la configuración de cualquier tipo de listas, consiste en colocar a una mujer seguida de un hombre, o viceversa, hasta agotar los lugares del segmento, de modo que el mismo género no se encuentre en dos lugares consecutivos del segmento respectivo (Sentencia SUP-JDC-461/2009, 2009).

La aplicación de esta regla busca, además, garantizar que las mujeres tengan las mismas oportunidades en el acceso a los cargos de liderazgo, presidencia y dirección. Son múltiples las sentencias en las que el TEPJF así lo ha sostenido (Sentencia SUP-JDC-117/2021, 2021; Sentencia SUP-JDC-858/2021, 2021; Sentencia SUP-RAP-452/2021, 2021), con lo cual ha logrado consolidar una línea jurisprudencial tendente a garantizar el acceso de las mujeres a las presidencias de órganos administrativos electorales.

En el presente caso, la parte actora consideró que la previsión de una lista de ambos géneros para la presidencia del INE por parte de la convocatoria resultaba contraria al principio de paridad, porque la inercia hacía que la persona finalmente designada fuese siempre un hombre. La sentencia realizó un análisis pormenorizado de la limitación histórica a la que se han visto sometidas las mujeres en el acceso a los puestos de más alta dirección y comprobó que, desde octubre de 1990, 12 personas han ocupado el cargo de presidencia del Consejo General del INE y ninguna de ellas ha sido mujer.

Ante dicha realidad, la Sala Superior afirmó que, efectivamente, sin una regla de alternancia de género, la designación de la presidencia del Consejo General recae sistemáticamente en los varones. Por lo tanto, existen razones jurídicas que justifican exigir que la quinta que se proponga esté conformada exclusivamente por aspirantes mujeres. La alternancia es, pues, la medida que garantiza la igualdad en el resultado y no solo la igualdad de oportunidades.

Conclusiones

En México, las autoridades jurisdiccionales electorales han desempeñado un papel trascendental en la creación de un verdadero régimen electoral de género mediante la resolución de conflictos relacionados con los derechos político-electorales de las mujeres. De hecho, el Tribunal Electoral ha sido y sigue siendo un actor fundamental en el proceso de construcción de una verdadera democracia paritaria.

La paridad, concebida como presupuesto ineludible de una ciudadanía plena, encuentra sus fundamentos, en palabras de la sentencia aquí analizada, en razones tanto de igualdad sustantiva como de legitimidad democrática. Sin duda, el TEPJF ha tenido una función protagónica en su consolidación como principio constitucional desde que fundamentar las normas, las políticas públicas y las decisiones judiciales persigue reconocer a las mujeres y los hombres como sujetos realmente iguales.

Referencias

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2008).
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. (1979). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Freidenberg, Flavia, y Gilas, Karolina. (2021). Justicia electoral y representación política de las mujeres en México. *Revista de Estudios Políticos*, 191, 109-148.
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. (2014).
- Macías Jara, Matía. (2015). La democracia en clave de igualdad. Entre la alternancia y las listas abiertas para la igualdad efectiva de género. *Asparkia*, 26, 51-69.
- Martínez Sampere, Eva. (2000). La legitimidad de la democracia paritaria. *Revista de Estudios Políticos*, 107, 133-149.
- National Labor Relations Act [Ley Nacional de Relaciones Laborales]. (1935). <https://www.nlr.gov/guidance/key-reference-materials/national-labor-relations-act#:~:text=In%201935%2C%20Congress%20passed%20the,workers%20full%20freedom%20of%20association>
- Otálora Malassis, Janine Madeline. (2015). La evolución del principio constitucional de la paridad de género en la jurisprudencia. *Quid Iuris*, (5), 57-67.
- Ruiz Rodríguez, Blanca, y Rubio Marín, Ruth. (2007). De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 115-159.
- Sentencia SUP-JDC-461/2009. (2009).
- Sentencia SUP-JDC-117/2021. (2021).
- Sentencia SUP-JDC-858/2021. (2021).
- Sentencia SUP-JDC-1479/2022 y su acumulado. (2022).

Sentencia SUP-JDC-74/2023 y sus acumulados SUP-JDC-88/2023, SUP-JDC-74/2023, SUP-JDC-93/2023 y SUP-JDC-98/2023. (2023).

Sentencia SUP-RAP-452/2021. (2021).

Sentencia SUP-REC-85/2015. (2015).

Sentencia SUP-REC-454/2018. (2018).

Acciones afirmativas y distritos federales indígenas

M.^a Elena Rebato Peño

Introducción

Desde hace algunos años, los órganos electorales mexicanos, en especial el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), han estado a la vanguardia en lo que se refiere a la implementación de medidas que contribuyan a hacer real y efectiva la igualdad de género en el ámbito electoral y, en definitiva, en la consecución de la democracia paritaria.

Antes de la consagración constitucional de la paridad transversal en el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

(CPEUM)¹ en 2019 y de la paridad electoral en 2014, el legislador mexicano había transitado desde 1990 por el sistema de cuotas² como medida de acción afirmativa para conseguir esa igualdad de género en el ámbito material, al igual que ha ocurrido en la mayor parte de países en Europa e Iberoamérica.

En este contexto de paridad electoral debe enmarcarse el comentario a la sentencia SUP-RAP-726/2017. No obstante, antes de continuar, es necesario realizar un pequeño matiz, pues, en los numerosos estudios doctrinales que pueden encontrarse en materia de paridad electoral o acciones afirmativas, se utiliza el término *paridad*, entendido como la presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la representación política. La paridad electoral en sentido estricto, tal como se aplica en México, haría referencia a un porcentaje de representación de 50 % para cada género, sobre la base de la constatación de que las mujeres conforman la mitad de la sociedad y que, por tanto, deben estar presentes en el ámbito electoral en esa proporción. Así se deriva de la Declaración de Atenas de 1992, cuando se acuña el término *democracia paritaria* para hacer referencia al déficit democrático que supone que la mitad de la población, que son las mujeres, no esté representada.³ En

¹ “La ley determinará las formas y modalidades que correspondan, para observar el principio de paridad de género en los nombramientos de las personas titulares de las secretarías de despacho del Poder Ejecutivo Federal y sus equivalentes en las entidades federativas. En la integración de los organismos autónomos se observará el mismo principio” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 41).

² En 1990, en el Código Federal Electoral, con 30 % de candidatas mujeres; en 2002, en el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales las cuotas tenían una proporción de 30 % y 70 % de candidaturas para mujeres y hombres, pero había excepciones en el caso de candidaturas de mayoría relativa, que son resultado del voto directo, por lo cual se aumentó a 40 % y 60 % en 2008.

³ “PORQUE las mujeres representan más de la mitad de la población. La democracia exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones” (Declaración de Atenas de 1992).

la actualidad, solo los parlamentos de seis países (Cuba, Emiratos Árabes, México, Nicaragua, Nueva Zelanda y Ruanda) alcanzan ese 50 % de presencia de mujeres o lo supera (I Parline: the IPU's Open Data Platform).

La sentencia de la Sala Superior SUP-RAP-726/2017, objeto de este comentario, resolvió los recursos presentados contra la resolución del Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE) INE/CG508/2017, por la que se determinaron los criterios de aplicación en el registro de candidaturas de los partidos políticos y las coaliciones y en la que se establecía la paridad horizontal, dado que, del total de las listas de candidaturas a senadurías de mayoría relativa por entidad federativa, 50 % debería estar encabezada por mujeres y 50 % por hombres; así como la paridad vertical, pues esa lista de candidaturas debería asignarse de forma alterna. Igualmente, una de las listas de los partidos políticos o las coaliciones debería ser liderada por mujeres y al menos dos de las cinco a diputaciones federales de representación proporcional por partido tendrían que ser encabezadas por fórmulas de un mismo género.

Este acuerdo del INE, que consolida la paridad electoral horizontal y vertical, es la respuesta del órgano electoral a las prácticas de los partidos políticos que en anteriores procesos comiciales habían sorteado fraudulenta y soterradamente las exigencias derivadas de acciones afirmativas electorales y habían conformado candidaturas encabezadas por fórmulas de hombres, lo que les favoreció directamente en las elecciones federales de 2012 y 2015, por ejemplo.

La Sala Superior, teniendo como fundamento las alegaciones de los recursos admitidos,⁴ una vez comprobado el cumplimiento de

⁴ Antes del análisis de los puntos de inconformidad presentados por el Partido Verde Ecologista de México, el Partido Encuentro Social y el Partido del Trabajo, la Sala Superior entiende que son improcedentes los juicios ciudadanos promovidos por los militantes y la ciudadanía a causa de la inexistencia de lesión de derechos debido, principalmente, a dos

los requisitos formales que la legislación electoral mexicana exige (legitimación y personación, interés y plazo), planteó en su resolución dos cuestiones fundamentales, con base en las cuales se estructurará el presente comentario.

Constitucionalidad, convencionalidad y competencia del acuerdo impugnado

El objeto de la sentencia comentada, como se irá analizando en las próximas páginas, tiene como núcleo duro, en primer lugar, afianzar la legitimidad de las acciones afirmativas en materia de género en el ámbito electoral en general, y, en segundo lugar, implementar una acción afirmativa en relación con un colectivo que puede calificarse como grupo vulnerable, como es la comunidad indígena.

Sin embargo, antes del desarrollo del aspecto cardinal de la sentencia, la Sala Superior avaló la competencia del INE para desarrollar lineamientos en esta materia, pese a los argumentos de los recurrentes que afirmaban que esta potestad no se deriva en modo alguno del artículo 44 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

La legitimidad del Consejo General del INE tiene su origen en la denominada *dimensión promocional de la igualdad*, meta u horizonte de los poderes públicos y, por consiguiente, de los órganos electorales. Se abre, así, la puerta al derecho antidiscriminatorio y a la implementación de medidas diferenciadoras que conviertan la igualdad formal de los textos en una real y efectiva, con lo cual se desarrolla el Estado social. Tal como afirma Encarnación Carmo-
na Cuenca,

motivos: 1) que los recurrentes no son titulares de derechos, sino que únicamente cuentan con una expectativa al respecto, y 2) que se ha agotado su derecho a impugnar.

el principio de igualdad material viene siendo entendido como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. (Carmona, 1994, p. 265)

La dimensión formal del principio de igualdad propio del Estado liberal es claramente insuficiente ante las desigualdades sociales, económicas y culturales que las sociedades y los ciudadanos presentan, por lo que la dimensión material deberá complementarla.

La Constitución Española —al igual que la mexicana— se refiere a esa dimensión promocional de la igualdad al señalar expresamente en el artículo 9, párrafo 2, que corresponde a los poderes públicos

promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, al tiempo que remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (Constitución Española, artículo 9, párrafo 2, 1978)

Esta previsión no es una excepción en el entorno constitucional europeo, pues también está presente en la Constitución Italiana (artículo 3),⁵ en la francesa (artículo 1)⁶ y en la alemana

⁵ “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (Constitución Italiana, artículo 3, 1947).

⁶ “La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales” (Constitución de la República Francesa, artículo 1, 1958).

(artículo 3),⁷ aunque en estas últimas esa prescripción tiene un carácter menos general al suscribirse al igual acceso de mujeres y hombres en los mandatos electorales, en la primera, y a la remoción de los obstáculos o las desventajas existentes para que mujeres y hombres accedan de igual forma a los derechos, en la segunda.

En el artículo 1 de la CPEUM no se hace una alusión explícita al principio de igualdad, dado que afirma que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. Se trata pura y llanamente de un mandato a los poderes públicos, que, si bien no supone el nacimiento de un derecho subjetivo a un trato desigual, sí constituye una obligación jurídica vinculante a los poderes públicos “cuya realización es necesariamente progresiva, y en cierto sentido marca un objetivo que jamás se puede alcanzar en plenitud” (Díaz-Revorio, 2018, p. 41).

El Estado mexicano no solo debe evitar vulnerar los derechos humanos, sino que también tiene que llevar a cabo una política activa de promoción de estos hasta su completa eficacia y garantía, con lo cual se impida una conducta de abstención o meramente pasiva.

Este comportamiento proactivo deriva de la CPEUM, pero también de las convenciones internacionales de derechos humanos en los que se contempla el principio de igualdad, la prohibición de la discriminación y el compromiso estatal de garantía del ejercicio de los derechos, incluidos los político-electorales —en el caso que aquí ocupa— y de la paridad entre mujeres y hombres en el acceso a un cargo político.

⁷ “El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes” (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, artículo 3).

Todo ello permite concluir, tal como hace la Sala Superior del Tribunal Electoral, que la actuación del Consejo General del INE, como órgano constitucional autónomo, no solo fue legítima y ajustada a derecho, sino que la conclusión lógica del mandato de implementación de la igualdad material y las medidas afirmativas (como lo es el acuerdo impugnado) fue *ex Constitutione* y convencional. El legislador mexicano había habilitado al Consejo General para emitir reglamentos y acuerdos que regularan los procedimientos de selección de candidatos y precampañas, y es en esta delegación donde debe ubicarse la relativa al establecimiento de reglas de paridad de género y acciones afirmativas en materia indígena.

El acuerdo impugnado recurrido tampoco vulnera el principio de reserva de ley, dado que, pese a que se atribuye a la ley la regulación de una determinada materia, esto no impide remisiones reglamentarias, salvo que sean desarrollos reglamentarios independientes. En materia de paridad de género, los partidos políticos deben tener en cuenta las reglas al respecto que están previstas en la Constitución y en la ley general electoral, las cuales son reproducidas por el acuerdo impugnado del INE sin desnaturalizar lo previsto en la Constitución ni en la ley.

En lo que respecta a las acciones afirmativas en materia indígena, estas se imponen también desde los artículos 2 de la CPEUM; 1, apartado 4, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entre otros convenios internacionales. Este mandato es de eficacia jurídica directa, sin necesidad de transposición legislativa, y, desde luego, nada impide elaborar directrices que fomenten la protección de estos derechos fundamentales como auténticos mandatos de optimización. La Constitución y las convenciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos fijan estándares mínimos de protección de estos, lo que en ningún caso

interfiere en el hecho de que, desde los estados —en este caso, desde las autoridades electorales—, se cumpla con dicha protección más allá de lo previsto en las constituciones nacionales o en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que estos —se reitera— determinan estándares mínimos y no máximos.

Por otro lado, los lineamientos del acuerdo recurrido sobre la selección de candidatos por parte de los partidos políticos no transgreden el principio de certeza jurídica para con los partidos políticos. La modulación que lleva a cabo el acuerdo del Consejo General del INE no modifica los métodos para la postulación de las candidaturas de los partidos políticos, sino que los redefine con tiempo suficiente para que dichos institutos puedan diseñar sus ternas de candidatos en el marco del respeto a la paridad electoral y a los mandatos de optimización de las autoridades comiciales.

Igualdad material: acciones afirmativas en materia electoral

En la sentencia objeto de comentario, la Sala Superior del TEPJF, además de examinar la constitucionalidad de las medidas impugnadas en materia electoral, realizó un exhaustivo desarrollo de la jurisprudencia emitida por esa misma sala en materia de acciones afirmativas en casos anteriores. Así pues, la Sala Superior reiteró en innumerables ocasiones a lo largo del fallo que las acciones afirmativas obedecen a la consecución del principio de igualdad material, el cual es su objetivo y su finalidad,⁸ y que tienen como destinatarios personas y grupos vulnerables que históricamente han

⁸ Por ejemplo, las tesis de jurisprudencia 43/2014 y 11/2015, entre otras.

sido discriminados,⁹ con la finalidad de compensar esa situación de desventaja¹⁰ y reequilibrar.

Estas acciones afirmativas, cuyo anclaje constitucional es el mandato de igualdad promocional visto *supra*, tienen su origen en Estados Unidos de América en la década de 1950, en donde fueron utilizadas como un instrumento para la promoción de grupos étnicos marginados, especialmente la minoría afrodescendiente; no obstante, algunos autores, como David Giménez Gluck, sitúan su inicio en la denominada *reservation policy*, que derivaba de los artículos 15, apartado 4, y 16, apartado 4, de la Constitución de la India de 1950 y que obligaba al Estado a reservar puestos en la Administración a los miembros de una casta marginada, como los intocables —en el contexto de México puede aplicarse a los grupos indígenas— (Giménez, 1999, p. 15).

Las acciones positivas o afirmativas consisten en medidas de impulso para un determinado colectivo, siempre y cuando no perjudiquen directamente a ningún otro sector. Se ofrece un trato favorable para quien parte de una posición de desventaja. Mientras que, como se mencionó, en Estados Unidos de América se utilizó esta medida inicialmente para superar los obstáculos a los que se enfrentaban los ciudadanos de raza negra; por su parte, en Europa se ha empleado fundamentalmente para superar la histórica situación de discriminación que han sufrido las mujeres como resultado de la sociedad patriarcal. En México, su implementación ha abarcado las dos variantes principales mencionadas, y, en el ámbito electoral, las acciones positivas han tenido como objetivo primordial eliminar obstáculos en el contexto de la participación y representación

⁹ Por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 11/2015.

¹⁰ Por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 30/2014.

de las mujeres en la vida política del Estado, así como en el de los grupos que se autoadscriben como indígenas, respecto de los cuales también puede acreditarse su ancestral discriminación en este y otros aspectos.

Paridad de género

Existen varias modalidades de acciones afirmativas. Por ejemplo, aquellas que —como señala la Sala Superior—, con el fin de combatir el contexto en el que se encuentran determinados grupos humanos, les otorgan un trato beneficioso “casi imperceptible porque prácticamente no tiene repercusión más allá del grupo humano al que se destina” (Sentencia SUP-RAP-726/2017, 2017). Se trataría de ayudas, subvenciones o, en el ámbito electoral, campañas publicitarias sobre la igualdad de género. También podrían considerarse como tales políticas educacionales en el contexto de la enseñanza para que se perciba la participación política como un ámbito en el que no cabe la exclusión de ninguna persona en razón de género o pertenencia a una determinada etnia. Es obligación de los poderes públicos, incluidas las autoridades electorales, compensar y revertir esa situación de desigualdad de hecho de raíces históricas, a fin de cumplir con la función social *ex Constitutione* y los tratados internacionales de integrar a un sector determinado, ya sean mujeres o ciudadanos indígenas, para que estos alcancen una representación equilibrada en la contienda y participación política.

El segundo tipo de acciones afirmativas, denominadas por un sector de la judicatura y de la doctrina como acciones afirmativas “en sentido estricto”, lo representarían las cuotas electorales, aunque, como reconoce la Sala Superior del TEPJF, estas pueden “de manera directa o indirecta, limitar los beneficios o perjudicar al resto de personas” (Sentencia SUP-RAP-726/2017, 2017).

En opinión de quien suscribe, en este caso sería más apropiado hablar de medidas de discriminación inversa, ya que, como señala Elvira Aranda Álvarez, se está ante la manifestación más extrema de las políticas antidiscriminatorias, dado que “no se conforma con introducir una desigualdad para conseguir la igualdad como objetivo, sino que, además esa desigualdad provoca un daño directo en los miembros de los colectivos no beneficiados” (Aranda, 2001, p. 40). No obstante, ello no significa necesariamente su invalidez.

Argentina fue el primer país del mundo en introducir una cuota electoral a favor de las mujeres, en 1991. Se debieron esperar tres años más para que Europa, específicamente Bélgica, en 1994, implantara una ley electoral que exige una representación mínima de candidatas con carácter progresivo, que parte de un 25 % aplicable a todas las listas electorales. En España fue la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la que en su disposición adicional segunda modifica la redacción de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en el sentido de exigir que todas las candidaturas de los procesos políticos que se celebraran en dicho país tuvieran una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que, en el conjunto de la lista, los candidatos de cada uno de los sexos supusieran como mínimo 40 por ciento.

La legitimidad constitucional de estas cuotas electorales —paridad electoral en el caso de México, impuestas desde el artículo 41 de la CPEUM—,¹¹ no así en otros casos como el español, ha sido ob-

¹¹ “La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases:

I. 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 la postulación de sus candidaturas, se observará el principio de paridad de género.

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, fomentar el principio de paridad de género, contribuir a la integración de

jeto de debate desde sus inicios en Europa. Basta para ello recordar las primeras decisiones del Consejo Constitucional francés e italiano, que en 1992 y 1995 declararon la inconstitucionalidad de sendas leyes electorales que contenían cuotas de género sin una previa reforma constitucional. En España, el Tribunal Constitucional avaló esta medida de derecho antidiscriminatorio desde el primer momento y en la STC 12/2008, del 29 de enero, justifica el empleo de cuotas de género como medidas para conseguir la sustantivación de la igualdad formal.¹²

La imposición de cuotas electorales no vulnera otros derechos fundamentales como el de la libertad de asociación o el de presentación y selección de candidaturas de los partidos políticos —uno de los argumentos también esgrimidos por los partidos mexicanos recurrentes—, dado que esa libertad no es absoluta, sino limitada en atención al cumplimiento de otros valores y bienes constitucionalmente protegidos. El principio de autodeterminación o de autorregulación de los partidos políticos no puede estar por encima de los mandatos constitucionales de garantizar el principio de igualdad y

los órganos de representación política, y como organizaciones ciudadanas, hacer posible su acceso al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como con las reglas que marque la ley electoral para garantizar la paridad de género, en las candidaturas a los distintos cargos de elección popular” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 41).

¹² “Así pues el art. 44. bis LOREG persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita” (STC 12/2008, fundamento jurídico quinto, 2008).

la paridad electoral, ni tampoco por encima del mandato de optimización para con los grupos vulnerables.

El hecho de que los partidos políticos contemplen en sus respectivos estatutos fórmulas propias para garantizar la igualdad sustantiva en el ámbito electoral no impide que las autoridades públicas —en este caso el INE— optimicen esas fórmulas en el ámbito de la paridad electoral o de la acción afirmativa, como se verá más adelante en el contexto de los grupos que se autoadscriben como indígenas. Tal como afirma la sentencia, “los lineamientos controvertidos constituyen solo una modalización al principio de autoorganización de los partidos políticos” (Sentencia SUP-RAP-726/2017, 2017).

En la actualidad, el debate sobre la licitud constitucional de las cuotas o de la paridad electorales podría encontrarse en el incumplimiento de una de sus características: la temporalidad. Las medidas de discriminación inversa que —a juicio de quien suscribe— constituyen las cuotas electorales aquí tratadas únicamente deben permanecer mientras la situación de desigualdad estructural que persiguen superar continúe. Esto implicaría revisarlas periódicamente, pues si se perpetúan en el tiempo, pueden acentuar la desigualdad que pretenden vencer.

No obstante, nada impediría que esas medidas se desarrollaran en el ámbito privado de los partidos políticos, que podrían incorporar cuotas en razón de género o de etnia en sus estatutos, como así ha ocurrido en determinados países,¹³ entre los que se encuentra México. El problema respecto a esas cuotas privadas es que podrían ser incumplidas por los partidos políticos o desaparecidas de

¹³ Los países nórdicos, pioneros en la adopción de un sistema de cuotas, tienen uno de los índices más altos de representación de mujeres en las asambleas legislativas. Autores como Louis Favoreau sitúan el origen de este éxito “en el comportamiento de los partidos políticos, que han impuesto en su propio seno cuotas del 40 por 100” (Favoreau, 1997, p. 19).

sus estatutos, de manera que no tendría repercusión en el ámbito electoral al no incumplir cuotas electorales legisladas o constitucionales. Por el contrario, el incumplimiento de las cuotas o de la paridad previstas legalmente conduce a la inadmisión de la candidatura y, por tanto, del proceso comicial, la cual es una consecuencia —tal como también afirma la Sala Superior del TEPJF— proporcional a la finalidad que se persigue: un aumento de la presencia de la mujer y de los grupos indígenas en el espacio político, que, además, se encuentra prevista legalmente.

Cuota indígena

El acuerdo impugnado del INE establecía medidas relativas no solo a la paridad horizontal en las candidaturas, sino también a la denominada cuota indígena. Esta, tal como señala el Tribunal, deriva de una interpretación progresiva teleológica y sistemática del artículo 2 de la CPEUM, que reconoce a México como Estado pluricultural, y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. No se trata en esta ocasión de una “cuota legal”, sino de un mandato que deriva de un principio constitucional transversal como sería el principio de pluriculturalismo nacional, tendente a alcanzar la participación de las comunidades indígenas en la política y en cargos de elección popular.

La infrarrepresentación de la comunidad indígena es una realidad acreditada en México; esta circunstancia legitima el surgimiento de una acción afirmativa en relación con un grupo vulnerable, pues cumple todos los presupuestos vistos *supra* respecto a una acción afirmativa.

El Partido Encuentro Social denunció que el acuerdo del INE vulneraba el derecho a votar y ser votado de las personas que se autoadscriben como indígenas, dado que era demasiado limitativo y no extendía la vigencia de la cuota a todos los distritos electorales

(28) en los que el INE reconoce la presencia de ciudadanos de origen indígena. Al respecto, el Tribunal Electoral justificó la medida del INE con base en datos objetivos, los cuales pueden resumirse en que las autoridades electorales tuvieron en cuenta aquellos distritos electorales mexicanos en donde hay una concentración social de 40 % de población indígena, de lo que resulta que solo 13 de los 28 distritos cumplen esos parámetros (el acuerdo del INE solo contemplaba 12 distritos, por lo que la sentencia de la Sala Superior optimiza la medida). No obstante, ello no significa que en el resto de los distritos los partidos políticos no puedan incluir en sus candidaturas a personas ciudadanas indígenas, pero en este caso lo harían de forma autónoma y voluntaria, sin vinculación con la acción afirmativa implantada.

Visto desde la perspectiva actual, la medida desarrollada por el INE constituyó el origen de la reserva de una cuota para minorías, concretamente candidaturas indígenas, que en años posteriores se extendería a personas con discapacidad, afromexicanas, migrantes residentes en el extranjero y de la diversidad sexual, como grupos en situación de marginación o discriminación histórica.

En el momento de redactar este comentario se está preparando el proceso electoral 2023-2024, en el que serán los partidos políticos quienes elegirán los distritos en los que aplicarán la cuota de candidaturas indígenas —no el INE, como en la sentencia objeto de comentario—, lo cual genera cierta incertidumbre respecto a cuál será la selección de los partidos y si estos tendrán en cuenta la representatividad de la población indígena u otros objetivos menos loables. Finalmente, se ha establecido también para ese proceso electoral una cuota para las personas en situación de pobreza,¹⁴

¹⁴ Véase Acuerdo INE/CG527/2023.

aunque deberá esperarse a los próximos resultados electorales para ver cómo fueron su implementación y sus resultados.

En cualquier caso, la labor del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación será determinante para seguir afianzando una representación democrática participativa global en la que se encuentren presentes todos los sectores sociales.

Referencias

- Acuerdo INE/CG508/2017, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral. (2017). <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/93955/INE-CG508-2017-8-11-17%20%28003%29.pdf>
- Acuerdo INE/CG527/2023, Instituto Nacional Electoral. <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/153089/CGex202309-08-ap-10.pdf>
- Aranda Álvarez, Elvira. (2001). *Cuota de mujeres y régimen local*. Dykinson.
- Carmona Cuenca, Encarnación. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, (84), 265-286.
- Constitución de la República Francesa. (1958). <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/constitution-de-4-de-octubre-de-1958>
- Constitución Española. (1978). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Constitución Italiana. (1947). <https://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/public/paises/italcnst.htm>
- Constitución Política de los Estados Mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. (1965). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. (1989). <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/30118/Convenio169.pdf>

- Declaración de Atenas de 1992. https://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/E/E_250.PDF
- Díaz-Revorio, Francisco Javier. (2018). Las dimensiones constitucionales de la igualdad. En María Martín Sánchez (dir.), *Estudio integral de la violencia de género* (pp. 31-78). Tirant lo Blanch.
- Favoreau, Louis. (1997). Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (50), 13-28.
- Giménez Gluck, David. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Ley Belga de 24 de Mayo de 1994 para Promover una Distribución Equilibrada de Hombres y Mujeres en las Listas de Candidatos a las Elecciones. https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/1994/07/01_1.pdf#page=5
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>
- Parline: the IPU's Open Data Platform. <https://data.ipu.org/>
- Sentencia SUP-RAP-726/2017, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Superior. (2017). <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-RAP-726-2017>
- STC 12/2008, Tribunal Constitucional. (2008). <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/62448>

Criterios para garantizar la paridad de género en procesos electorales locales

Adriana Travé Valls

Introducción

El objeto de la sentencia emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) fue revocar el acuerdo INE/CG569/2020 del Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE), relacionado con la emisión de criterios generales que garantizaban el principio de paridad de género en la postulación de candidaturas a las gubernaturas en los procesos electorales locales 2020-2021.

Esta sentencia puede resultar controvertida debido a la falta de consenso que se desprende de la decisión de la Sala, la cual, si bien estuvo de acuerdo en el

principal punto de la discusión —en concreto acerca de la incompetencia del INE para emitir el acuerdo a fin de integrar gubernaturas paritarias—, otras bastantes cuestiones fueron objeto de debate y, en algún sentido, de inconclusión, como se mencionará adelante, lo cual puso en cuestión la seguridad y confianza en dicho órgano.

Contexto y antecedentes

En México, la paridad de género en la política ha sido un tema relevante en los últimos años, y se han implementado diversas medidas para fomentar la participación política de las mujeres y garantizar su representación en los cargos de elección popular. En 2019 se llevó a cabo una reforma constitucional que estableció la obligación de los partidos políticos de garantizar la paridad de género en las candidaturas a legislaturas federales y locales, así como en la integración de los ayuntamientos y de las alcaldías, en el caso de Ciudad de México. Esta reforma amplió la aplicación del principio de paridad de género, que hasta ese momento se limitaba a los congresos federal y locales, y aunque la reforma fue aprobada con amplio consenso político, la legislación secundaria no obtuvo el mismo grado de acuerdo.

Sin embargo, la situación de la paridad de género en la política mexicana sigue siendo desigual, pues las mujeres continúan enfrentando barreras y obstáculos para acceder a los cargos de elección popular y para ejercer plenamente sus derechos políticos. Según datos del Instituto Nacional de las Mujeres, en las elecciones federales de 2018 ellas representaron 48.2 % de la lista nominal de electores, pero solo 42.4 % de las candidaturas a diputaciones federales y 33.8 % a senadurías.

En agosto de 2020, en medio de un vacío normativo, diversas personas y organizaciones solicitaron al INE que emitiera normas reglamentarias para asegurar la aplicación del principio de paridad

en las elecciones que tendrían lugar al año siguiente, específicamente para renovar 15 gubernaturas. El Instituto Electoral, a través de su Dirección de Prerrogativas y Partidos Políticos, respondió que las decisiones respecto a ese asunto correspondían a los organismos públicos locales electorales. Los solicitantes impugnaron la respuesta ante la Sala Superior del TEPJF, la cual, tras analizar las demandas, determinó que debía revocarse debido a que provenía de una dirección y no del Consejo General del Instituto (Sentencia SUP-JDC-2729/2020).

En cumplimiento de esa primera sentencia, el INE emitió un acuerdo que ordenaba a los partidos políticos postular al menos a 7 mujeres como candidatas para las 15 gubernaturas en disputa (Acuerdo INE/CG569/2020).¹ Esta segunda respuesta fue impugnada por el Sena-

¹ El acuerdo del Instituto Nacional Electoral derivaba de una consulta hecha por una ciudadana que tenía la intención de registrarse como candidata a la gubernatura de Michoacán, así como de asociaciones, como Equilibra, Centro para Justicia Constitucional y Litiga. El Instituto Electoral estableció lo siguiente:

- 1) Cada partido político, nacional y local, debía hacer públicos los criterios aplicables para garantizar la paridad antes del 15 de diciembre de 2020.
- 2) Los partidos nacionales debían postular al menos a siete mujeres como candidatas a gubernaturas, tanto en lo individual como en coalición o candidatura común.
- 3) Los partidos locales debían postular preferentemente a una persona de género distinto en relación con la elección anterior.
- 4) Los partidos políticos de nueva creación tendrían preferentemente que nominar mujeres.
- 5) A más tardar el 2 de abril de 2021, el Instituto Nacional Electoral dictaminaría y enviaría a los organismos públicos locales electorales el análisis del cumplimiento del principio de paridad, a efectos de que, a partir de esa dictaminación, procediera el requerimiento, registro o, en su caso, cancelación de candidaturas a gubernaturas.
- 6) En caso de incumplimiento por parte de los partidos locales, podría sancionárseles con la negación o cancelación del registro de la candidatura.
- 7) En caso de incumplimiento de un partido político nacional, se haría por sorteo.
- 8) En sustituciones y elecciones extraordinarias debía prevalecer el mismo género.
- 9) La autoridad para verificar el cumplimiento sería el Instituto Nacional Electoral en calidad de autoridad nacional (Acuerdo INE/CG569/2020).

do de la República, el Partido Acción Nacional (PAN) y el Partido de Baja California, así como por otro individuo, mediante un juicio de la ciudadanía.

En este contexto se analiza la sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, en la que la Sala concluyó que el INE había excedido su facultad reglamentaria al emitir el acuerdo referido y que, en cualquier caso, el Tribunal Electoral era la instancia encargada de garantizar la aplicación del principio de paridad en las gubernaturas.

Agravios planteados

El principal agravio sobre el que pivota la resolución judicial es la falta de competencia de la autoridad responsable. Al respecto, el PAN, el Partido de Baja California y el Senado de la República argumentaron que el Instituto Nacional Electoral carece de competencia para emitir normas que impongan a los partidos políticos la obligación de postular un número determinado de candidaturas de cada género. Consideraron que esta acción excede las facultades reglamentarias del INE y se entromete en la esfera de atribuciones del Congreso.

Por otro lado, de la observancia de la resolución en conjunto se desprende la especial relevancia que pesa sobre la falta de motivación del INE para llevar a cabo su actuación. En este sentido, el INE es señalado por ejercer la facultad de atracción sin fundamentar ni motivar adecuadamente. Esto significa que no justificó de manera suficiente las razones por las que decidió atraer casos específicos relacionados con la paridad de género en las gubernaturas. Esta falta de fundamentación y motivación adecuada genera dudas sobre la legalidad y legitimidad de la decisión del INE de asumir competencia sobre estos casos. Se considera que el Instituto Electoral no presentó argumentos sólidos y claros para respaldar el ejercicio de la facultad de atracción, lo que pone en entredicho la validez de su acción.

Competencia del Instituto Electoral para emitir normas de paridad de género

La Sala Superior argumentó que el INE excedió sus facultades al emitir el acuerdo INE/CG569/2020 que establece criterios generales para garantizar la paridad de género en la postulación de candidaturas a las gubernaturas en los procesos electorales locales 2020-2021. En este sentido, la competencia para establecer normas relativas a la paridad corresponde a los legisladores; además, aunque el INE tiene facultades para organizar las elecciones y puede atraer asuntos de competencia local, no puede dictar normas que impongan a los partidos políticos la obligación de postular un número determinado de candidaturas de cada género.

Los argumentos relacionados con la falta de competencia del INE para emitir normas de paridad señalados en la sentencia se pueden resumir de la siguiente manera.

1. Invasión de la esfera de atribuciones del Congreso y de las legislaturas locales. Según el principio de división de poderes y el sistema federalista de gobierno, la autoridad electoral no puede excederse en sus facultades y legislar sobre temas de competencia exclusiva de los poderes legislativos.

Se argumenta que la autoridad invadió la esfera de atribuciones del Congreso y las legislaturas locales al emitir normas de paridad de género. Según la jurisprudencia 1/2013 del Tribunal Electoral, el estudio de competencia debe ser realizado de oficio por las salas del Tribunal Electoral, lo que implica que deben analizar si el INE se excedió en sus facultades.

2. Extralimitación de las facultades reglamentarias del INE. Se alega que el Instituto Electoral carece de atribuciones para emitir normas que impongan a los partidos políticos la obligación de postular un número determinado de candidaturas de cada género. Argumentan que dicha acción excede las facultades reglamentarias

del INE y se adentra en la competencia legislativa. Se sostiene que el ejercicio de la facultad reglamentaria por parte de la autoridad electoral excede el principio de reserva de ley, el cual establece que solo el Congreso de la Unión y las legislaturas locales tienen la capacidad de legislar en determinadas materias. Al emitir lineamientos sobre la postulación de candidaturas y la paridad de género, se considera que la autoridad invadió la facultad exclusiva de los órganos legislativos.

3. *Ausencia de normas de paridad establecidas por las entidades federativas.* Se menciona que, aunque existe un vacío normativo debido a la ausencia de normas de paridad establecidas por las entidades federativas respecto a los procesos de elección de las gubernaturas correspondientes, el INE carece de competencia para suplir dicha falta normativa.

4. *Derecho de autoorganización de los partidos políticos.* Se argumenta que la intervención del INE en la regulación de la paridad de género afecta el derecho de autoorganización de los partidos políticos. Se sostiene que los partidos deben tener la libertad de determinar sus propios criterios y estrategias para postular candidatos, sin intervención excesiva de la autoridad electoral.

En resumen, los argumentos destacan que el INE invadió la esfera de atribuciones del Congreso y las legislaturas locales al emitir normas sobre paridad de género, ya que esta materia corresponde a la competencia legislativa y vulnera el principio de división de poderes y la reserva de ley, además del hecho de que la intervención excesiva del Instituto Electoral afectaría el derecho de autoorganización de los partidos políticos.

Paridad en órganos unipersonales y coligación con partidos nacionales

Otra de las cuestiones específicas que se argumentan en la sentencia versa sobre la implementación de la paridad en órganos unipersonales, dado que dicha posibilidad no está prevista explícitamente en la Constitución. Los argumentos se basan en que la paridad de género se estableció como un principio que busca garantizar la igualdad de oportunidades y la representación equitativa de mujeres y hombres en los órganos colegiados, pero no se ha extendido tradicionalmente a los cargos unipersonales, en los que solo una persona es electa. La conclusión de la Sala se resume en que la aplicación de la paridad en cargos unipersonales podría generar dudas acerca de la capacidad de las mujeres para acceder a estos puestos de manera individual y en igualdad de condiciones.

Por otro lado, la Sala critica la indefinición en cuanto a los partidos locales que se coaligarán con partidos nacionales; esto porque el acuerdo del INE no establece de manera clara y precisa los requisitos y condiciones para la coalición de partidos políticos locales con partidos nacionales en el contexto de la paridad de género. Lo anterior genera incertidumbre y falta de claridad sobre cómo se deben conformar estas coaliciones y cómo se deben tomar en cuenta los principios de paridad de género en dicho proceso. Esta falta de definición puede afectar el derecho de autoorganización de los partidos políticos, quienes no tienen una guía clara y específica respecto a cómo cumplir con la paridad de género en el contexto de esas coaliciones.

Acerca de la resolución

Las determinaciones relevantes tomadas por la Sala tras decidir acumular las impugnaciones por unanimidad se pueden sintetizar de la siguiente manera.

En primer lugar, se acordó revocar el acuerdo INE/CG569/2020 tras concluir que

el establecimiento de requisitos sustantivos que deberán cumplirse en la postulación de candidaturas a las gubernaturas tiene como consecuencia un ejercicio excesivo de la facultad reglamentaria de la autoridad electoral nacional, ya que se sustituyó a los legisladores locales al imponer disposiciones en un ámbito que se encuentra reservado a las legislaturas estatales. (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 32)

En segundo lugar, teniendo en cuenta el razonamiento previo, la Sala resolvió vincular “a los partidos políticos a postular a siete mujeres como candidatas para renovar los ejecutivos locales” (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 47); además, ordenó, en concreto, hacer efectivo el principio de paridad en el proceso electoral 2020-2021 e informar al INE “a más tardar el 30 de diciembre (de 2020) las entidades donde presentarán a siete mujeres a candidatas a gubernaturas y las ocho en las que presentarán a varones” (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 49).

En tercer lugar, decidió vincular “al Congreso de la Unión y a los congresos de las entidades federativas para que emitan la regulación necesaria para la postulación paritaria de candidaturas de partidos políticos a las gubernaturas” (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 48).

Esta última determinación respecto a la vinculación del Congreso federal fue unánime, pero no así respecto a los congresos locales, acerca de lo cual los magistrados Janine M. Otálora Malassis y Reyes Rodríguez Mondragón emitieron un voto particular sobre el razonamiento y sentido de la decisión:

Desde nuestro punto de vista, tal como señalamos en la sesión pública de deliberación de la sentencia, únicamente se debió ordenar

al Congreso de la Unión colmar el vacío normativo identificado para garantizar condiciones de paridad para la elección de las gubernaturas conforme a lo establecido en el artículo 35.II constitucional. Ello, porque consideramos que es el único órgano legislativo que se encuentra facultado válidamente para establecer un modelo de paridad horizontal respecto de la elección de gubernaturas. (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 72)

Por último, la cuestión más polémica acerca de la que decidió la Sala versó sobre la capacidad del TEPJF para, incluso sin contar con legislación que lo secunde, emitir normas y criterios a fin de aplicar directamente la Constitución y, por tanto, para asegurar la paridad en las gubernaturas.

En ese contexto, al existir la necesidad de instrumentar la paridad en las gubernaturas, el Tribunal Electoral como máxima autoridad en la materia, garante del cumplimiento de los mandatos en materia de derechos humanos que surgen de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte y de las normas constitucionales, es que debe asegurar que la falta de regulación de la paridad en el caso de las gubernaturas no se traduzca en el incumplimiento de la Constitución General. (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 44)

En este sentido, ante ausencia de legislación secundaria, el primer planteamiento de la Sala Superior es si es constitucionalmente admisible aplicar un principio de paridad y, en caso afirmativo, a qué autoridad le corresponde definir, teniendo en cuenta el parámetro constitucional, la aplicación de dicho principio.

Son varios los escenarios que se planteaban en dicha decisión (Saavedra y Cortez, 2023): por un lado, se podría haber decidido que no es constitucionalmente admisible aplicar la paridad en ausencia de legislación, lo cual hubiera ido en contra de los intereses

más directos en favor de los derechos de las mujeres, pero hubiera respetado la autonomía de los partidos políticos; por otro lado, una vez admitida la constitucionalidad de la aplicación del principio de paridad sin mediar la legislación secundaria, avalar la competencia del INE, a pesar de sentar el precedente de la expansión de facultades de este organismo; y, por último, como una opción intermedia que calmaría la resistencia del movimiento a favor del reconocimiento de derechos de las mujeres, pero no daría un papel expansivo al INE, atribuir competencias al Tribunal Electoral como intérprete de la Constitución sin que ello implicase la posibilidad de que emitiera directamente, en plenitud de jurisdicción y en sustitución del INE, los lineamientos generales regulativos de la paridad en las gubernaturas por elegir en 2021.

Este último fue el camino escogido en la resolución analizada, que señala expresamente que

en efecto, las normas constitucionales son obligatorias de manera directa (imponiendo deberes de hacer o de no hacer) y, en otros casos, estableciendo una reserva de ley para que la legislatura las desarrollen. Sin embargo, las leyes en sentido formal y material no son el único instrumento para el desarrollo de un derecho humano o de un principio constitucional. Ante un principio constitucional que no encuentra desarrollo en un instrumento legislativo, corresponde a la tutela judicial el generar obligaciones para instrumentalizar el ejercicio pleno de los derechos humanos. (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 45)

En este sentido, como puso de manifiesto el magistrado Felipe de la Mata Pizaña, ante la falta de ejercicio de la facultad de atracción del INE —atribución exclusiva e inherente a dicha autoridad—, el TEPJF tampoco podría atender la solicitud de consulta, a lo cual se suma que el Tribunal “carecía de los elementos técnicos y administrativos,

a través de los cuales pueda conocer las peculiaridades de cada entidad federativa y la posibilidad de emitir con pertinencia criterios sobre la postulación paritaria de candidaturas a las gubernaturas” (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, p. 101).

Algunas reflexiones

Las omisiones legislativas generan un vacío en el ordenamiento que, en cuestiones especialmente referidas al desarrollo del Estado social, requieren de un desarrollo para cumplir con las demandas de la sociedad. En este caso, la paridad en las candidaturas de elección es un principio que se desprende del texto constitucional y que, en México, al momento de la emisión de esta resolución se hallaba pendiente en muchos aspectos. La determinación vincula o realiza un mandato al legislador federal y local, así como a los partidos políticos, para que cumplan con ese criterio de paridad, con lo cual el TEPJF asume, no de manera incontrovertida, su papel como autoridad jurisdiccional que atiende la aplicabilidad directa de los principios constitucionales.

Puede ser cuestionable la justificación alejada de criterios estrictamente jurídicos para argumentar la decisión aludiendo a una necesidad histórica respecto a la exclusión de las mujeres de los cargos gubernamentales en el país o al contexto internacional, pero esta forma de razonamiento no es algo ajeno a la actividad jurisdiccional y constitucional cuando se requiere una adaptación rápida a las necesidades de la sociedad, siempre y cuando ello se traduzca en una apelación a la actuación del Poder Legislativo sin sustituir la voluntad representativa.

Más cuestionable puede parecer la vinculación a los partidos políticos que interviene directamente en su esfera de autonomía. No obstante, a colación de este asunto, resulta que quizá lo más

reseñable de la sentencia, desde un punto de vista crítico y constructivo, sea su complejidad e inconcreción en algunos términos. En este sentido, prueba de ello es que, respecto a la vinculación de los partidos políticos, en un boletín oficial posterior a la resolución (269/2020) se señaló que

se vincula a los partidos políticos a que, en la medida de lo posible, en atención a sus disposiciones internas, en las elecciones del próximo seis de junio, en lo que toca a la selección de sus candidaturas a las gubernaturas, y respetando el principio de paridad de género, postulen el mayor número de mujeres posible. (Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados)

Parece deducirse de este comunicado que lo que resultaba ser una vinculación acabó siendo una sugerencia, lo que, sin duda, genera incertidumbre e inseguridad jurídica.

Por otro lado, es destacable también que en la sentencia no se observe un diálogo que podría haber resultado fructífero, a fin de reforzar el argumentario de la resolución, con los actores que presentaron *amicus curiae*, con quienes, como se apunta, no se procedió al intercambio de ideas ni a incorporar sus reflexiones en la resolución.

Lo cierto es que más allá de estas consideraciones, la paridad horizontal fue por primera vez aplicada en el proceso electoral de 2021, en el que seis mujeres ganaron las gubernaturas, lo que solo supuso el inicio para poder observar una verdadera implantación de la paridad en las candidaturas en los procesos posteriores.

La vinculación a los poderes legislativos para que emitan las bases legales y hagan realidad el mandato constitucional prescrito desde 2019 supone un reconocimiento a la necesidad de que los derechos constitucionales sean efectivos, y, a la vez, se respeta con ello la libertad del legislador. No obstante, este respeto no hace decaer el verdadero trasfondo de la resolución, que no es más que el

hecho de que el ejercicio y la eficacia de los derechos constitucionales no pueden estar condicionados en su totalidad a la actividad del legislador.

Se hace una alusión implícitamente al contenido esencial de los derechos que no depende de la regulación de sus aspectos o condicionantes propios de la actividad legisladora, y el TEPJF asume su garantía como órgano supremo en materia electoral. Por esta razón, el Tribunal, sin disponer de los lineamientos generales respecto a la paridad que deben regir las gubernaturas, apela a la autoridad legislativa en cuanto a sus competencias, con lo cual garantiza los derechos reconocidos constitucionalmente para que la paridad sea respetada.

El legislador, ahora vinculado, debe tomar cuenta del mandato siguiendo la estela pionera en Europa de incorporar la paridad a la legislación ordinaria, como ocurrió en Francia en 2000, Bélgica en 2002 o España en 2007. En este último caso, no sin reticencias iniciales; sin embargo, con el tiempo, ha resultado una cuestión consolidada.²

² Véase Molero (2018, pp. 347 y ss.).

Referencias

- Acuerdo INE/CG569/2020. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se da respuesta a la consulta formulada por Selene Lucía Vázquez Alatorre, ciudadana y aspirante a la candidatura de la gubernatura del estado de Michoacán por Morena, así como a las organizaciones “equilibra, centro para la justicia constitucional” y “Litiga, organización de litigio estratégico de derechos humanos”, relacionada con la emisión de criterios generales que garanticen el principio de paridad de género en la postulación de candidaturas a las gubernaturas en los procesos electorales locales 2020-2021. (2020). <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/115152/CG2ex202011-06-ap-1.pdf>
- Instituto Nacional Electoral. (2018). *Integración de la legislatura federal*. Integración de la Legislatura Federal - Igualdad de Género y No Discriminación (ine.mx)
- Molero Martín-Salas, María Pilar. (2018). Democracia paritaria y cuotas electorales. En María Martín Sánchez (dir.), *Estudio integral de la violencia de género: un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales* (pp. 347-376). Tirant lo Blanch.
- Saavedra Herrera, Camilo, y Cortez Salinas, Josafat. (2023). *¿Patear el balón o llenar el vacío?: el SUP-RAP-116/2020 y acumulados y la aplicación de la paridad en la renovación de las gubernaturas en 2021*. Justicia Electoral en Movimiento. https://justiciaelectoral.juridicas.unam.mx/sites/default/files/2023-06/Saavedra_SUP-RAP-116_2020.pdf
- Sentencia SUP-JDC-2729/2020. https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2020/JDC/2729/SUP_2020_JDC_2729-927357.pdf

Sentencia SUP-RAP-116/2020 y acumulados, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2020). https://www.te.gob.mx/media/pdf/SUP-RAP-116-2020-ENGROSE%20SGA_.pdf

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2023). *Boletín número 269/2020*. <https://www.te.gob.mx/front3/bulletins/detail/4035/0>

Omisiones legislativas inconstitucionales y derechos de la comunidad LGBTTTIQ+

Franciso Javier Díaz-Revorio

Introducción: dos casos acerca de los derechos políticos del colectivo LGBTTTIQ+

En este apartado se comentan dos sentencias de la Sala Superior en dos asuntos que tienen en común no solo el recurrente, sino el sentido general de la reclamación, consistente en que se declare la discriminación que las personas pertenecientes al colectivo lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti, *queer* y más (LGBTTTIQ+) sufrirían en el ejercicio de sus derechos políticos por la ausencia de regulación de medidas afirmativas que faciliten dicho ejercicio. A partir de ahí, conviene resumir de manera separada el objeto de cada uno de los casos, así como las resoluciones de la Sala Superior, para,

a continuación, proseguir el comentario general de la temática que se aborda.

El asunto SUP-JDC-1109/2021 parte del acuerdo INE/CG420/2021, por el que se aprobó —entre otras cuestiones— la convocatoria para designar consejerías del organismo público local electoral (OPLE) de Aguascalientes. Una vez firme esta convocatoria, el posteriormente recurrente alegó que esta suponía discriminación para el colectivo lésbico, gay, bisexual, transgénero, *queer* y más (LGBTQ+) y las personas no binarias, al no prever una fórmula para su acceso a dichas consejerías, con base en las llamadas *cuotas arcoíris*. El Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE) rechazó la petición mediante el acuerdo INE/CG623/2021, respecto al cual el recurrente interpuso un juicio ciudadano. La parte actora entendió que

la sola emisión de la convocatoria es insuficiente para lograr la igualdad de las personas LGBTQ y no binarias en el acceso a integración de los OPLES. Aduce que no se le negó el registro, sino que el contexto de discriminación al grupo LGBTQ+ difícilmente tendrá acceso real, porque la convocatoria tiene una visión cisgénero[.] [De este modo] la ausencia de acciones afirmativas vulnera sus derechos políticos, porque si bien participa en la convocatoria mixta, se impide la inscripción libre de personas no binarias. (Sentencia SUP-JDC-1109/2021)

La Sala Superior confirmó el acuerdo impugnado y desestimó la reclamación, básicamente por lo siguiente: 1) la convocatoria ya era firme, y 2) la persona actora ejercía su derecho a integrar autoridades electorales, porque concursaba en el proceso de selección y asignación de las consejerías del OPLE en Aguascalientes. Sin embargo, la Sala reconoce que

la convocatoria denominada “heteronormada”, si bien le permite participar y no le vulnera su derecho a integrar autoridades

electorales, no le impide participar de forma igualitaria respecto a los requisitos emitidos para el proceso de designación, ya que se invisibiliza su identidad no binaria al no nombrarlas. (Sentencia SUP-JDC-1109/2021)

Por lo anterior, entiende que “la inclusión de casillas no binarias es necesaria ya que con ellas se visibiliza y reconoce la identidad de género de las personas que concursan y permite que lo hagan acorde con su identidad” (Sentencia SUP-JDC-1109/2021) y establece, en consecuencia, que “deben incluirse esas casillas en las subsiguientes convocatorias a fin de preservar la identidad de quienes concursan en tales procesos” (Sentencia SUP-JDC-1109/2021). Además, destaca que “el INE puede implementar cuotas no binarias y trans o ponderar su inclusión con la paridad al designar consejerías de los OPLES” (Sentencia SUP-JDC-1109/2021). Acompaña a la decisión un voto particular concurrente de la magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso, que considera que

la sentencia debió irse más allá, con una visión progresista, a fin de contemplar que en el caso examinado, la implementación del tercer casillero no binario debía realizarse de manera inmediata, y pronunciarse en torno a que el reconocimiento de las personas no binarias y trans, no sólo debe reducirse a los procesos de integración de los organismos públicos electorales locales, sino hacerse extensivo a los concursos de ingreso al Servicio Profesional Electoral Nacional Electoral y cualquier otro que implique la participación general de la ciudadanía. (Sentencia SUP-JDC-1109/2021)

Por su parte, en el expediente SUP-JDC-951/2022, el recurrente reclama que el Tribunal reconozca la existencia de una omisión legislativa, por cuanto “el Congreso de la Unión ha sido omiso en expedir las normas constitucionales y legales que permitan a las personas pertenecientes a la comunidad LGBTTTIQ+, acceder y participar

en la vida democrática del país, en igualdad de condiciones” (Sentencia SUP-JDC-951/2022), ya que en definitiva no ha adoptado medidas de acción afirmativa que faciliten dicha participación.

En este caso, la Sala Superior dio, en esencia, la razón al recurrente, al reconocer la existencia de esa omisión legislativa, así como su competencia para señalar dicha omisión. Reconoció también la existencia de un interés legítimo en la parte actora, quien se autodescribe como persona no binaria, por lo que pertenece a la colectividad, cuyo interés difuso es protegido por la Constitución. En consecuencia, la sentencia ordena al Congreso de la Unión

que, en ejercicio de su soberanía y competencia, implemente las medidas legislativas que estime necesarias para garantizar los derechos político-electorales de las personas que integran la comunidad LGTTTIQ+, para que puedan ejercer derechos en igualdad de condiciones con los demás, conforme a sus obligaciones constitucionales e internacionales expuestas en la presente ejecutoria. (Sentencia SUP-JDC-951/2022)

Sin embargo, entiende que no cabe llegar tan lejos como pedía la parte actora en lo relativo a la concreción de los mecanismos, de manera que no procede “ordenar al Congreso de la Unión legislar para que las personas que integran la comunidad LGTTTIQ+ ocupen cargos públicos en determinados órganos o autoridades electorales” (Sentencia SUP-JDC-951/2022), dado que “el Poder Legislativo cuenta con la libertad para establecer las medidas para garantizar los derechos político-electorales de las personas de la diversidad sexual y de género, sin que haya una obligación de emitir medidas específicas determinadas” (Sentencia SUP-JDC-951/2022).

Esta sentencia contiene dos votos particulares que discrepan de la decisión, procedentes de la magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso y el magistrado José Luis Vargas Valdez, que coinciden en señalar

la improcedencia de la orden que la sentencia impone al Congreso de la Unión. La primera se centra en la incompetencia del Tribunal Electoral para imponer al Congreso de la Unión legislar sobre temas que no se encuentran expresamente en la Constitución, en el entendido de que las indicaciones que procedan solo podrían transmitirse, en su caso, a las autoridades propias de la materia. El segundo destaca que no existe en realidad una omisión legislativa inconstitucional, en la medida en que no hay un mandato constitucional concreto en la materia, por ello, afirma lo siguiente:

No advierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni los tratados internacionales que se invocan en la resolución, establezcan, de manera precisa, el deber del Congreso de la Unión de legislar en el sentido determinado de implementar medidas para garantizar que las personas de la comunidad LGBTTTIQ+ ocupen cargos de elección popular. (Sentencia SUP-JDC-951/2022)

El magistrado discrepante asume que ya está reconocido en el ordenamiento el derecho de todas las personas a ejercer en condiciones de igualdad sus derechos político-electorales y que no hay otros mandatos más específicos cuyo incumplimiento por el legislador pudieran señalarse.

La cuestión central es, por tanto, si el Congreso de la Unión ha incurrido en una omisión al no establecer acciones afirmativas para hacer efectivo el derecho de los miembros de la comunidad LGBTTTIQ+ a participar en los asuntos públicos.

El colectivo LGBTTTIQ+ y las acciones afirmativas

Los dos asuntos en examen tienen en común, por tanto, la cuestión fundamental de si de la Constitución o los tratados internacionales ratificados por México se deriva la obligación del establecimiento

de medidas de acción afirmativa para los miembros del colectivo LGBTTTIQ+. Solo en caso afirmativo procederá analizar las consecuencias de su falta de adopción, o bien sea por el legislador, o bien por las autoridades competentes en la materia. Por tanto, en este punto se hará referencia a la primera cuestión, y en el próximo a la relativa al concepto de omisión y sus consecuencias.

En la introducción de este libro ya se mencionaron las categorías aplicables del derecho antidiscriminatorio y cómo las medidas favorables para los colectivos que han sido objeto de arraigada discriminación se dividen tradicionalmente en medidas de acción afirmativa en sentido propio y medidas de discriminación inversa. Sin embargo, como ya se destacó, el Tribunal Electoral utiliza la expresión *acción afirmativa* en sentido amplio, que incluye las consideradas tradicionalmente como discriminación inversa y, en particular, las cuotas. En puridad, estas cobran un gran protagonismo en el caso de los derechos de la participación política de este colectivo; así, son el objeto de la primera de las sentencias comentadas y están presentes de forma destacada en la segunda resolución.

Lo que procede en este punto es analizar las peculiaridades de este colectivo, desde la perspectiva de su consideración como minoría, lo que será el presupuesto para, siempre que se juzgue que existe un mandato constitucional, estimar qué tipo de medidas son necesarias para facilitar su acceso a los cargos públicos.

Sin que sea posible llevar a cabo aquí un examen exhaustivo de esta compleja temática, cabe apuntar que el primer elemento apreciable es la heterogeneidad y las dificultades para la correcta delimitación. De hecho, podría decirse que se trata de un colectivo creciente. Incluso las siglas que lo definen varían en el tiempo y el espacio. Sin ir más lejos, en la primera de las sentencias comentadas se utiliza el término LGBTQ+, al que se añaden aparentemente las personas no binarias, mientras que en la segunda se prefieren las siglas más completas LGBTTTIQ+, que, por su mayor amplitud, se

adoptaron en este comentario. El origen de estas siglas puede ubicarse en las fórmulas más simples LGTB o LGBT.¹

En realidad, con mayor o menor extensión, estas siglas tratan de combinar un conjunto de términos que, en definitiva, derivan de dos conceptos que han evolucionado mucho recientemente. En primer lugar, el sentido del término *género* frente al más tradicional *sexo*. Este último solía considerarse un hecho biológico que, salvo en casos muy excepcionales, podía clasificarse simplemente en masculino y femenino. En cambio, el género, idea que nació en el seno del feminismo para destacar que los roles habitualmente impuestos a las mujeres no tienen que ver con su biología (Valcárcel, 2023) y que ha evolucionado para considerarse un constructo social, una condición que se desvincula de la biología para pasar a ser una característica que tendrá que ver con la autopercepción de una persona. Como esta y las propias circunstancias sociales son cambiantes, el mismo género puede ser fluido (Hynes, 2019) y sus modalidades pasan a ser tan variadas que prácticamente resulta inabarcable por más siglas que se añadan, y de ahí el signo + que suele acompañar a dichas siglas, o bien la preferencia que se da a veces al término *diversidad*. Aunque algunos autores cuestionan la utilización impropia o inadecuada del término (Lora, 2021, p. 19).

El segundo elemento imprescindible para entender el sentido de este colectivo es el relativo a los derechos a la orientación y a la identidad sexual, aunque este último tiende a entenderse como identidad de género tras la irrupción de este concepto. Los Principios de Yogyakarta de 2006 definen ambos derechos² —aunque

¹ Su significado, evolución y otras posibles derivaciones pueden encontrarse en la página de Wikipedia (<https://es.wikipedia.org/wiki/LGBT>).

² “La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de

estos principios carecen de valor jurídico— y asumen plenamente el concepto de género en el sentido analizado. En cualquier caso, en lo que aquí es relevante, la orientación sexual sería una manifestación de la más amplia libertad sexual, que permite llevar a cabo actos sexuales o abstenerse de hacerlo, de acuerdo con las preferencias de la persona y siempre que quienes participen lo hagan libremente. La idea de orientación sexual se centra en la posibilidad de elegir hacia quién orientar esas preferencias sexuales, ya sea hacia personas de un sexo (o género) determinado o ambos.

En cambio, el derecho a la identidad sexual y de género tiene que ver con la consideración personal desde esta perspectiva. Si se aprecia este derecho en el contexto sexual, puede implicar la posibilidad de modificar el propio cuerpo, mediante cirugía, hormonación u otras técnicas, para adaptarlo al sexo deseado. Desde el punto de vista del género, el derecho a la identidad consistiría simplemente en el respeto a la autopercepción que cada persona tenga de sí misma desde esta visión y a las consecuencias jurídicas correspondientes. Además, siendo el género una construcción social, esa autopercepción no tiene por qué limitarse a la dualidad masculino/femenino, sino que puede adoptar otras formas.

Por todo ello, la denominación LGBTTTIQ+, la consideración de personas no binarias u otras, reconoce un amplio espectro de posibilidades, pero mezcla perspectivas o ideas que son diferentes,

su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Principios de Yogyakarta, 2006).

como las de orientación/identidad y las de sexo/género. A efectos meramente ejemplificativos, se apuntará el sentido de cada uno de esos términos para, un poco más adelante, identificar las repercusiones que esto puede tener desde la perspectiva de sus derechos políticos.

Lesbianas son las mujeres que se sienten atraídas por otras mujeres, lo que supone su identificación como mujeres y su orientación homosexual.

Gais son los hombres que se sienten atraídos por otros hombres, lo que supone su identificación como hombres y su orientación homosexual.

Bisexuales son las personas —hombres, mujeres o no binarias— que se sienten atraídas por otras personas de diferentes sexos o géneros, lo que permite cualquier tipo de identificación sexual o de género y una orientación sexual amplia.

Transgéneros son las personas que se autoperciben con un género diferente a su sexo biológico o —como se suele señalar desde otras perspectivas que niegan la misma idea de sexo— diferente al género asignado al nacer. Esto implica una identificación de género, sea la que sea, diferente a la que se tuvo originariamente, lo que las diferencia de las personas cisgénero; esto es independiente de la cuestión de la orientación sexual.

Transexuales son las personas que modificaron su sexo biológico de forma física. Su identidad sexual (que, a su vez, podría coincidir o no con la de género) simplemente ha cambiado, y eso es independiente de su orientación sexual.

Travestis son las personas que adoptan comportamientos, vestimentas y expresiones que corresponden a un género distinto al suyo, y, por tanto, esto no implica alteración del género ni del sexo y es independiente de su orientación sexual.

Intersexuales son las personas que han nacido con características biológicas de ambos sexos, lo cual es una situación posible pero

excepcional. Aunque también puede haber personas intergénero, que se autoperciban como personas con características de ambos géneros. Aquí se estaría en casos cuya identidad sexual o de género no podría adscribirse a ninguno de los términos del binomio hombre/mujer, y ello con independencia de la orientación sexual.

Queer hace referencia a que el género puede cambiar y ser fluido, y puede aludir a personas que no se autoadscriben a un género determinado (distinto a quienes son intergénero que se autoperciben con características de ambos) o que entienden que el género puede cambiar, lo cual es plenamente coherente con la concepción que se mencionó del género como una construcción social y, por supuesto, es compatible con cualquier tipo de orientación sexual.³

Más allá de lo anterior, el signo + suele añadirse para poder incluir a cualquier persona que no se sienta identificada con alguna de las características descritas, aunque en el entendido de que quedarían excluidas las personas cisgénero, pues, de lo contrario, esta minoría abarcaría a toda la población. Cabe aquí pensar en personas que rechazan el género y no se identifican con ninguno de los géneros si no están incluidos en la categoría *queer*; se trataría de personas cuya identificación de género es inexistente y su orientación sexual podría ser cualquiera.

Distinto es el caso de las personas asexuales, que se caracterizan porque carecen de atracción sexual hacia otras personas, y, por tanto, de orientación sexual; además, su identidad sexual o de género puede ser cualquiera. En este caso, a veces se utilizan las siglas LGBTI, pero, al no estar muy implantadas, en todo caso estarían incluidas en el colectivo en virtud del signo +.

Se trata, en consecuencia, de un colectivo heterogéneo y muy amplio, hasta cierto punto inabarcable si se incluyen otras

³ Véase, por ejemplo, Ahmed (2019).

categorías, y, por ello, a veces se prefiere hacer referencia a la idea de diversidad.⁴

Procede también aclarar que a veces se añade a ese colectivo el de las personas no binarias, pero, en puridad, estas no parecen quedar fuera del colectivo, tal como se explicó, dado que podrían formar parte de las categorías intergénero o *queer*, aparte del mencionado significado del signo +. Sin embargo, también es importante destacar que no todas las personas pertenecientes al colectivo *queer* son no binarias, lo cual es muy relevante al momento de analizar sus derechos políticos.

Desde la concepción de los derechos que aquí interesa, la idea primordial es que todas las personas pertenecientes al colectivo deben poder ejercer todos los derechos fundamentales en condiciones de igualdad (Peña, 2018). Eso implica que no deben sufrir ningún tipo de discriminación. Cuestión más compleja es en qué supuestos y con qué intensidad deben ser objeto de medidas de acción afirmativa en el sentido más amplio. Dada la constatada historia de preterición, subordinación y marginación, estas medidas pueden ser convenientes o necesarias, pero, teniendo en cuenta la heterogeneidad del colectivo, hay que valorar en qué casos y con qué intensidad proceden, para lo cual se debe considerar cuándo existen dificultades que impidan el ejercicio efectivo de ciertos derechos y qué personas o subgrupos del colectivo se ven afectados por esos

⁴ Véase la entrada "LGBT" en la página de Wikipedia (<https://es.wikipedia.org/wiki/LGBT>) en la que, con cita de fuentes, se señala: "También se ha comenzado a utilizar la palabra «diversidad» para referirse a todas las orientaciones sexuales, tipos de relación erótica e identidades de género, adoptadas libremente y discriminadas legal o moralmente, sin limitarse a aquellas referidas por las letras de la sigla, como el BDSM y el kink, las prácticas swinger, los diferentes fetichismos, la estética leather, los osos, la pansexualidad, el poliamor, la infidelidad unilateral consentida (*cuckolding*), etc.". Aunque no parece que todas estas categorías tengan que entenderse incluidas, en los términos jurídicos que interesan aquí, en el colectivo.

obstáculos. De todos modos, no es difícil aceptar la condición de minoría de este grupo.

Derechos de representación del colectivo LGBTTTIQ+ y las personas no binarias

Una vez analizado el significado del colectivo LGBTTTIQ+ y su posición desde la perspectiva de los derechos fundamentales, tiene interés examinar específicamente esta posición desde los derechos de participación política. Si se centran estos derechos en el sufragio activo, como acceso y ejercicio de cargos de elección popular, y el acceso a otros puestos públicos, es posible constatar que, en principio y con las peculiaridades que ahora se dirán, ninguna de las personas pertenecientes a este colectivo queda excluida jurídicamente de ninguno de estos derechos, y eso ni siquiera se ha planteado en los casos en examen. Sin embargo, la cuestión es —como suele suceder en muchos supuestos relacionados con las minorías— si existen dificultades u obstáculos fácticos que impidan el ejercicio real de alguno de estos derechos. Parece que la respuesta a esta pregunta requiere un nuevo desglose.

En primer lugar, en lo relativo al derecho al voto, no solo no parece que exista discriminación, sino tampoco impedimentos fácticos relevantes; más bien, esto se refiere al acceso a cargos y funciones públicos. No obstante, aun en este ámbito, cabe distinguir las posibles dificultades reales que pueden afectar —con mayor o menor intensidad— a todos o parte de quienes integran los diversos subgrupos de este colectivo de aquellas otras que tienen que ver con la preexistencia de cuotas de género en el acceso a determinados cargos —sean o no representativos—, lo cual perjudicaría exclusivamente a aquellas personas que se pudieran ver vulneradas por la no integración en alguna de esas cuotas.

En cuanto a lo primero, si se constata tal dificultad generalizada, los poderes públicos deben tratar de corregirla, aunque las concretas medidas que deban adoptar dependerán de la exigencia de mandatos constitucionales o internacionales más o menos específicos, así como de la discrecionalidad que los distintos poderes tengan al valorar cuándo y cómo han de aplicarse esas medidas concretas. A ello se hará referencia en el siguiente punto, pues tiene que ver con la constatación de si existe realmente una omisión inconstitucional.

En lo que atañe al segundo aspecto, hay que insistir en que es una consecuencia de la preexistencia de otras cuotas, y, por tanto, esto no afecta en absoluto al sufragio activo (que todas las personas pueden ejercer, pues no depende para nada de la identificación del género), sino al pasivo o al acceso a cargos en los que existe una cuota de género. Por supuesto, no es posible que ninguna cuota se interprete en el sentido de que pueda privar del derecho a ninguna persona, aun cuando esta sea no binaria; sin embargo, la cuestión es en qué cupo o cuota deben considerarse las personas pertenecientes al colectivo en examen. En algunos casos, esto está claro: las lesbianas son mujeres, los gais son hombres, las personas bisexuales serán habitualmente hombres o mujeres, y los trans, en general, tienen un género definido de acuerdo con la legislación, de acuerdo con el cual podrán ejercer estos derechos formando parte del cupo o cuota a la que corresponda. En consecuencia, las dudas vendrían en el caso de las personas intersexuales o intergénero, así como de las personas de género fluido o no binarias; en tales casos, podrían plantearse dificultades para entender en qué cupo o cuota pueden incardinarse. Si se entiende que la cuota de género es un instrumento para favorecer la participación de las mujeres, debido a que esas personas no lo son o no se identifican de tal modo, entonces podrían participar, pero en principio no en el cupo o cuota reservado a las mujeres. Todo ello, salvo que se implante una cuota arcoíris, como

parece derivarse en varios ámbitos de la propia jurisprudencia del TEPJF; tal cuota tendría, obviamente, sus propias pautas.

Pero aquí surge una nueva cuestión: si efectivamente se implanta una cuota arcoíris, entonces se presentarían dudas sobre en qué cupo o cuota habrían de ubicarse aquellas personas que, pudiendo entenderse sin duda integradas en el colectivo LGBTTTIQ+, además son o se autoperciben como hombres o mujeres. Esto afecta, en principio, a las lesbianas, los gais, los bisexuales y a todas las personas trans (salvo que a la vez sean no binarios, intersexuales, intergénero o *queer*). Estas personas podrían formar parte indistintamente de dos cupos (el de hombre o mujer, según se trate, y el del colectivo LGBTTTIQ+). Para evitar la inseguridad que ello provocaría, sería más procedente que, en el caso de establecer una cuota arcoíris, se especifique en qué cupo deben computarse las personas que forman parte de ese colectivo y también podrían incorporarse a diferentes cuotas específicas. Esto también es aplicable, desde luego, a otras posibles cuotas.

Aparte de lo anterior, tampoco puede dejarse de lado el importante factor de inseguridad jurídica que introduce la noción de género en el sentido explicado, como circunstancia que depende solo de la autopercepción y que, además, puede cambiar con mayor o menor asiduidad, a la hora de aplicar las distintas cuotas que al parecer se van imponiendo en el ámbito de la representación política.

Omisiones inconstitucionales: conceptualización, constatación y vías de reparación

En cualquier caso, como ya se ha señalado, si de cierta manera existe alguna obligación para los poderes públicos de llevar a cabo acciones afirmativas, con mayor o menor alcance, la ausencia de estas podría considerarse una omisión inconstitucional. En el primero de los casos en examen, la Sala Superior, a pesar de desestimar la reclamación del recurrente por los motivos que se apuntaron, reconoce que el INE deberá adoptar medidas en el futuro para las convocatorias para el acceso al concreto cargo público sobre el que versaba la reclamación (consejerías del OPLE de Aguascalientes) y establece específicamente la necesidad de implantar para tal efecto la llamada cuota arcoíris. En el segundo caso, de mucho mayor calado, se señala la omisión inconstitucional cometida por el Congreso de la Unión al no establecer acciones afirmativas para el acceso a los cargos de elección popular, y, aunque el Tribunal se abstiene expresamente de señalar concretamente cuáles han de ser esas medidas, en varios pasajes se mencionan las cuotas como posibles mecanismos para ese acceso.

Sin embargo, en cualquiera de los casos es preciso, en primer lugar, constatar la existencia de la omisión. No es posible en este trabajo extenderse en la conceptualización de las omisiones legislativas y su clasificación en absolutas y relativas;⁵ baste decir que, para que exista una omisión (a diferencia de una laguna, que puede ser toda ausencia de regulación de un tema), debe constatararse un mandato constitucional claro, así como el incumplimiento de dicho mandato por los órganos o poderes llamados a hacerlo. Por lo demás, si

⁵ A ello, quien suscribe ha dedicado varios trabajos. Véase Díaz-Revorio (2001, 2021).

dicho órgano efectivamente incurrió en una omisión inconstitucional (o inconventional), se plantea la cuestión de las medidas para repararla, ninguna de las cuales está exenta de problemas, sobre todo teniendo en cuenta los límites de la función jurisdiccional en un Estado de derecho, basado en el principio de separación de poderes.

Desde esta perspectiva, las decisiones del Tribunal Electoral ahora en examen pueden plantear algunas interrogantes o ser susceptibles de cuestionamiento. En primer lugar, porque, como se ha dicho, esto supone un mandato constitucional claro. En México, eso lo ha afirmado la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), como ya recordaba el voto particular del magistrado José Luis Vargas Valdez en la segunda de las sentencias comentadas; la SCJN señala que

sólo habrá una omisión legislativa propiamente dicha cuando exista un mandato constitucional que establezca de manera precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa obligación haya sido incumplida total o parcialmente. (Tesis 1a. XX/2018 [10a.], citada en SUP-JDC-951/2022)

Pues bien, en este caso las menciones constitucionales (o incluso convencionales) a la materia no parecen ser lo suficientemente específicas como para entender que exijan medidas concretas de actuación positiva. Otra cosa es que, obviamente, las permitan si se consideran necesarias y proporcionadas. Mucho más dudoso es que exigen algo tan concreto como el establecimiento de cuotas, como señala la Sala Superior, para el futuro, en el primero de los casos en examen, y se sugieren, en el segundo.

En rigor, el fundamento de la exigencia que convierte en inconstitucional la inactuación del legislador (o que obliga a la actuación inmediata del INE) son los artículos 1 y 35, fracciones I, II, III y VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y, en el

ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el numeral 23 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 5 y 9 de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Sin embargo, más allá de la prohibición de toda discriminación y la proclamación de la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos, estos preceptos no parecen exigir medidas concretas cuya inexistencia hiciera inconstitucional la mera falta de actuación. Así lo apuntan los votos particulares de la segunda sentencia en examen. Al menos eso parece difícil de afirmar con carácter general, como se deduce del análisis específico de cada categoría que se realizó anteriormente.

Además de lo mencionado, hay que apuntar que, aunque existiera tal omisión, permanece la cuestión de si el actuar del INE es idóneo para repararla a falta de actuación legislativa, pues la materia, debido a que afecta derechos ciudadanos, podría requerir una reserva de ley para su regulación. Y señalar, ante tal omisión, cuáles serían las posibilidades del Tribunal, incluso suponiendo que, como parece, el Congreso no cumpliera la sentencia del propio TEPJF, o al menos no con la intensidad que este requiere.

Reflexiones finales

Las sentencias en estudio suponen dos casos muy relevantes que permiten plantear cuestiones medulares en el ámbito del derecho antidiscriminatorio, en lo que atañe a un colectivo creciente, cambiante y de perfiles no siempre precisos, el cual plantea cuestiones complejas desde tiempos muy recientes.

El Tribunal Electoral parece haber asumido de forma inequívoca una posición defensora de los derechos de las personas pertenecientes a este colectivo, y ello merece, sin duda, una valoración muy

positiva, ya que desde aquí se comparte inequívocamente esa posición. Pero, por un lado, su argumentación plantea algunos puntos dudosos y, por otro, dejan de plantearse otras cuestiones relevantes que quizá no deberían haber quedado rezagadas.

Respecto a lo primero, como se ha puesto de relieve y señalan los votos particulares de la segunda de las sentencias, no es fácil precisar las consecuencias de mandatos constitucionales muy genéricos o incluso implícitos, en especial cuando su destinatario es el legislador democrático. Es verdad que la exasperante inacción de este ante algunos problemas acuciantes de los derechos que requieren su respuesta empuja al Tribunal a adoptar a veces posiciones de cierto activismo, pero, en términos del rigor de la argumentación, algunas decisiones plantean inquietudes en la medida en que se echa de menos un mayor esfuerzo de justificación de la exigencia de las disposiciones, que, además, debe venir acompañada del respeto a la posición del legislador. Es verdad que en la segunda de las sentencias el Tribunal prefiere no concretar las medidas que ha de adoptar el legislador, pero, en todo caso, da pautas relativamente concretas y, ante la posterior inactuación o actuación insuficiente del legislador, finalmente su posición suele terminar por ser sustituida por el Tribunal o por el INE bajo las pautas de este.

Acerca de la segunda cuestión, el respeto escrupuloso de todos los derechos de las personas que integran el colectivo LGBTTIQ+ debe venir acompañado de un esfuerzo por resolver las diversas cuestiones de seguridad jurídica que se plantean con la asunción total y acrítica de cierta idea de género que permite que la adscripción a cualquiera de ellos, o a ninguno, se lleve a cabo con la mera auto-proclamación, lo que implica no pocas consecuencias a las que hay que dar respuesta, no solo por las aludidas razones de seguridad jurídica, sino también en defensa de los derechos de las mujeres que tanto ha costado conquistar.

En fin, como ya se dijo en la introducción, la tendencia a la implantación de todo tipo de cuotas en la representación política plantea problemas de fragmentación del órgano representativo, además de los propios de seguridad jurídica, por la posibilidad de solapamiento entre distintas cuotas, cuya solución es compleja.

Referencias

- Ahmed, Sara. (2019). *Fenomenología queer: orientaciones, objetos, otros*. Bellaterra.
- Díaz-Revorio, Francisco Javier. (2001). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 61, 81-130.
- Díaz-Revorio, Francisco Javier. (2021). Omisiones legislativas y derechos fundamentales. En Gianluca Famiglietti y Silvia Romboli (dirs.), *Justicia constitucional y protección de derechos. Reflexiones en torno al encuentro del CAF 2020* (189-211). Università di Pisa; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Hynes, Sally. (2019). *¿Es fluido el género?* Blume.
- Lora del Toro, Pablo de. (2021). *El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo*. Alianza Editorial.
- Peña Díaz, Francisco de Asís. (2018). *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Principios de Yogyakarta. (2006). <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>
- Sentencia SUP-JDC-1109/2021.
- Sentencia SUP-JDC-951/2022.
- Valcárcel, Amelia. (2023). *La civilización feminista*. La Esfera de los Libros.

Omisiones legislativas y acciones afirmativas para personas con discapacidad

Franciso Javier Díaz-Revorio

Introducción y hechos del caso

Este caso se trata de una demanda en juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, frente a la sentencia del Tribunal Electoral Estatal de Hidalgo del 19 de septiembre de 2019, por la cual determinó que el Congreso del Estado Libre y Soberano de Hidalgo no incurrió en omisión legislativa al no establecer acciones afirmativas para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio pleno y en condiciones de igualdad de sus derechos político-electorales.

Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial (TEPJF) revocó, mediante

la sentencia en examen, la resolución del tribunal estatal. La petición del recurrente era

establecer en las diversas legislaciones que contemplan la elección de cargos públicos, ya sea por voto popular, designación directa, concurso o demás, de las acciones afirmativas o medidas compensatorias que garanticen que las personas con discapacidad podamos ser postulados como candidatos, o bien, designados a un cargo público, bajo el sistema de cuotas, garantizando de esta forma el derecho de representación y participación política en igualdad de condiciones. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

La Sala Superior consideró que la existente Ley Integral para las Personas con Discapacidad del Estado de Hidalgo resultaba insuficiente para cumplir la obligación que tiene el Estado mexicano (en concreto el Congreso de Hidalgo) de garantizar el derecho a ser votado en igualdad de circunstancias, porque dicha ley no contiene acciones afirmativas. Como se tendrá ocasión de comentar con más detalle, la Sala entiende que este tipo de medidas derivan de los mandatos constitucionales, pero, sobre todo, de las obligaciones internacionales contraídas por México en materia de integración de las personas con discapacidad.

En consecuencia, la Sala Superior

vincula al Congreso del Estado de Hidalgo, a fin de que lleve a cabo las acciones necesarias para contemplar en la ley acciones afirmativas para la postulación a cargos de elección popular a favor de las personas con discapacidad, aplicables a partir del proceso electoral ordinario posterior al que inicia en diciembre del año en curso, así como acciones afirmativas que garanticen que las personas con discapacidad sean integradas en cargos públicos. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

Añade la sentencia en examen:

Si el Congreso del Estado no cumple oportunamente el deber impuesto, a fin de garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en el proceso electoral ordinario posterior al que empezará en diciembre de este año, el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Hidalgo queda vinculado a diseñar los lineamientos respectivos, a partir del procedimiento de consulta previsto en el artículo 4.3 de la Convención de la ONU. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

Hay, por tanto, la constatación de una omisión legislativa, acompañada del establecimiento de un plazo implícito, y de medidas subsidiarias para el caso de incumplimiento del mandato derivado de la propia sentencia. Todo ello plantea importantes cuestiones relacionadas con el concepto de acciones afirmativas y su ubicación en el marco del llamado derecho antidiscriminatorio, así como en lo relativo al propio concepto de omisión legislativa.

A todo ello se van a dedicar las siguientes páginas, pero conviene añadir que la reclamación contiene también una segunda petición, que, sin embargo, es desestimada por la Sala Superior. El reclamante señala que

en la sesión pública de deliberación, así como en la sentencia impugnada se argumentó que las cuotas para personas con discapacidad no son pertinentes dado que podría ocurrir que esas personas sean acosadas por los partidos políticos a fin de que ocupen las candidaturas. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

Además, considera que ello es un agravio para las personas con discapacidad, y, en consecuencia, “solicita se ordene la implementación de medidas de prevención, capacitación y sensibilización para erradicar esa forma de pensar” (Sentencia SUP-JDC-1282/2019), destinadas a los administradores de justicia.

Sin embargo, en este caso la Sala, aun recalcando la relevancia del lenguaje que utilizan las autoridades electorales, entiende que

si bien las expresiones impugnadas merecen atención puesto que podrían obedecer a la esencialización de las personas con discapacidad al considerar que se les debe “proteger” de los partidos políticos, lo cierto es que en tales expresiones no se advierte que exista discriminación ni algún tipo de mensaje que merezca reproche jurídico. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

Lo anterior, porque el lenguaje discriminatorio implica la presencia de “expresiones ofensivas” que resultan “absolutamente vejatorias” (Sentencia SUP-JDC-1282/2019).

Quien suscribe está de acuerdo con la apreciación de la Sala Superior en este aspecto. La cuestión permitiría profundizar en asuntos muy relevantes como en qué medida la utilización de cierto lenguaje por un tribunal (o por otra institución pública) puede llegar a lesionar los derechos fundamentales de algunas personas. Desde luego, en estos supuestos no cabe, a juicio de quien suscribe, una equiparación de los principios y las reglas que rigen la libertad de expresión, ya que una sentencia o cualquier resolución de una institución pública tiene unos requisitos adicionales vinculados a la función que esta cumple en un Estado de derecho. Cuestión diferente, aunque también polémica en cuanto a la fijación de sus contornos, es la relativa a la libertad de expresión de un juez fuera del ámbito de las resoluciones judiciales. En todo caso, parece que, más allá de la alegación del recurrente, el presente caso no es un ejemplo de esa eventual extralimitación lesiva de derechos. Por ello, no se centrará más en este aspecto, sino en la cuestión medular que aborda la sentencia en examen.

Igualdad, dignidad y discapacidad

En la introducción a esta obra se hizo referencia con más detalle a la evolución del concepto de igualdad y a los parámetros fundamentales del nascente derecho antidiscriminatorio. Respecto a estas cuestiones se remite a lo allí dicho.

Ahora cabe señalar que, si en la actualidad la idea de no subordinación está en la base del concepto de igualdad (Esparza, 2018), todo lo relacionado con el derecho antidiscriminatorio es aplicable a este colectivo. Las personas con discapacidad forman parte de un grupo que cumple todos los requisitos para ser considerado una minoría en el sentido visto. Hay una historia de preterición y dificultades especiales para la integración social y profesional de las personas con discapacidad.

Aunque el colectivo es muy heterogéneo, ya que forman parte personas con diferentes tipos de discapacidad (física, intelectual, psíquica, entre otras), las características apuntadas constituyen los elementos comunes y definidores de esta minoría.

Desde luego, la evolución de la consideración jurídica de este colectivo ha sido larga y compleja, habiendo cambiado desde la terminología hasta las concepciones dominantes. Así se tiene la reciente reforma constitucional en España que ha modificado el artículo 49, a fin de sustituir la obsoleta referencia a “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” por la de “personas con discapacidad”, pero también para actualizar el enfoque. Este ha pasado en general de un planteamiento o modelo médico, que parte de la consideración de la persona individual y de su discapacidad como algo por “curar”, a un modelo social o contextual, que considera los cambios o adaptaciones necesarios en el entorno para conseguir la plena autonomía e integración de las personas con discapacidad (Rey, 2019, p. 275).

También es apreciable la evolución en el tratamiento de la cuestión desde el punto de vista de la discriminación en los textos

constitucionales e internacionales. En los textos más antiguos no solía mencionarse la discapacidad como categoría específica de prohibición de discriminación, y, así, no se menciona expresamente ni en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ni en el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ni siquiera en 1978 la Constitución española lo cita entre las categorías expresamente recogidas en el artículo 14. Aunque en todos estos casos la discriminación en razón de discapacidad puede entenderse incluida sin problemas en la referencia genérica a “cualquier otra condición”, lo cierto es que esta omisión da la idea del tardío protagonismo que ha ocupado la discapacidad en el ámbito de la igualdad.

En efecto, en textos posteriores sí se va a recoger expresamente la mención a la discapacidad, que se puede encontrar, por ejemplo, en el artículo 1, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tras su reforma de 2011, o bien en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, redactada en el año 2000.

En cualquier caso, lo importante es destacar que las categorías y los parámetros del derecho antidiscriminatorio son plenamente aplicables al ámbito de la discapacidad, que hoy constituye uno de los apartados de la “parte especial” de esta rama de la ciencia jurídica (Rey, 2019, p. 273). En algunos supuestos, precisamente la discapacidad es uno de los aspectos que ostenta un mayor protagonismo en determinados tipos de discriminaciones, como es el caso de la discriminación por asociación, que pueden sufrir personas no discapacitadas por su vinculación estrecha con otras que sí tienen alguna discapacidad.¹

¹ Véase, por ejemplo, Ridaura (2022, p. 180).

Sin embargo, lo anterior no es óbice para destacar la importancia que en este ámbito tiene el valor de la dignidad. Este no es solo el fundamento de todos los derechos, sino que tiene una función primordial, especialmente en el ámbito de las “categorías sospechosas” de discriminación (Díaz-Revorio, 2015, p. 129), que lleva a entender prohibida la discriminación en este ámbito también en las relaciones entre particulares. Por eso, el tratamiento de la discapacidad debe afrontarse también desde la perspectiva de la dignidad (Belda, 2019), que, sin merma de la utilización de las categorías del derecho antidiscriminatorio, tendrá una tarea esencial en la determinación del tratamiento social y jurídico de las personas con discapacidad.

Acciones afirmativas a favor de personas con discapacidad

Siendo aplicables al ámbito de la discapacidad los parámetros básicos del derecho antidiscriminatorio, procede dar por reproducido aquí lo que se ha explicado en la introducción respecto a la diferencia entre acciones afirmativas en sentido estricto y medidas de discriminación inversa o positiva. Aunque habitualmente, sobre todo en México, se prefiera un uso amplio de la expresión *acción afirmativa*, lo cierto es que la distinción es relevante y el uso aparentemente genérico que da a esta expresión la sentencia en examen puede ser fuente de confusiones.

Desde luego, como ya se dijo, tanto unas como otras pueden tener cabida, y serían, en principio, aplicables al ámbito de la discapacidad, pero en todo caso no están exentas de un examen de constitucionalidad y convencionalidad, que será tanto más estricto si afectan de forma más intensa a derechos de personas concretas que puedan resultar perjudicadas con la medida.

Dicho lo anterior, precisamente por la especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad y por las dificultades que a veces

parecen insalvables para su integración en la vida social y en el ámbito laboral y profesional, en general este colectivo ha sido objeto, antes que otros, de medidas de discriminación inversa en sentido estricto, como las cuotas, en particular de cara al acceso a la función pública. Así, mientras que, a fin de su integración laboral en el ámbito de las empresas privadas, lo más utilizado son medidas de acción positiva en sentido propio, como bonificaciones o descuentos fiscales o de seguridad social, por su parte, para el acceso a la función pública, diversos estados han impuesto cuotas en sentido estricto. En ocasiones, estas medidas han sido objeto de enjuiciamiento judicial, pero, en general, los tribunales tienden a admitir su constitucionalidad, sometida a la superación de un juicio de razonabilidad. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC 269/1994, del 3 de octubre, reconoció la constitucionalidad de este tipo de cuotas, afirmando que

la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar. (<https://www.boe.es/boe/dias/1994/11/08/pdfs/T00043-00048.pdf>)

Sin embargo, mucho menos frecuente es la implantación de este tipo de cuotas en el ámbito del acceso a cargos públicos representativos, esto es, en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo.

Por lo demás, hasta ahora solo se ha planteado el tema desde la perspectiva de la licitud constitucional de este tipo de medidas, es

decir, de su admisibilidad o posibilidad. Sin embargo, en la proporción en que las acciones afirmativas (o las medidas de discriminación inversa en el sentido señalado) responden a la idea de igualdad real o material, cuya búsqueda supone un mandato para los poderes públicos, cabe preguntarse si estas pueden considerarse obligatorias en determinados supuestos, con lo cual resulta, entonces, inconstitucional no su eventual adopción, sino la ausencia de esta. Este es, como ya se ha descrito, el supuesto analizado en la sentencia en examen, pero su estudio requiere previamente acudir a la idea de omisiones legislativas inconstitucionales o inconvencionales.

¿Realmente es una omisión la ausencia de cuotas?

Como ya se refirió, en la sentencia en examen la Sala Superior consideró que existe una omisión legislativa contraria a la Constitución y a los tratados internacionales aplicables; ello, en la medida en que la legislación existente en Hidalgo no resulta suficiente, de cara al cumplimiento de estos mandatos,

toda vez que en la ley local no están previstas acciones afirmativas para revertir escenarios de desigualdad histórica y de facto, que enfrentan las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos político-electorales, con el objetivo de hacer realidad la igualdad material y, por tanto, compensar o remediar la situación de invisibilidad, injusticia, desventaja y discriminación. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

Dando por reproducido lo ya explicado en el capítulo “Omisiones legislativas inconstitucionales y derechos de la comunidad LGBTTIQ+” de esta obra respecto a otro supuesto de omisión inconstitucional, es posible centrarse en el análisis de este caso. Para llegar a la conclusión

de la inconstitucionalidad o inconventionalidad de la omisión, es necesario, en primer lugar, afirmar la existencia de una obligación derivada de la Constitución o de los tratados internacionales; y, en segundo lugar, constatar que los obligados al cumplimiento de dicho mandato no lo han hecho o lo han hecho de forma insuficiente. Todo ello, además, teniendo en cuenta que si la obligación es genérica y admite diversos modos de ser interpretada o cumplida, el Poder Judicial debe respetar el margen de decisión y discrecionalidad de los poderes políticos concernidos directamente por el mandato constitucional o convencional, sin que sea posible que en tal caso la falta de actuación de dichos poderes sea sustituida por el Poder Judicial, que carece de dicho margen de discrecionalidad y ha de limitarse a señalar las consecuencias de esa omisión.

En el caso en examen, el Tribunal, además de recordar su jurisprudencia respecto a acciones afirmativas, trata de justificar la existencia de una omisión producida precisamente por la falta de adopción de medidas de ese tipo por parte del Congreso de Hidalgo. Y aunque la inconcreción terminológica puede generar ciertas dudas, parece que, en definitiva, el Tribunal está requiriendo medidas de discriminación inversa en sentido propio (aunque este término no es nunca usado por el Tribunal), de las cuales las cuotas serían el ejemplo paradigmático.

Sin embargo, en este razonamiento están los puntos más susceptibles de debate de esta sentencia, los cuales serían, en la opinión de quien suscribe, las dificultades para encontrar un mandato específico de adopción de medidas de acción afirmativa; el salto lógico que se produce al momento de concretar dichas medidas, y las dudas en la constatación de la falta de cumplimiento de esos mandatos por parte del Congreso de Hidalgo.

Inconcreción del mandato específico

A pesar del extenso razonamiento del Tribunal, en realidad las referencias al mandato constitucional del que deriva la necesidad de acciones afirmativas es el principio de igualdad real o material y la referencia al artículo 1; sin embargo, este contiene una prohibición de discriminación de la que difícilmente pueden derivarse mandatos de actuación tan concretos.

La referencia del primer artículo de la norma suprema a los tratados internacionales da pie a un análisis de las obligaciones derivadas de las convenciones aplicables en materia de discapacidad, que son, más allá de otras referencias muy genéricas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. No obstante, más allá de la proclamación genérica del Tribunal en el sentido de que

existen obligaciones internacionales que se hacen cargo de que el reconocimiento formal y neutral de los derechos político-electorales no alcanza para hacerlos realidad, cuando, justamente, la aspiración de cualquier régimen democrático es que los derechos se materialicen en los proyectos de vida de las personas. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

En realidad, el análisis específico de los artículos que se mencionan no parece imponer obligaciones concretas en el sentido de medidas de acción afirmativa, salvo que este término se entienda en el sentido amplísimo que abarque cualquier medida de fomento o favorecimiento del ejercicio de los derechos, en ese caso resultaría difícil sostener que dicho tipo de medidas no existen ya en la Ley Integral de Hidalgo.

Para no extenderse en un análisis minucioso que demuestre esta afirmación, es posible quedarse con el que, sin duda, es el más específico de todos los artículos que menciona el Tribunal: el artículo 29 de la citada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dedicado monográficamente a la participación en la vida política y pública. No obstante, una lectura atenta de este precepto lleva a la conclusión de que, más allá del compromiso de los estados en el sentido de “asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás”, contiene una serie de pautas específicas que van más bien orientadas a la facilitación del ejercicio del derecho al sufragio activo, y respecto al pasivo la única mención consiste en señalar que “a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública” (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). El propio Tribunal determina en su sentencia que ello

incluye el derecho y la posibilidad de que las personas con discapacidad sean electas, lo que implica la protección del derecho a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública en todos los niveles de gobierno. (Sentencia SUP-JDC-1282/2019)

En realidad, nada de esto supone la imposición de medidas de acción afirmativa, dado que estas implican, como ya se explicó, concretas ventajas o tratos más favorables a las personas pertenecientes a este colectivo. Este tipo de trato siempre será posible, pero no cabe decir que venga como tal impuesto en los parámetros que el TEPJF utiliza para señalar la existencia de la omisión.

Salto lógico al concretar las medidas

De lo anterior se deduce que las obligaciones internacionales en la materia son lo suficientemente genéricas como para que no se pueda afirmar categóricamente que requieren de forma necesaria e inequívoca medidas de acción afirmativa. Por lo demás, aunque el Tribunal no afirma explícitamente qué tipos de medidas deberían imponerse, lo cierto es que parece decantarse por una preferencia por medidas de discriminación positiva o inversa. Así, son varias las referencias explícitas a las cuotas, como, por ejemplo, cuando se señala que “la implementación de cuotas electorales como acciones afirmativas a favor de las personas con discapacidad se constituye como una de las posibles respuestas a la enorme desigualdad que les afecta” (Sentencia SUP-JDC-1282/2019), o recuerda que “la figura más conocida de las acciones afirmativas son las políticas de cuotas o cupos” (Sentencia SUP-JDC-1282/2019).

Por tanto, aunque el TEPJF no dice explícitamente que esa sea la medida que el legislador de Hidalgo debe adoptar, hay un notorio esfuerzo de especificación de las medidas que este debe acoger, con lo cual se produce, hasta cierto punto, un doble salto lógico. En primer lugar, el que va de la afirmación de que “las acciones afirmativas establecidas en favor de tales grupos sociales tienen sustento constitucional y convencional en el principio de igualdad material” (Sentencia SUP-JDC-1282/2019) a señalar que este tipo de acciones son una obligación cuyo cumplimiento imperfecto o incompleto genera una inconstitucionalidad. En segundo lugar, el que va de una serie de proclamaciones genéricas y ambiguas en la Constitución y en los tratados a la concreción de un elenco de medidas dentro de las cuales parece que necesariamente debe elegir el legislador.

Incumplimiento por parte de la entidad federativa de Hidalgo

En este caso, no puede hablarse de un incumplimiento total, pero sí de un incumplimiento parcial, en la medida en que la Ley Integral para las Personas con Discapacidad del Estado de Hidalgo no contiene, a juicio del Tribunal, medidas de acción afirmativa. Desde luego, esto es un punto opinable, pues, aunque la ley contiene un capítulo XI dedicado monográficamente a los derechos políticos, respecto al sufragio pasivo apenas contiene una proclamación del reconocimiento de este derecho para las personas con discapacidad. Podría considerarse que esta es insuficiente para hacer efectivo el derecho, ante la constatación de la muy escasa presencia real de personas con discapacidad en cargos públicos representativos; no obstante, como ya se ha demostrado, también son genéricos y ambiguos los preceptos que sirven de fundamento a la obligación legal. Lo anterior lleva al problema de la dificultad para concretar el contenido de mandatos inequívocos, pero muy ambiguos, cuando no lo hace el legislador que debe ser el destinatario directo de dichos mandatos. Esto es, a juicio de quien suscribe, el verdadero núcleo del caso en análisis.

Reflexiones finales

La sentencia en examen constituye un intento loable de solventar la deficiencia de las medidas de un legislador estatal para hacer efectivo el derecho de las personas con discapacidad a acceder a cargos públicos representativos y ejercerlos. La insuficiencia de las disposiciones se constata con el análisis de la escasísima presencia de personas con discapacidad en cargos de elección popular.

Sin duda, el legislador debería hacer más para hacer efectiva esa vertiente del derecho de participación. Sin embargo, ante la

actuación incompleta o imperfecta del legislador, el caso plantea todos los problemas típicos de los supuestos de omisiones legislativas, aunque en este caso sea relativa o parcial. Estos problemas son mucho mayores cuando el mandato deriva de textos generales y ambiguos, que permiten diversas interpretaciones y posibilitan diversas medidas.

En este aspecto, quizá el Tribunal ha optado por una decisión activa e intensa en su intervención, aunque trata de respetar el ámbito del legislador. Sin embargo, en su razonamiento termina por ir, en opinión de quien suscribe, algo más lejos de lo que imponen los textos que establecen estos mandatos. En efecto, tanto la Constitución como los tratados internacionales establecen obligaciones genéricas en relación con los derechos de participación política de las personas con discapacidad. La primera apenas impone una prohibición de discriminación, que, aunque se sabe que incluiría discriminaciones indirectas y encubiertas, como pueden ser las derivadas de ciertas barreras a la participación, no parece suficiente para entender un mandato de acciones afirmativas concretas, salvo que esta expresión se entienda en un sentido amplísimo. Las convenciones internacionales imponen, igualmente, mandatos genéricos. Si se tratase de evaluar la constitucionalidad de posibles medidas que el legislador hubiera adoptado, ya sean de acción afirmativa o de discriminación inversa, esos mandatos servirían, sin duda, para justificar al menos la finalidad de tales preceptos (otra cosa sería la proporcionalidad); pero, como se está en un caso de ausencia de tales medidas en una legislación existente, resulta problemático deducir de esos parámetros la existencia de una concreta omisión inconstitucional o inconvencional.

Por lo demás, aunque el TEPJF no lo dice expresamente, de su argumentación parece deducirse su preferencia por el establecimiento de medidas de discriminación inversa en sentido propio, cuya justificación es siempre más compleja, y su valoración de

constitucionalidad, más estricta. El recurrente solicita expresamente el establecimiento de cuotas, y, aunque no lo afirma categóricamente, el Tribunal se refiere en varias ocasiones a esta medida como la más representativa. No obstante, el establecimiento de cuotas en este ámbito, aparte de su infrecuencia en el derecho comparado (lo que haría muy cuestionable afirmar que derivan de una convención internacional ratificada por muy numerosos estados que no han implantado esas medidas), plantea problemas específicos desde la perspectiva de la igualdad y la fragmentación de la representación política.

En fin, como se ha dicho, esta sentencia plantea otro de los típicos problemas de las omisiones legislativas inconstitucionales: el relativo al posible incumplimiento por el legislador de la propia sentencia. Si realmente la obligación deriva de la Constitución o de textos internacionales, un legislador incumplidor de estos no necesariamente se sentirá concernido a cumplir los mandatos derivados de una resolución judicial. En el caso en estudio, aunque la ley fue reformada en 2023, tal reforma no parece haber alcanzado lo relativo al sufragio pasivo y la participación política, aunque sí hay una mención genérica a las obligaciones de la administración pública de establecer medidas de acción afirmativa. De todos modos, el Tribunal ya había previsto la eventualidad del incumplimiento, al encomendar al Instituto Nacional Electoral la adopción de las medidas pertinentes.

Se está, en suma, ante una sentencia que aborda un problema importante y trata de resolverlo de la forma más favorable al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, aunque para ello pueda incurrir en una actitud algo activista y en ciertas debilidades argumentales a causa del empeño de maximizar las consecuencias de los mandatos genéricos derivados de la Constitución y los textos internacionales.

Referencias

- Belda Pérez-Pedrero, Enrique. (2019). *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>
- Constitución Española. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Constitución Política de los Estados Mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
<https://www.un.org/esa/socdev/enabte/documents/tccconvs.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Díaz-Revorio, Francisco Javier. (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. Tirant lo Blanch.
- Esparza Reyes, Estefanía. (2018). *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Tirant lo Blanch.
[https://www.boe.es/eli/es/ref/2024/02/15/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ref/2024/02/15/(1))
- https://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/leyes_cintillo/Ley%20Integral%20para%20las%20Personas%20con%20Discapacidad%20del%20Estado.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Rey Martínez, Fernando. (2019). *Derecho antidiscriminatorio*. Thomson Reuters.

Ridaura Martínez, María Josefa. (2022). La igualdad. En Luis López Guerra y Eduardo Espín Templado (dirs.), *Manual de derecho constitucional. Volumen I. Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes* (pp. 167-187). Tirant lo Blanch.

Sentencia SUP-JDC-1282/2019.

Constitucionalidad del registro de quienes ejercieron violencia política de género

M.^a Elena Rebato Peño

Introducción

El derecho electoral es uno de los instrumentos principales para la construcción y el mantenimiento del Estado democrático, es decir, para posibilitar que todos los sectores sociales participen en la gestión de los asuntos públicos del Estado. Sin embargo, el derecho electoral encubre, al igual que todos los sectores del derecho, la herencia de una sociedad y un Estado que ha crecido a la sombra del patriarcado.

La relegación de la mujer al espacio privado es una realidad consustancial al surgimiento de la propia civilización. Basta con iniciar este recorrido en Grecia,

en donde el rol de la mujer quedaba reducido a la función de reproducción y doméstica, o bien en Roma, bajo la Ley de las XII Tablas, mediante la que se sometía a las mujeres a “tutela” por la ligereza de su juicio, y continuar en la época de la Ilustración con John Locke y Jean-Jacques Rousseau, que excluyeron a las mujeres del contrato social. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no representó tampoco un gran avance en esta cuestión. No será hasta el alegato a favor de la emancipación femenina y la igualdad de derechos de Olympe de Gouges en su Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana cuando se pueda hablar de una incipiente reclamación de la participación de la mujer en la elaboración de la ley, aunque se tendría que esperar casi medio siglo hasta la reivindicación del sufragio en la Declaración de Seneca Falls en 1848. La exigencia del derecho al voto femenino era algo más que la pretensión de un derecho: se trataba de la representación de la pugna de las mujeres por ser consideradas ciudadanas de primer orden. Así, comenzaba la batalla por abandonar el ámbito privado y participar en la vida pública, aunque fuera disfrazadas de varones para poder acceder al Parlamento o a la Universidad.

Como es sabido, el siglo xx traería la consagración del sufragio universal. No obstante, en el siglo xxi se siguen requiriendo acciones afirmativas para hacer efectiva la igualdad formal contemplada en los textos internacionales y en las constituciones de los países. Precisamente esas acciones afirmativas, cuotas de género y paridad para la consecución plena y efectiva de los derechos político-electorales, o, más abiertamente, el mal entendimiento de estas medidas ha provocado, entre otros motivos —como ya se afirmó (Rebato, 2017, p. 390)—, el surgimiento de una nueva forma de violencia de género, con unos perfiles muy definidos y que la diferencian de otros tipos de violencia: la violencia política de género.

En la misma línea, señala Laura Albaine:

El incremento de las mujeres en la competencia político electoral promovido por las cuotas y la paridad ha sido percibido como una amenaza por los varones, quienes han reforzado el ejercicio de prácticas de violencia física y psicológica contra las mujeres, ahora expresadas en el ámbito político como estrategia para mantener espacios de poder. (2015, p. 151)

La violencia política de género constituye una violencia específica contra las mujeres que se dedican a la política y, por tanto, no puede considerarse una forma más de violencia de género ni ser entendida como violencia contra la clase política general. La violencia política en razón de género persigue alterar el proceso electoral, sus resultados y el ejercicio efectivo del cargo representativo, al difundir el mensaje de que las mujeres no pertenecen a la política. Las motivaciones de este tipo de violencia, sus formas, sus instrumentos y sus consecuencias tienen una relación directa con el género. Llegar a esta afirmación ha requerido no solo muchos años, sino también el esfuerzo de numerosas mujeres políticas por demostrar la existencia de esta manifestación de violencia, incluso a costa de su propia vida.

En este recorrido, la labor de los órganos electorales mexicanos, en general, y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), en particular, ha resultado crucial, en especial la sentencia de la Sala Superior SUP- REC-91/2020, que tuvo como consecuencia la creación por parte del Instituto Nacional Electoral (INE), en cumplimiento de la misma, de un registro nacional de personas sancionadas por haber cometido actos de violencia política de género, quienes, en consecuencia, no podrán postularse para cargos de elección popular (Acuerdo INE/CG269/2020, 2020).

En esta resolución, la Sala Superior confirmó el fallo de la Sala Regional Xalapa del expediente SX-JDC-151/2020 y

SX-JE-39/2020 y acumulados, que modificaba la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca, que, pese a haber encontrado pruebas de que la actuación del recurrente —presidente municipal de Santa Lucía del Camino, Oaxaca— había obstaculizado el ejercicio efectivo de los derechos político-electorales de la actora —regidora de equidad de género y grupos vulnerables—, no consideró que esos actos constituyesen violencia política de género y ordenó únicamente adoptar medidas cautelares. La sentencia de la Sala Xalapa, por el contrario, sí dio por acreditada la violencia política de género, y eso causó que fuera motivo de recurso ante el TEPJF, que, a su vez, ratificó la acreditación de la referida violencia política de género y afirmó la constitucionalidad de elaborar un listado de personas sancionadas por violencia política de género y la competencia del INE para crear el registro mencionado.

Un complemento necesario a la sentencia referida lo constituye la resolución de la Sala Superior del TEPJF en el asunto SUP-REC-1861/2021, que daría un paso más al imponer como sanción electoral ejemplar la nulidad de una elección municipal una vez acreditados actos graves y generalizados de violencia política de género.

Violencia política de género

En Europa no se ha conceptualizado ni visibilizado el concepto de violencia política de género, lo cual no significa que no existan ejemplos diarios de este tipo de agravios. En este sentido, en 2021, Ursula von der Leyen, presidenta de la Comisión Europea, fue recibida por el presidente turco Recep Tayyip Erdogan, quien la relegó a una posición secundaria, mientras que el presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, ocupaba un lugar preferente al lado del primer ministro en turno. “Me sentí humillada y sola como mujer y como europea” (<https://www.elespanol.com/mundo/>)

europa/20210426/von-leyen-sofagate-demuestra-mujeres-recibir-igualitario/576693491_0.html), manifestó la presidenta de la Comisión. Por su parte, la eurodiputada Iratxe García, en abril de 2017, tras un enfrentamiento con otro parlamentario que justificaba la brecha salarial de género por la inferioridad femenina, recibió numerosas amenazas de muerte en las redes sociales, las cuales contenían claras ideas sexistas y utilizaban expresiones insultantes que jamás son empleadas contra los hombres (https://www.eldiario.es/internacional/iratxe-garcia-eurodiputado-janusz-korwin-mikke_1_3478919.html).

En el mismo sentido, algunos años antes, en 2013, la presidenta del Parlamento italiano denunció que desde su llegada al cargo había recibido mensajes insultantes con claro carácter machista, junto con amenazas de agresiones sexuales e incluso fotomontajes de mujeres violadas y ultrajadas (<https://www.infobae.com/america/mundo/2016/12/01/el-fuerte-mensaje-de-la-presidenta-de-la-camara-de-diputados-italiana-sobre-la-violencia-de-genero-en-internet/>). También en ese año, parlamentarias británicas demandaron ante los tribunales por mensajes recibidos a través de Twitter, los cuales eran claramente discriminatorios. En octubre de 2023, la primera ministra italiana Giorgia Meloni denunció los insultos machistas recibidos en unas protestas sindicales contra su gobierno (https://www.swissinfo.ch/spa/italia-protesta_meloni-pregunta-a-l%C3%ADder-sindical-por-insultos-sexistas-de-militantes-de-su-organizaci%C3%B3n/48872002).

El Convenio de Estambul de 2011, ratificado por más de una treintena de países, constituye el marco jurídico supranacional en Europa en materia de violencia de género contra las mujeres, y, a pesar de que hace referencia a un concepto muy amplio de violencia —al definir, incluso, la violencia física, psicológica, sexual, económica o doméstica—, en ningún momento se refiere de forma expresa

a la violencia política. Es cierto que, si se realiza una interpretación extensiva del Convenio, la violencia política podría incluirse en el concepto genérico de violencia en razón de género, definida en el artículo 3, apartado d, como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer” (Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, 2011); sin embargo, en este caso esa forma específica de violencia queda difuminada entre otras manifestaciones, aunque es finalmente protegida mediante demandas por delitos de odio, y, en definitiva, en el marco de conductas extramuros y no protegidas por la libertad de expresión.

Muy diferente es el contexto iberoamericano en el que se enmarca el comentario de esta sentencia. El reconocimiento expreso de la violencia política en razón de género llega en la Declaración sobre la Violencia y el Acoso Políticos de Lima en 2015, señalando específicamente que en el acoso y violencia política puede incluirse

cualquier acción, conducta u omisión entre otros, basada en su género, de forma individual o grupal, que tenga por objeto o por resultado menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir sus derechos políticos[.] [Esto] conculca el derecho de las mujeres a vida libre de violencia y el derecho a participar en los asuntos políticos y públicos en condiciones de igualdad con los hombres. (Declaración sobre la Violencia y el Acoso Políticos de Lima, 2015)

Esta declaración tuvo como base la Ley Contra el Acoso y la Violencia Política hacia las Mujeres de Bolivia de 2012, la cual fue pionera en este ámbito gracias a la presión y a los actos de denuncia de las concejales bolivianas.

México, entre otros países iberoamericanos, ha recogido el testigo de la ley boliviana y ha reconocido como una forma de violencia específica la violencia política de género, tanto en leyes ya

existentes como en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que la define en su artículo 20 bis como

toda acción u omisión, incluida la tolerancia, basada en elementos de género y ejercida dentro de la esfera pública o privada, que tenga por objeto o resultado limitar, anular o menoscabar el ejercicio efectivo de los derechos políticos y electorales de una o varias mujeres, el acceso al pleno ejercicio de las atribuciones inherentes a su cargo, labor o actividad, el libre desarrollo de la función pública, la toma de decisiones, la libertad de organización, así como el acceso y ejercicio a las prerrogativas, tratándose de precandidaturas, candidaturas, funciones o cargos públicos del mismo tipo. (Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 20 bis, 2007)

Sin embargo, antes de esta reforma legal en 2020, la actuación de la Sala Superior había sido determinante, pues ya en la jurisprudencia 48/2016 definió la violencia política como

todas aquellas acciones u omisiones de personas, servidoras o servidores públicos que se dirigen a una mujer por ser mujer [...] tienen un impacto diferenciado en ellas o les afecta desproporcionadamente con el objeto o resultado de menoscabar o anular sus derechos político-electorales, incluyendo el ejercicio al cargo. (Jurisprudencia 48/2016, 2016)

Posteriormente, en la jurisprudencia 21/2018 definió los elementos clave de este tipo de violencia, los cuales, junto con los establecidos en el Protocolo para la Atención de la Violencia Política en Razón de Género Contra las Mujeres, son analizados por la Sala Xalapa y se entienden probados por la Sala Superior del TEPJF:

- 1) El acto se produjo en el marco del ejercicio de los derechos político-electorales y en el ejercicio de un cargo público, pues

la actora que alega haber sufrido violencia política de género era regidora de género, equidad y grupos vulnerables del Ayuntamiento de Santa Lucía del Camino, Oaxaca.

- 2) Fue perpetrado por una autoridad pública, el presidente municipal del ayuntamiento de Santa Lucía.
- 3) Se ejerció violencia simbólica, psicológica y económica contra la regidora, dado que invisibilizó y dificultó su labor como servidora pública, al quedar acreditado que el presidente municipal la amenazó con denunciarla por fraude y no atendía sus peticiones.
- 4) La conducta del presidente municipal tuvo por objeto anular el reconocimiento y goce efectivo del ejercicio del cargo representativo, dado que no convocaba a la regidora a las sesiones de cabildo (solo fue requerida a 5 de las 47 sesiones convocadas) y no le dotó de medios materiales ni humanos para el cumplimiento de las funciones, ya que únicamente le asignó personal y recursos en cumplimiento de la sentencia local.
- 5) Todas las actuaciones descritas en los puntos anteriores están basadas en elementos de género, es decir, apuntan directamente a la regidora por ser mujer y la afectan de forma desproporcionada respecto a los varones, lo cual acrecienta su vulnerabilidad.

El recurrente no logra desvirtuar la afirmación de hechos probados ante la Sala Superior, que manifiesta que en este caso se está claramente ante un proceso en el que se requiere la inversión de la carga de la prueba, por lo que la declaración de la regidora goza de presunción de veracidad, dada la especialidad de los perfiles de la violencia política de género. Exigir a la víctima de violencia de género la responsabilidad de aportar las pruebas de los hechos hubiera supuesto su revictimización, todo ello teniendo en cuenta, además, que en muchas ocasiones esta forma de violencia se lleva a cabo en el ámbito privado. Lo anterior no supone, *a sensu contrario*, eliminar el principio de presunción de inocencia del acusado por llevar a

cabo este tipo de actos de violencia política de género, sino aplicar la perspectiva de género al momento de la valoración de la prueba y exigir que esta recaiga en el presunto culpable, una vez acreditada por la reclamante una presunción de discriminación o de violencia política en razón de género, en este caso.

Esta transposición en la evaluación de la prueba se ha admitido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como señala la Sala Superior, en el caso *González y otros (Campo Algodonero contra México)*, del 16 de noviembre de 2009). También se encuentra esta inversión probatoria en el ámbito de Naciones Unidas, concretamente en el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que consideró acreditada la discriminación en un asunto de provisión de un puesto de trabajo en el que se había elegido a una persona con menos méritos que la demandante, una mujer de nacionalidad eslovaca y origen gitano, lo cual estuvo unido a la ausencia de justificación de esa diferencia de trato por parte del Estado eslovaco (Comunicación núm. 56/2014, 2015).

En lo que respecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), las alegaciones se han convertido en hechos en determinados procesos, dado que “el reparto de la carga de la prueba, están intrínsecamente vinculados a la especificidad de los hechos, la naturaleza de las alegaciones formuladas y el derecho del CEDH en cuestión” (Caso *D. H. y otros contra República Checa*, 2007; Caso *Nachova y otros contra Bulgaria*, 2005; Caso *Timishev contra Rusia*, 2005).

Si normalmente la carga de la prueba recae en quien presenta la reclamación, por otra parte, en casos de discriminación y cualquier forma de violencia contra las mujeres, la inversión de la carga de la prueba, como afirma Wendy Jarquín Orozco,

se traduce en la presunción de verdad que debe acompañar la prueba presentada por la víctima y en que sea la persona demandada quien demuestre que su conducta no obedeció a una actitud

discriminatoria[.] [Destaca] el carácter de preponderancia que debe darse al testimonio de la víctima, debido a que estos actos generalmente se realizan de manera subrepticia y en lo privado, lo que acarrea la dificultad de la prueba directa. Dicho testimonio, siempre que no se presente un hecho en contra, deberá administrarse con los indicios presentados y, en su caso, el órgano judicial deberá ser oficioso en allegarse de los medios para tener por probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar. (2022, p. 32)

Constitucionalidad del registro de quienes ejercieron violencia política de género

Una vez que la Sala Regional Xalapa y, posteriormente, la Sala Superior del TEPJF acreditaron la existencia de actos constitutivos de violencia política de género y se reiteró la doctrina del Tribunal al respecto, el otro elemento nuclear de la sentencia SUP-REC-91/2020 es afirmar la constitucionalidad de la creación de un registro de personas infractoras en materia de violencia política de género por parte del INE, con lo cual se dio un paso más respecto a la decisión de la Sala Regional Xalapa, que solo contemplaba un registro en el ámbito del instituto local.

Se trata de analizar la constitucionalidad de un límite indirecto al derecho de sufragio pasivo, aun cuando la Sala Superior consideró que este registro únicamente tendría efectos de publicidad y no desvirtuaba *per se* “el modo honesto de vivir” (Sentencia SUP-REC-91/2020, 2020) como causa de inelegibilidad, dado que serían las sentencias de las autoridades electorales las que resolverían sobre este último aspecto.

Los derechos humanos no son ilimitados; sin embargo, sus restricciones, para ser consideradas como constitucionalmente admisibles, deben no solo no afectar al contenido esencial del derecho, sino

reunir otros requisitos fundamentales, como acertadamente se presentan en la sentencia de la Sala Superior.

1. *Gozar de una previsión normativa suficiente, en los aspectos tanto constitucional y convencional como legal.* La obligación del Estado mexicano de promover, respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, en general, y los derechos humanos de las mujeres, en particular, en los que puede enmarcarse la adopción de medidas como el registro de infractores en materia de violencia política de género, se deriva del artículo 1 constitucional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belem do Pará. Por otra parte, la reforma de abril de 2020 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales contempla en el artículo 10, párrafo 1, apartado g, como requisito para ser diputado, diputada federal, senador o senadora “no estar condenada o condenado por el delito de violencia política contra las mujeres en razón de género” (Ley General de Instituciones y de Procedimientos Electorales, 2020).

No se puede olvidar tampoco la existencia de protocolos al respecto, como el Protocolo para la Atención de la Violencia Política y el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. *Proporcionalidad, razonabilidad y adecuación al fin que se persigue con la medida limitativa de derechos.* La Sala Superior afirma que la constitución de las listas de infractores por violencia política en razón de género es un medio adecuado, razonable y proporcionado al fin que se persigue, el cual consiste en visibilizar, evitar su reiteración y, en último término, erradicar la violencia política en razón de género. Así pues, según la Sala Superior, este registro, que deberá crear el INE, cumpliría con varias funciones:

- 1) De reparación integral. Permitirá que las autoridades conozcan las infracciones y a los responsables de estas en materia de violencia política de género.
- 2) Transformadora. Contribuirá de forma jurídica a eliminar “los esquemas estructurales que generan violencia contra las mujeres” (Sentencia SUP-REC-91/2020, 2020).
- 3) Garante de no repetición. Debido a la consecuencia de la inclusión en ese listado.
- 4) Preventiva. Evitará su repetición. Tal como recuerda la Sala Superior, el TEDH, en el caso Gardel contra Francia, del 17 de diciembre de 2009, en relación con un registro de agresiones sexuales, este tipo de actuaciones “deben ser analizadas como una medida preventiva a la que no podría aplicarse el principio de no retroactividad enunciado en esta disposición” (Caso Gardel versus Francia, 2009, párrafo 46).

En opinión de quien suscribe, la Sala Superior debió referir también la posible injerencia que esta medida podría tener en el ámbito de la vida privada del recurrente, no a efectos de declarar la inconstitucionalidad de la misma, sino, al contrario, para afirmar que las autoridades públicas, en este caso las electorales, pueden crear registros que contengan informaciones relativas a la vida privada de los ciudadanos, siempre y cuando con esto se prevengan delitos, se evite su reincidencia y se proteja a colectivos vulnerables como pueden ser los menores y, en el caso que aquí ocupa sobre violencia política en razón de género, las mujeres, tal como afirma el TEDH en el caso Stubbings y otros contra Reino Unido, del 22 octubre de 1996, párrafo 64.

El registro será público y no contendrá información previa a su creación; en concreto, el caso del recurrente únicamente constará en el registro local, pero no en el que se creará para hacer efectiva la sentencia de la Sala Superior.

La resolución de la Sala Superior también afirma la competencia del INE como la autoridad electoral a la que corresponde la creación de este registro, pues es este quien organiza las elecciones en todo el territorio nacional. Será el propio INE el que establezca los lineamientos que regirán el registro y los datos que figurarán en este (nombre, sexo, cargo, ámbito territorial, resolución que sanciona, autoridad que emite la sanción, tipo de violencia que ejerce, permanencia en el registro y reincidencia), así como los mecanismos de comunicación y colaboración con las autoridades electorales locales y otras cuestiones notables en relación con los datos que figuran en este, como su temporalidad, elemento al que se volverá al analizar el voto particular de la sentencia de la Sala Superior.

Algunas dudas en el voto particular

Los magistrados Janine M. Otálora Malassis y Reyes Rodríguez Mondragón disintieron de la opinión mayoritaria de la Sala Superior comentada anteriormente, debido a que la decisión de la mayoría carecía de fundamento constitucional y convencional y porque la integración de esta lista de personas que han cometido actos de violencia política en razón de género no contribuye a prevenir ni a erradicar esos agravios.

En lo que respecta al primer motivo alegado por los magistrados disidentes, el inconveniente principal se basa, sobre todo, en una inconsistencia procesal, puesto que se crea una causa de inelegibilidad no prevista en la legislación, lo cual incurre en el ámbito competencial del Poder Legislativo y no del propio TEPJF. No obstante, debe hacerse constar que las resoluciones emitidas por el propio Tribunal Electoral han sido previas a los cambios legislativos, entre otras razones, porque en muchos casos han sido aquellas las que los han motivado.

En segundo lugar, los magistrados discrepantes argumentan que la creación de este registro de personas que han cometido violencia política en razón de género provoca el resultado contrario a la finalidad que persigue, con lo cual se deslegitima la constitucionalidad de una de las características que deben cumplir los límites a los derechos. Es decir, pueden ocasionar que la mujer víctima tenga represalias y que no se resarza la vulneración de su derecho político-electoral. El establecimiento de este registro también incumpliría, a juicio de los magistrados firmantes del voto particular, otro de los fundamentos de los límites admisibles a los derechos, el cual es la proporcionalidad, por dos motivos: primero, porque se incluye en el registro a todo aquel que haya incurrido en violencia política de género, sea cual sea la gravedad de la acción cometida; y, segundo, porque deja en manos de la autoridad electoral el tiempo que deben permanecer en el registro.

Quien suscribe considera que ninguno de los argumentos esgrimidos debe tomarse en cuenta, dado que, como puede verse en el acuerdo del INE que hace efectiva la creación del registro, el tiempo que una persona permanece en este dependerá de la gravedad de la conducta realizada y de su reincidencia. Así, el tiempo de permanencia en el registro abarcará desde los tres años, en caso de falta leve, hasta los seis, en caso de reincidencia, por lo que, en consecuencia, existe proporcionalidad.

El TEPJF, como se reconoce en el voto particular, emite en muchas ocasiones sentencias transformadoras que, a juicio de los dos magistrados disidentes, en esta ocasión causa consecuencias jurídicas desproporcionadas y no tiene en cuenta las razones estructurales que generan el acto violatorio de derechos para modificarlo.

En opinión de quien suscribe, la sentencia comentada cumple con todos los requisitos de una sentencia transformadora, cuyas hipotéticas omisiones, lagunas o falta de determinación serán suplidas por las autoridades y la legislación electoral, como así ha sido.

En todo caso, suponen siempre un avance en la sensibilización y visibilización de conductas que afectan a los derechos político-electorales y respecto de las cuales es necesario actuar de forma rápida e incluso previa al legislador.

Acuerdo INE/CG269/2020. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueban los lineamientos para la integración, funcionamiento, actualización y conservación del registro nacional de personas sancionadas en materia de violencia política contra las mujeres en razón de género, en acatamiento a la sentencia dictada por la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el expediente SUP-REC-91/2020 y acumulado. (2020). https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5600948&fecha=22/09/2020#gsc.tab=0

Albaine, Laura. (2015). Obstáculos y desafíos de la paridad de género. Violencia política, sistema electoral e interculturalidad. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (52), 145-162.

Caso D. H. y otros contra República Checa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2007). [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-139015%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-139015%22]})

Caso Gardel versus Francia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2009). [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-139382%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-139382%22]})

Caso Nachova y otros contra Bulgaria, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2005). [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-69630%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-69630%22]})

Caso Stubbings y otros contra Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1996). [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-58079%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-58079%22]})

Caso Timishev contra Rusia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2005). [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-71627%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-71627%22]})

- Comunicación núm. 56/2014, CERD/C/88/D/56/2014, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2015). <https://digitallibrary.un.org/record/833654?v=pdf>
- Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica. (2011). <https://rm.coe.int/1680462543>
- Declaración sobre la Violencia y el Acoso Políticos de Lima. (2015). <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionViolenciaPolitica-ES.pdf>
- https://www.elespanol.com/mundo/europa/20210426/von-leyen-sofagate-demuestra-mujeres-recibir-igualitario/576693491_0.html
- <https://www.infobae.com/america/mundo/2016/12/01/el-fuerte-mensaje-de-la-presidenta-de-la-camara-de-diputados-italiana-sobre-la-violencia-de-genero-en-internet/>
- https://www.swissinfo.ch/spa/italia-protesta_meloni-pregunta-a-l%C3%ADder-sindical-por-insultos-sexistas-de-militantes-de-su-organizaci%C3%B3n/48872002
- Jarquín Orozco, Wendy Mercedes. (2022). La violencia política contra las mujeres en razón de género como causa de nulidad de una elección. *Anuario Parlamento y Constitución*, (23), 11-52.
- Jurisprudencia 48/2016, VIOLENCIA POLÍTICA POR RAZÓN DE GÉNERO. LAS AUTORIDADES ELECTORALES ESTÁN OBLIGADAS A EVITAR LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES, Sala Superior, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2016). <https://www.te.gob.mx/ius2021/#/>

- Jurisprudencia 21/2018, VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. ELEMENTOS QUE ACTUALIZAN EN EL DEBATE POLÍTICO, Sala Superior, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2018). <https://www.te.gob.mx/ius2021/#/>
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (2007).
- Ley General de Instituciones y de Procedimientos Electorales. (2020). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPE.pdf>
- Protocolo para la Atención de la Violencia Política en Razón de Género Contra las Mujeres. (2017). https://igualdad.ine.mx/wp-content/uploads/2019/01/Protocolo_Atencion_Violencia.pdf
- Rebato Peño, M.^a Elena. (2018). Los derechos de participación política de las mujeres: la violencia política como nuevo reto en este ámbito. En María Martín Sánchez (dir.), *Estudio integral de la violencia de género* (pp. 377-399). Tirant lo Blanch.
- Sentencia SUP-REC-91/2020, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2020). https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0091-2020.pdf

Autorías

Francisco Javier Díaz-Revorio

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Vicedecano de Enseñanzas Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (2004-2009). Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público (2010-2012), vocal de la Junta Electoral (2011) y consejero del Consejo Consultivo (2012-2016) de la Universidad de Castilla-La Mancha. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2012). Premio nacional Nicolás Pérez Serrano a la mejor tesis doctoral en materia de ciencia política y derecho constitucional (1996), entre otras condecoraciones relacionadas con aspectos jurídicos. Doctor *honoris causa* y profesor honorario en diversas universidades iberoamericanas, así como abogado honorario en distintos colegios. Autor de más de 100 publicaciones científicas en materia de derecho constitucional; entre las más recientes, *Valores superiores e interpretación constitucional* (3.^a ed., 2018), *Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución* (2018), *El coste económico de los derechos, su interpretación y garantía* (2020, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), así como la codirección y

autoría parcial de las obras colectivas *Interculturalidad, paz, derechos de la naturaleza. Valores para un nuevo constitucionalismo* (2020), *80 años del exilio de juristas españoles acogidos en México* (2020) y *Enseñar la Constitución, educar en democracia* (2021). Ha realizado estancias de investigación en diversas universidades e instituciones europeas y americanas; además, ha participado y dirigido diversos proyectos de investigación financiados por instituciones nacionales e internacionales. Ha efectuado labores de asesoramiento, estudio o cooperación para varios organismos españoles e iberoamericanos, de los cuales destaca el Tribunal Constitucional de Perú y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México. Asimismo, ha impartido docencia en nivel de grado y de posgrado en varias decenas de universidades en Europa y América, así como numerosas conferencias y cursos. Es coordinador del máster universitario en Derecho Constitucional, de la especialidad en Justicia Constitucional y de varios programas de posgrado, así como evaluador, miembro de diversos comités académicos y director de varias publicaciones científicas.

M.^a Elena Rebato Peño

Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, así como licenciada y doctora en Derecho por la misma universidad. Amplió sus investigaciones en la Universidad de Bolonia, Italia. Autora de varias monografías, numerosos artículos y capítulos de libros en materia de derechos fundamentales, género y participación política, protección multinivel y justicia constitucional, entre otros.

Adriana Travé Valls

Abogada y profesora contratada predoctoral de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha. Actualmente, doctoranda en la misma universidad, donde también ejerce los cargos de secretaria académica del curso “Especialista en justicia constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales”; máster en Derechos Humanos, Género y Derecho Antidiscriminatorio, así como en Derecho Electoral, Parlamentario y Técnica Legislativa, ambos en la Universidad de Castilla-La Mancha. Ponente en distintos foros académicos de relevancia en dicha institución, en la Universidad Francisco de Vitoria y en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, entre otros. Como parte de sus publicaciones destacan el estudio “Mujer y Constitución: pasado y presente del contenido jurídico de igualdad de mujeres y hombres” (2018, *Revista Jurídica Anuario. Parlamento y Constitución*); “El incidente de nulidad de actuaciones como mecanismo de protección de los derechos fundamentales: ¿una realidad o una ficción?” (2019, *La tutela dei diritti fondamentali: esperienze a confronto*); “El pluralismo jurídico: de la multiculturalidad a la interculturalidad como parámetros determinantes” (*Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*); “Nuevos escenarios, misma doctrina: derecho a la propia imagen y derecho a la información con ocasión del uso de las redes sociales STC 27/2020 de 24 de febrero” (2022, *Revista de Derecho Civil*), y “La enseñanza de la Constitución en Cataluña” (2023, *La educación cívica en España y en perspectiva internacional*). Miembro de proyectos de investigación finalizados o en curso, como el Proyecto Erasmus OPT-IN, Proyecto Erasmus Remove o Enseñar la Constitución, Educar en Democracia (Ministerio de

Educación-Universidad Nacional de Educación a Distancia) y Educar en Valores, Construir Ciudadanías (Ministerio de Educación-Universidad Nacional de Educación a Distancia). Secretaria de la *Revista Jurídica Anuario. Parlamento y Constitución*.

Ana Valero Heredia

Doctora por la Universitat de València con la tesis *La libertad de conciencia del menor de edad*, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Premio Extraordinario de Doctorado y Premio Nicolás Pérez Serrano del referido centro). En la actualidad es profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha. Entre sus principales líneas de investigación se encuentran el estudio de la laicidad del Estado, la minoría de edad, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, la integridad física, la igualdad y el feminismo, el parlamentarismo y los partidos políticos; su última línea de investigación es la pornografía como asunto constitucional, respecto a la cual dirige un proyecto financiado por la Comunidad de Castilla-La Mancha y de la que deriva su último libro *La libertad de la pornografía* (2022, Athenaica). Ha realizado estancias de investigación y ha sido profesora invitada en Northwestern University (Chicago, Estados Unidos de América), California State University (Estados Unidos de América), La Sorbonne (París, Francia), el Trinity College (Dublín, Irlanda), La Sapienza (Roma, Italia), la Università di Palermo (Italia) y la Universidad de Buenos Aires (Argentina), entre otras. Como parte de sus principales publicaciones destacan *La libertad de conciencia del menor de edad* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), *El principio de neutralidad del Estado* (Ministerio de la Presidencia, España),

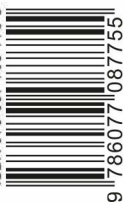
“Citizens United y la financiación de las campañas electorales en el derecho norteamericano” (*Teoría y Realidad Constitucional*) e “Ideario educativo constitucional y *homeschooling*” (*Revista Española de Derecho Constitucional*). Contribuye con numerosos medios de comunicación, como *infoLibre*, *El Diario*, *El País*, *La Ser*, *Letras Libres*, *Público*, entre otros.

Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano.

Comentarios a sentencias del TEPJF

se terminó de editar en septiembre de 2024
en la Dirección General de Documentación
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,
Carlota Armero 5000, CTM Culhuacán, 04480,
Coyoacán, Ciudad de México.

ISBN 978-607-708-775-5



9 786077 087755

Esta obra recoge los comentarios a ocho sentencias seleccionadas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los últimos años. Todas tienen como común denominador el referirse a diversos aspectos relativos a los derechos fundamentales y, en especial, a cuestiones derivadas de la dignidad y la igualdad. Se abordan, así, temas como las acciones afirmativas y las soluciones al problema de garantizar la Constitución y las convenciones internacionales de derechos cuando la persona legisladora omite adoptar las medidas necesarias. El libro es un pequeño compendio de derecho antidiscriminatorio, aunque también se reflexiona sobre las facultades y los límites del Poder Judicial al conseguir el objetivo de establecer la igualdad real y efectiva y garantizar la participación de las minorías en el ámbito político-electoral.

