

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

Francisco Javier Díaz-Revorio
Coordinación

Este apartado pertenece a la obra
Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano.
Comentarios a sentencias del TEPJF, la cual es acervo del TEPJF.

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

Este apartado pertenece a la obra
Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano.
Comentarios a sentencias del TEPJF, la cual es acervo 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



Directorio

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

Este apartado pertenece a la obra
Una visión internacional sobre el derecho antidiscriminatorio mexicano.
Comentarios a sentencias del TEPJF, la cual es acervo del TEPJF.

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>	

Crterios para garantizar la paridad de género en procesos electorales locales	93
<i>Adriana Travé Valls</i>	
Omisiones legislativas inconstitucionales y derechos de la comunidad LGTTTIQ+	109
<i>Francisco Javier Díaz-Revorio</i>	
Omisiones legislativas y acciones afirmativas para personas con discapacidad	129
<i>Francisco Javier Díaz-Revorio</i>	
Constitucionalidad del registro de quienes ejercieron violencia política de género	147
<i>M.^a Elena Rebato Peño</i>	
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 afectan 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. Es to 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 (LGBTTTIQ+); 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 LGBTTTIQ+ 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 inconventionales; 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/>