

Dos tribunales, una sentencia: el TEPJF en la garantía del derecho al voto de las personas en prisión preventiva

PEDRO SALAZAR UGARTE*
CARLOS ERNESTO ALONSO BELTRÁN**

SUMARIO: I. Introducción. II. Las razones de la mayoría. III. Las razones del disenso. IV. Una tensión latente. V. Los tribunales como garantes. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, uno de los mayores retos a los que se enfrentan los Tribunales del mundo es el de garantizar los derechos contenidos en los textos constitucionales. Esta labor ha reavivado las tensiones existentes entre los distintos modelos de justicia constitucional, los cuales pueden decantarse entre una interpretación deferente con el legislador, o bien, una postura que busca resolver estas tensiones y llenar los espacios que los demás poderes no han garantizado. A partir de esa premisa, en el presente texto analizamos la sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), por medio de la cual se ordenó la garantía del derecho al voto de las personas sometidas a prisión preventiva.

El asunto que la Sala Superior del TEPJF fue llamada a resolver se deriva de la petición realizada por dos ciudadanos mexicanos, autoadscritos como miembros de la comunidad indígena *tzotzil*, quienes se encontraban sujetos a proceso y privados de su libertad en el Centro Estatal de Reinserción Social *El Amate*, en Cintalapa, Chiapas¹. Ambos ciudadanos alegaban que, al encontrarse en la situación jurídica de procesados, y no así de sentenciados, la suspensión de sus dere-

* Director y miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI III.

** Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.

¹ Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *SUP-JDC-352/2018* y *SUP-JDC-353/2018 acumulado*, sentencia del 20 de febrero de 2019, p. 4.

chos políticos era injustificada y, en ese sentido, el Instituto Nacional Electoral tenía la obligación de garantizarles el derecho a ejercer su voto en las elecciones del primero de julio de 2018².

Si bien, tanto la Sala Superior del Tribunal, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ya habían realizado pronunciamientos previos sobre cómo debían interpretarse los derechos políticos de las personas sujetas a proceso, el asunto en cuestión resultaba relevante en vista de que los casos analizados por dichos tribunales abordaban los derechos de personas que participaban en el proceso en libertad, mientras que los ciudadanos participantes del presente asunto se encontraban bajo prisión preventiva.

Para la resolución del asunto, el Tribunal tuvo que realizar una interpretación del artículo 38 constitucional³, específicamente de la fracción II, en la cual se contemplan los supuestos de suspensión de prerrogativas para las y los ciudadanos sujetos a proceso.

Ahora bien, ya que es posible anticipar que la decisión de la mayoría de la integración de la Sala Superior se decantó por una interpretación favorable a las pretensiones de los dos ciudadanos, también es necesario apuntar que dicha decisión no contó con el respaldo de tres magistrados quienes expresaron en un voto las razones de su disenso.

A continuación, se exponen de manera general los puntos que, a nuestra consideración, se encuentran en tensión entre la sentencia y el voto de los tres magistrados.

² *Ibidem*, p. 5.

³ Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

- I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;
- II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;
- III. Durante la extinción de una pena corporal;
- IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;
- V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y
- VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

II. LAS RAZONES DE LA MAYORÍA

El análisis que se expone en la sentencia parte de una premisa simple: las personas en prisión que no han sido sentenciadas se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia, por lo tanto tienen derecho a votar.

Si bien, la sentencia reconoce que la Constitución prevé en su artículo 38, fracción II, la suspensión de derechos para personas sujetas a proceso por delito que merezca pena corporal, dentro del análisis también se recuperan las interpretaciones en las que la Sala Superior había determinado en los casos de Pedraza Longi⁴, García Zalvidea⁵ y Orozco Sandoval⁶ que *la calidad de 'sujeto a proceso' no significa una condena*, por lo que la privación de los derechos políticos únicamente se justificaba por el hecho de encontrarse privado de la libertad, pues ello representaba una imposibilidad material para el ejercicio de ciertos derechos⁷.

Asimismo, la Sala Superior recuperó los criterios establecidos por la SCJN en los que había realizado una interpretación de la fracción II, del artículo 38 constitucional. Especialmente, en la contradicción de tesis 6/2008-PL, la Corte consideró que la suspensión de derechos políticos de los procesados solo tenía lugar cuando éstos se encontraran privados de su libertad. Ello, en atención a una restricción de orden práctico que se derivaba de la imposibilidad material que tienen las personas para trasladarse hasta las casillas de votación, o bien, la dificultad de montar casillas dentro de los centros penitenciarios. El argumento medular fue el siguiente:

[...] la suspensión del derecho fundamental del ciudadano de votar en las elecciones populares que prevé el artículo 38, fracción II, constitucional, desde el dictado del auto de formal prisión, que exige sólo la probable responsabilidad del inculpado, en forma concordante con el principio de

⁴ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-85/2007, sentencia de 20 de junio de 2007.

⁵ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-2045/2007, sentencia de 29 de noviembre de 2007.

⁶ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-98/2010, sentencia de 13 de mayo de 2010.

⁷ Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-352/2018 y SUP-JDC-353/2018 acumulado, pp. 16-18.

presunción de inocencia, nos obliga a atender a la razón que lleva al Constituyente a mantener la causa de la suspensión, que es de eminente orden práctico, a saber, la imposibilidad de llevar casillas electorales a prisión y de lo que ello implica, como son la dificultad de hacer campañas electorales en prisión o elegir a los funcionarios de casilla que deban realizar su función dentro de una prisión.

Si se atiende a esta razón de orden práctico, habría que concluir que la causa de suspensión en análisis exige que el indiciado efectivamente se encuentre privado de su libertad para que no pueda hacer efectiva su prerrogativa de votar en las elecciones populares, lo que excluye a quienes obtengan libertad provisional⁸.

Hasta este punto la Sala Superior había planteado un panorama claro sobre el entendimiento de la restricción constitucional del artículo 38, sin embargo, como mencionamos con anterioridad, en el caso bajo análisis los ciudadanos que alegaban la vulneración de sus derechos se encontraban privados de la libertad. Ello condujo a la Sala Superior a considerar que, de acuerdo con el marco constitucional, esa restricción de *orden práctico* que limitaba el ejercicio de sus derechos políticos, no era condición suficiente para negarles el derecho al voto. En otras palabras, *las personas en prisión preventiva*, sí tienen el derecho a votar, aunque tienen una imposibilidad física para ejercer su derecho⁹.

La afirmación es relevante, sobre todo si —como lo dejó claro la Sala Superior— reconocemos que la existencia de un derecho conlleva la obligación estatal de hacerlo efectivo. En este sentido, la sentencia abrevó de distintos criterios internacionales, como nacionales y comparados, para determinar que *el Estado debe cumplir las obligaciones y ejercer las acciones que se requieran para garantizar el ejercicio del derecho*¹⁰.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de tesis 6/2008-PL* entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Primera Sala de La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia del 26 de mayo de 2011, p. 148.

⁹ Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *SUP-JDC-352/2018* y *SUP-JDC-353/2018* acumulado, p. 22.

¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

Esta interpretación, que en sus términos armoniza el entendimiento de la restricción constitucional con las obligaciones estatales contenidas en el artículo 1° de la Constitución, representó la piedra de toque por medio de la cual la sentencia concluyó lo siguiente: *cuando se trata de los derechos políticos de las personas privadas de su libertad de manera preventiva, surge una obligación reforzada para hacer asequible a su situación el goce y disfrute de sus derechos políticos*¹¹.

Por lo tanto, a juicio de la Sala, se consideraron fundados los agravios de los peticionarios, y se obligó al Instituto Nacional Electoral, autoridad encargada de la organización de elecciones, implementar un programa que de manera paulatina y progresiva, garantizara a las personas en prisión preventiva el pleno ejercicio de su derecho al voto¹².

III. LAS RAZONES DEL DISENSO

En el otro extremo de la balanza, los tres magistrados que se apartaron de la decisión mayoritaria de la Sala Superior, expusieron un argumento que vale la pena ser recuperado: la interpretación que se realizó de la fracción II, del artículo 38, extendió la interpretación realizada previamente por la SCJN, al grado de dejar materialmente sin efectos una restricción constitucional¹³.

De acuerdo con los magistrados, la línea jurisprudencial desarrollada por la SCJN resultaba bastante clara. En ella se determina que la restricción contenida en la fracción II, del artículo 38, limitaba el ejercicio del derecho al voto a aquellas personas que se encontraran sujetas a proceso, bajo una medida privativa de la libertad. De nuevo, porque dichas personas se encontraban materialmente impedidas para trasladarse a las casillas de votación.

Si bien, en las sentencias de la SCJN que fueron recuperadas por la Sala Superior del Tribunal se acota al alcance de la restricción —al

¹¹ *Ibidem*, p. 42.

¹² *Ibidem*, p. 44.

¹³ Voto particular que emiten los Magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera, Indalfer Infante Gonzáles y Reyes Rodríguez Mondragón, en el asunto *SUP-JDC-352/2018 y acumulado*, sentencia del 20 de febrero de 2019, p. 59.

reconocer que ésta no es de carácter general— ello no significa que la Corte pase por alto: i) la existencia de una restricción para las personas privadas de la libertad; y ii) que dicha restricción, que obedece a circunstancias de índole eminentemente práctico, se encuentra justificada¹⁴.

En este sentido, de acuerdo con los magistrados, la interpretación que realizó la Sala Superior ignoró tres cuestiones fundamentales: i) el TEPJF debió sujetarse a la línea jurisprudencial desarrollada por la SCJN, ajustándose únicamente al uso de los criterios ya establecidos. Esto en virtud de que el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, establece que *la jurisprudencia del Pleno de la SCJN será obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución*¹⁵, ii) el uso de la interpretación conforme no puede llegar al punto de dejar sin efectos una norma constitucional, pues su finalidad es asignar un significado armonizado a una disposición constitucional, con respecto las demás disposiciones que se encuentran en dicha norma. En el caso concreto, la interpretación de la fracción II, del artículo 38, prácticamente reproduce los efectos de la fracción III¹⁶ del mismo artículo¹⁷; y iii) para poder dejar sin efectos la fracción II, del artículo 38, el Tribunal debería de poder realizar un control constitucional de la Constitución, medida para la cual se encuentra impedido¹⁸.

Por todo lo expuesto, los tres magistrados de la Sala Superior del Tribunal decidieron apartarse de la decisión mayoritaria que reconocía el derecho al voto para las personas privadas de la libertad durante un proceso judicial.

IV. UNA TENSIÓN LATENTE

Como puede apreciarse, las posturas antes expuestas presentan una evidente contradicción. Sin embargo, más allá de la notoria dis-

¹⁴ *Ibidem*, p. 61.

¹⁵ *Ibidem*, p. 62.

¹⁶ Véase *supra* nota 3.

¹⁷ *Ibidem*, p. 70.

¹⁸ *Ibidem*, p. 71.

crepancia de criterios, a nuestro parecer en este desencuentro subyace una discusión que, aunque añeja, últimamente ha cobrado mayor presencia en los análisis académicos de distintas latitudes. Nos referimos a los debates sobre la postura judicial en la función de la justicia constitucional.

IV.1. *Dos modelos de Constitución*

En 1964, durante el encuentro promovido por el *Institut International de Philosophie*, sobre el fundamento de los derechos humanos, Norberto Bobbio aseguró que el problema —entonces actual— en torno a los derechos humanos ya no se encontraba en su fundamentación, sino en su garantía¹⁹. Pues a partir de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, la humanidad (al menos la occidental) manifestaba un consenso general sobre el reconocimiento de una serie de valores que puede ser considerado *humanamente fundado*²⁰. En este sentido, de acuerdo con Bobbio, el problema en torno a los derechos humanos trascendía —pero no así anulaba— la esfera de lo filosófico, para situarse en la esfera de lo jurídico y lo político.

Aunque el problema de la garantía puede extenderse a muy diversos ámbitos del Estado, la función jurisdiccional es particularmente una de las más involucradas en su materialización. En este sentido, el papel de las y los jueces da cuenta de las dificultades teóricas, como prácticas, en la garantía de los derechos.

Si bien, este nuevo tiempo de los derechos inaugurado con la Declaración Universal de Derechos Humanos, vino acompañado de una paulatina actualización de diversas constituciones nacionales que retomaban el modelo expresado en el artículo 16 la declaración francesa de 1789²¹, ello, por sí mismo, no significó que el papel juris-

¹⁹ Bobbio, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, en Id., *El Tiempo de los derechos*, Sistema 1991, pp. 64-65.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución*, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789; Véase, Ferrajoli, Luigi, *El papel de la función*

diccional evolucionara a la par de la nueva visión constitucional. Lo anterior sacó a flote las tensiones existentes en torno a una función jurisdiccional apegada a la tradición positivista, frente a una nueva postura jurisdiccional basada en el constitucionalismo.

Cabe mencionar que, en un primer sentido, el positivismo y el constitucionalismo no entrañan una contradicción evidente²². Ya que si atendemos a sus definiciones, de acuerdo con Bobbio²³, el positivismo jurídico puede ser entendido como i) un *modo de acercarse al estudio del derecho*; ii) como una *teoría del derecho*; y iii) como una *ideología de la justicia*, mientras que el constitucionalismo es, en su sentido más amplio, una forma de concebir un modelo constitucional en el que el poder político se encuentra limitado a fin de proteger los derechos fundamentales individuales²⁴. Un ejemplo en el que podemos observar la coexistencia de ambas nociones, es la incorporación de los derechos naturales, propios del contractualismo, en los documentos constitucionales del siglo XVIII. De esta manera, la restricción del poder público se realizó por medio de la positivización de derechos.

Dicho lo anterior, es necesario comenzar por indagar un poco más en los rasgos que se encuentran en tensión entre una visión y la otra. Para ello, Luis Prieto Sanchís realiza una disección sobre cada una de las dimensiones antes mencionadas del positivismo. El autor nos muestra que la primera de éstas se basa en un principio de neutralidad, en el que el estudio del Derecho se realiza desde una dimensión avalorativa en la que el Derecho no expresa ningún dictamen moral, y en ese sentido, tampoco requiere de ninguna validación moral para su existencia²⁵. Al respecto, viene a bien recordar las palabras de Hart, en las que menciona que el positivismo es *la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas*

judicial en el Estado de Derecho, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016, pp. 90-91.

²² Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 4ª ed., Fontamara, 2011, p. 7.

²³ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, p. 44.

²⁴ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 72.

²⁵ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.* pp. 12-13.

*reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así*²⁶.

En cuanto a la segunda dimensión, Prieto Sanchís considera al menos cinco tesis sobre el positivismo²⁷, de las cuales resaltamos las siguientes tres: i) la monopolización de la ley como única vía para la producción del derecho, delimitando dicha exclusividad para los órganos legislativos del Estado; ii) la noción del derecho como sistema ordenado carente de contradicciones; y iii) una teoría de la interpretación basada en la subsunción, en la que los tribunales actúan de manera neutra, limitándose a aplicar lógicamente la ley correspondiente al caso. Esto presenta al derecho como una herramienta exclusivamente destinada a la organización del Estado.

Si hasta este punto no es posible advertir una contradicción evidente entre el positivismo y el constitucionalismo, es necesario resaltar a qué tipo de constitucionalismo nos estamos refiriendo. Como mencionamos anteriormente, el fin último del constitucionalismo es la protección de los derechos fundamentales a partir de la limitación del poder público. Sin embargo, esta limitación puede ser realizada desde diversos modelos de constitución con los cuales se puede expresar una idea *débil* o *fuerte* de constitucionalismo²⁸.

Una noción débil de constitucionalismo es aquella que corresponde a una constitución normativa en la que, únicamente se estructura la organización del Estado y los procedimientos para la creación y derogación de normas. En este modelo formal, la constitución no es un objeto susceptible a interpretación, pues no incorpora principios o elementos morales que se hallen fuera del sistema normativo²⁹.

Por otro lado, el constitucionalismo fuerte se corresponde con una noción axiológica o *principlista* de Constitución. En ésta, se trasciende el aspecto formal y organizativo, dando prioridad a una dimensión material sustentada en los derechos fundamentales y principios constitucionales³⁰, los cuales representan la incorporación de

²⁶ Hart, H., *El concepto de derecho*, México, 2ª ed. Editorial Nacional, 1980, p. 230.

²⁷ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.* p. 14.

²⁸ Salazar, Pedro, *op. cit.* p. 91.

²⁹ *Ibidem*, p. 92.

³⁰ *Ibidem*.

una serie de valores morales, cuyo contenido puede hallarse fuera del texto, y requiere de una interpretación para ser asignado. Asimismo, los principios, en tanto constitucionales, también determinan la validez de las normas que se desprenden de la Constitución³¹.

La distinción anterior no es menor, pues a partir de ella podemos apreciar claramente que la tensión entre positivismo y constitucionalismo se sustenta fuertemente sobre distintos modelos de constitución, y las consecuencias que cada uno de estos trae consigo³². Dentro de los efectos que se desprenden de una postura de constitucionalismo débil están la consolidación de una perspectiva positivista tendiente al legalismo, entendido éste como una proposición que postula la soberanía de la ley, principalmente por atender a su fundamento democrático³³. Mientras que el constitucionalismo fuerte afianza la visión en la que la Constitución no se limita a dar directrices sobre la producción normativa, de manera que acota la visión de la omnipresencia del legislador, y sujeta la validez de las normas que éste emite a la coherencia que tengan con los principios constitucionales³⁴.

IV.2. Dos modelos de tribunal

La tensión descrita no se limita a un entendimiento de constitución, sino que impacta de manera relevante sobre la garantía de los

³¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.* p. 17.

³² La distinción realizada en este texto no se encuentra exenta de matices. Por ejemplo, aunque la noción de constitucionalismo débil pueda asemejarse a posturas formalistas, es también una descripción de los modelos constitucionales que han cimentado el constitucionalismo liberal moderno. De manera que, aunque su estructura pueda ser formal, no deja de lado la protección de los derechos fundamentales. Véase Guastini, Ricardo, *Sobre el concepto de constitución*, en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 93-107. Asimismo, la postura del constitucionalismo fuerte, aunque proponga una apertura de la interpretación constitucional, —que hoy podríamos nombrar como neoconstitucional— ésta no puede perder de vista que el parámetro de referencia sigue siendo la propia constitución. Véase Pozzolo Susanna, *Un constitucionalismo ambiguo*, en Carbonell, M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 187-210.

³³ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, Doxa, N. 23, 2000, p. 162.

³⁴ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 92.

derechos, en especial en el ámbito de la justicia constitucional. No podría ser de otra manera, pues a partir de la postura que se asuma, se delimitan en gran medida las funciones de control que se conceden al Tribunal Constitucional.

Como sabemos, el Tribunal Constitucional, al menos el que corresponde a la Europa continental de la posguerra, encuentra su génesis en la propuesta de Kelsen, con la que presenta un modelo de tribunal único, facultado para realizar una confrontación abstracta de normas, en la que se prescinde de cualquier valoración de hechos o elementos morales que sean ajenos al orden normativo³⁵. El análisis que realiza el Tribunal se circunscribe a un aspecto lógico-formal de compatibilidad entre normas legales y constitucionales.

Dicha limitación y exclusión de valoraciones morales y de intereses, se debe a la deferencia que mantiene el modelo kelseniano con respecto del legislador, pues al ser este último el encargado de la creación de normas, tales valores e intereses ya fueron evaluados por el parlamento, y en ese sentido, el Tribunal no puede hacer más que concentrarse en verificar su fundamentación constitucional, sin poder intervenir en la evaluación de su aplicación o contenido³⁶.

Al respecto, de acuerdo con Marina Gascón Abellán, son dos los elementos distintivos del Tribunal Constitucional delineado por Kelsen:

[...] en primer lugar, verificar un juicio abstracto de normas donde quede excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología, y en segundo término, adoptar como exclusivo parámetro de enjuiciamiento una Constitución concebida como regla procedimental y de organización y no como generadora de problemas morales y sustantivos³⁷.

Prieto Sachís apunta sobre este aspecto, que el modelo de tribunal propuesto por Kelsen *se ocupa de reglas y no de principios*³⁸. Ello, de-

³⁵ Gascón Abellán, Marina, *Justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción*, Revista Española de Derechos Constitucional, Año 14, Núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 63-64.

³⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional... op. cit.*, p. 169.

³⁷ Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, p. 64.

³⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional... op. cit.*, p. 170.

bido a que el análisis del Tribunal, correspondiente a una evaluación de fundamentación normativa, se desarrolla dentro del ámbito de la *determinación* de la norma, sin indagar en el carácter de indeterminación de la misma, pues esta área se reserva al legislador³⁹.

Por otro lado, frente a este modelo de tribunal limitado, basado en una concepción de constitución normativa y eminentemente procedimental, se sitúa la noción de tribunal basado en la defensa de una constitución de principios. En este modelo, las y los jueces asumen un papel protagónico en la elaboración del derecho, restando terreno a la discrecionalidad legislativa⁴⁰.

Los principios constitucionales y los derechos fundamentales que se salvaguardan en el modelo de constitucionalismo fuerte adquieren una relevancia capital, pues no son exclusivamente valores a interpretar, sino que representan elementos constitucionales que pueden acotar la función legislativa. Derivado de esto, la función jurisdiccional de las y los jueces⁴¹ (no un único tribunal) se faculta para supervisar las leyes que emanen del parlamento, ya no solo en su fundamentación constitucional —de carácter procedimental—, sino que también pueden evaluar su compatibilidad material con los principios constitucionales⁴².

La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos. Esta censura es promovida por jueces ordinarios y es declarada por las cortes constitucionales. De hecho, ésta ya no es, como en el viejo paradigma paleoiuspositivista (sic), sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea su significado, sino sujeción a la ley sólo si es válida, es decir, si es coherente con la Constitución⁴³.

Tal vez uno de los mejores ejemplos de este modelo es el que se observa en la tradición norteamericana. La cual, si bien tiene sus rasgos particulares, representa un modelo de control de constitucionalidad

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 173.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 93.

⁴² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi, Andrea, Trotta, Madrid, 7ª ed., 2007, p. 26.

⁴³ Ferrajoli, Luigi, *El papel de la función judicial... op. cit.*, p. 93.

difuso; que no deja fuera la valoración de los hechos al momento de decidir, y que plantea un fuerte límite al legislador en aras de una protección de derechos fundamentales⁴⁴.

El modelo norteamericano, que se desprende de una tradición del *common law* inglés, reconoce en las y los jueces actores fundamentales en la creación del derecho, ya que estos no se limitan a una visión europea continental de la aplicación del derecho preexistente⁴⁵.

Esta función activa de los tribunales puede ser bien entendida a partir de dos textos de relevancia: i) el primero de ellos, los apuntes que Hamilton realiza en *El Federalista*. Aquí se reconoce que el principio de soberanía popular plasmado en la frase inicial de la Constitución de 1787: *We the people*⁴⁶, representaba un límite a la función legislativa, pues tal función no podía ser desempeñada sin control al grado, incluso, de ser capaz de ir en contra de los derechos de los individuos que le daban sustento, por tal razón las cortes desempeñaban un papel de control de aquellas leyes producidas por el legislador⁴⁷; ii) en complemento a esto, la sentencia *Marbury vs. Madison* representó la amalgama perfecta para institucionalizar la doctrina de la *judicial review* y la supremacía constitucional⁴⁸, facultando a los tribunales a invalidar las leyes que resultaran contrarias a los principios constitucionales y los derechos fundamentales⁴⁹.

V. LOS TRIBUNALES COMO GARANTES

Debe considerarse que un modelo constitucional basado en principios no se restringe al establecimiento de límites al poder político sino que, los derechos, en tanto pautas de optimización, delinear una serie de deberes estatales que ciñen aún más la función legislativa a las prescripciones constitucionales. En este sentido, el distanciamien-

44 Salazar, Pedro, *op. cit.* pp. 160-161.

45 Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, CONAPRED, 2007, p. 64.

46 *Ibidem*, pp. 48-56.

47 Salazar, Pedro, *op. cit.* p. 161.

48 Santiago Juárez, Mario, *op. cit.* pp. 57-60.

49 Salazar, Pedro, *op. cit.* pp. 162-163.

to de tales directrices también es sujeto de control por parte de los tribunales⁵⁰.

En efecto, una de las revoluciones de mayor relevancia en los últimos siglos ha sido la incorporación de los derechos fundamentales a los textos constitucionales⁵¹. Dicha incorporación no significa una mera declaración de intenciones, sino que representa la sujeción estatal a la garantía de los mismos⁵².

Como lo indica Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos, les corresponde una garantía primaria, entendida como una expectativa de conducta que puede ser un *hacer* o un *no hacer* estatal⁵³; y siguiendo este orden de ideas, la transgresión o incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionable mediante la vía judicial a través de las garantías secundarias⁵⁴.

En esta función de garantía secundaria, los tribunales son los encargados de dos aspectos fundamentales: i) declarar la existencia o inexistencia de una violación a la garantía primaria, y con ello, en primer término, establecer el alcance de los derechos contenidos en la Constitución; y ii) determinar la forma de reparación de los derechos conculcados.

Como puede deducirse, esto trae como consecuencia que, en los modelos constitucionales contemporáneos, la mayor inclusión de derechos comporta la mayor imposición de obligaciones y restricciones para el Estado, condición que aumenta la probabilidad de incumplimiento y, consecuentemente, aumenta la función jurisdiccional⁵⁵. Esta situación coloca a los tribunales en un papel preponderante en la garantía de los derechos.

Todo este aumento en la actividad de las cortes también ha recibido el nombre de *judicialización*. De acuerdo con Luis Roberto Barroso, esto es una consecuencia estructural de las democracias contemporáneas⁵⁶, en las que *los asuntos relevantes política, social o*

⁵⁰ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional... op. cit.*, pp. 175-176.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 26.

⁵² *Ibidem*, p. 59.

⁵³ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *El papel de la función judicial... op. cit.*, p. 88.

⁵⁶ Barroso, Luis Roberto, *Contramayoritario, representativo e iluminista: las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las demo-*

*moralmente están siendo decididos por el Poder Judicial*⁵⁷. Con esto, considera el autor, hay una *trasferencia de poder a las instituciones judiciales, en detrimento de las instancias políticas tradicionales, que son la Legislativa y la Ejecutiva*⁵⁸.

Una de las principales implicaciones atribuidas a la judicialización, es el denominado *activismo judicial*⁵⁹. El cual puede ser entendido como *una actitud (del poder judicial) que elige una forma específica y proactiva de interpretar la Constitución, ampliando su significado y su alcance*⁶⁰. Su manifestación contraria sería la *moderación judicial*⁶¹, que es aquella en la que las y los jueces *buscan reducir su interferencia en las acciones de otros Poderes*⁶².

cracias contemporáneas, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019, p. 13.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ El término fue acuñado por el historiador Arthur Schlesinger Jr., quien en 1947 lo utilizó para referirse de manera peyorativa a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia norteamericana estaba realizando bajo la presidencia del Juez Earl Warren. Véase Almeida Ribeiro, Gonçalo, *Judicial Activism and Fidelity to Law* (2015). in Luís Pereira Coutinho/Massimo La Torre/Steven D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer: Berlin, 2015, p. 2, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3271028> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3271028>.

Debe recordarse que la Corte Warren es conocida por haber emitido muchas de las sentencias más importantes en torno a la expansión de derechos fundamentales; entre ellas, la sentencia *Brown vs. Board of Education*, con la cual se declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas de Estados Unidos. Véase Carter, Robert L., *The Warren Court and the desegregation*, Michigan Law Review Vol. 67, No. 2 (Dec., 1968), p 238-239. Además, esta Corte marcó un paso fundamental al separarse del modelo de interpretación “originalista” que buscaba encontrar la intención original del constituyente, para proponer una interpretación que buscara la expansión de los derechos fundamentales de acuerdo a la actualidad de los tiempos. Véase Santiago Juárez, *op. Cc.*

⁶⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁶¹ Sobre este punto, Marina Gascón Abellán advierte que *la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, y en la medida en que el Tribunal en un ejercicio de autocontención rehúse entrar en cuestiones de legalidad ordinaria, numerosos problemas quedarán abiertos no sólo a distintas opciones políticas, sino también a diversas interpretaciones jurídicas, op. cit.*, p. 80.

⁶² *Ibidem*.

Si bien, desde sus orígenes el término activismo judicial ha tenido una connotación peyorativa, pues se considera que a partir de éste las y los jueces realizan un distanciamiento indebido a la letra de la ley⁶³, debido a la interferencia que efectúan sobre la competencia de otros poderes; lo cierto es que, como bien apunta Luis Roberto Barroso, en muchas ocasiones dicha interferencia no es más que una *ocupación de espacios vacíos*⁶⁴, con la que los tribunales terminan de fijar el alcance de una obligación estatal con respecto a un derecho. En otras palabras, las sentencias que suelen ser señaladas peyorativamente como *activistas*, en la mayoría de los casos solo están actuando dentro de lo que se espera de un tribunal constitucional⁶⁵ que garantiza derechos dentro de un constitucionalismo fuerte.

Sobre esto, podemos encontrar algunos ejemplos en los que la SCJN ha realizado interpretaciones constitucionales que han pretendido maximizar el alcance de un derecho, principalmente a través de medidas activas de garantía⁶⁶.

No obstante esto, no puede pasar desapercibido que cuando se acepta un modelo constitucional en el que no solo se prescriben límites al poder, sino que, también se articulan una serie de pautas estatales, en las que hay una expectativa de lo que se *debe hacer*⁶⁷, las cortes muchas veces suplen la labor legislativa mediante la vía jurisprudencial.

⁶³ Véase Almeida Ribeiro, Gonçalo, *op. cit.* p. 3.

⁶⁴ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.* p. 12.

⁶⁵ Saba, Roberto, *La elusiva frontera entre la justicia y la política*, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019, p. 295.

⁶⁶ Véase SCJN, AR 378/2014, sentencia del 15 de octubre de 2014, sobre la obligación del Estado de garantizar hasta el máximo de los recursos disponibles el derecho a la salud de las personas con VIH-SIDA, atendidas dentro del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias; SCJN, AR 237/2014, sentencia del 4 de noviembre de 2015, sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de las actividades relacionadas con el consumo lúdico o recreativo de la marihuana; SCJN, AD 31/2018, sentencia del 14 de noviembre de 2018, sobre la obligación del Estado de garantizar en los centros educativos el derecho a la educación inclusiva de niños y niñas con discapacidad.

⁶⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional... op. cit.*, p. 186.

Marina Gascón Abellán diferencia aquí entre sentencias interpretativas y sentencias manipulativas. Las primeras son aquellas en las que los tribunales distinguen entre disposiciones y normas, el texto plasmado en las leyes es entendido como una disposición, mientras que la interpretación que realiza el tribunal es entendida como una norma, la cual vincula las autoridades receptoras de la misma y, dependiendo de la estructura orgánica de los poderes judiciales, a los demás tribunales que formen parte del sistema. En este sentido, más allá de lo plasmado por el legislador, es la interpretación constitucional la que resulta obligatoria⁶⁸.

El segundo tipo de sentencias son las manipulativas o aditivas, en las que la interpretación judicial añade un contenido normativo que no se encontraba previsto por el texto emitido por el legislador⁶⁹.

Sin duda esto puede ser entendido como una labor *cuasi* legislativa de los tribunales, que para algunos supone el riesgo de la arbitrariedad de las cortes⁷⁰, también es importante considerar que las sentencias reclaman un principio de fundamentación en el que la decisión tomada pueda ser contrastada con las pautas constitucionales, a diferencia de la función legislativa en la que impera la discrecionalidad política⁷¹. Como afirma Prieto Sanchís:

[...] Desde el punto de vista de su aplicación, los principios y la técnica de la ponderación pueden incrementar la indeterminación del Derecho y la discrecionalidad del juez [...] Pero desde el punto de vista del legislador sometido al control de constitucionalidad (abstracto o concreto), el mismo fenómeno parece tener justamente el efecto contrario: donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios [...] y sus cultivadores, los jueces, porque donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea la que modestamente ofrecen los principios⁷².

⁶⁸ Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁰ Salazar, Pedro, *op. cit.*, p. 228.

⁷¹ Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional... op. cit.*, p. 192; *Si puede decirse así, la racionalidad política «mira hacia el futuro», es un cálculo de consecuencias, de fines y de medios a diferencia de la racionalidad jurídica, que «mira desde el pasado», desde un sistema normativo que ha de proporcionar y justificar el criterio de la decisión*, Gascón Abellán, Marina, *op. cit.* p. 82.

⁷² *Ibidem*.

En este sentido, la función de los tribunales adquiere un papel sumamente relevante dentro del constitucionalismo fuerte, pues su función representa, por un lado, verificar la actuación estatal dentro de los límites constitucionales; y por otro, hacer operativos los derechos que no están siendo garantizados por la obligación legislativa o ejecutiva. En otras palabras, las y los jueces adquieren un papel de garantía para las y los ciudadanos, frente a las acciones y omisiones del Estado⁷³.

VI. CONCLUSIÓN

Sin duda los retos de la jurisdicción constitucional no son sencillos. Mucho menos en las democracias contemporáneas, en las que la garantía de los derechos fundamentales impulsa el fenómeno de la judicialización, y éste a su vez, reclama de las y los jueces una definición teórica —e incluso, tal vez más, política y moral— con respecto de los asuntos que deben ser resueltos.

Como puede apreciarse, la Sala Superior del Tribunal Electoral enfrenta estos problemas. Pues, aunque por un lado las interpretaciones en pro de una expansión de derechos comienzan a posicionar una línea jurisprudencial clara, no pueden ignorarse los argumentos que cuestionan el uso de la justicia constitucional como una herramienta que puede llegar a exceder las facultades del Tribunal. Si bien, la garantía de los derechos es un mandato constitucional para las cortes, éstas, al mismo tiempo, están llamadas a dar certeza de sus resoluciones.

Como es claro, el caso planteado, por sus complejidades particulares, invitaba a una discusión nutrida como la que se dio en la sentencia. Especialmente, si recordamos que el desencuentro de criterios se detonó por normas de grado constitucional. Aunque una tesis sostenida por la SCJN dicta la imposibilidad de contradicción entre normas constitucionales⁷⁴, no puede negarse que el derecho al voto

⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 26.

⁷⁴ Tesis [A]: P. *Constitución Federal. Sus estatutos no pueden ser contradictorios entre sí*, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Vol. 39, Primera Parte, p. 22, Reg. digital 233476.

de las personas en prisión preventiva, recubierto por el principio de presunción de inocencia, se halla en contradicción con la restricción constitucional del artículo 38.

Para dar una salida a tal tensión, se optó por una visión que exigiera el cumplimiento de las obligaciones estatales, principalmente si, como se mostró en la sentencia, la justificación de la restricción era de índole material. Abonando a este razonamiento, la actual configuración constitucional prevé el uso de la interpretación más favorable a la persona.

Como puede observarse, los argumentos expresados por el cuerpo de la sentencia coinciden con las posturas de un constitucionalismo tendiente a la interpretación basada en principios, con la que se busca que las obligaciones estatales plasmadas en la Constitución sean garantizadas efectivamente. Para ello, el Tribunal no limita su función a la de deducir la ley aplicable al caso, sino que identifica la obligación que no ha sido satisfecha y, en ese sentido, garantiza su cumplimiento.

Por otro lado, el voto de los Magistrados disidentes no representa un error ni una equivocación, es una postura judicial que defiende un modelo de interpretación constitucional diferente al de la mayoría, pues no deja de ser cierto que la jurisprudencia constante de la SCJN —de nuevo, tendiendo al positivismo— ha limitado la posibilidad de estudiar la constitucionalidad de normas constitucionales⁷⁵, por lo que, aun con los argumentos correctos, el análisis de las restricciones constitucionales se topa con dificultades. Esta función de contrapeso interno, representa parte de la tarea de las y los juzgadores en los cuerpos colegiados.

En el tiempo de los derechos que acontece, tensiones como ésta son cada vez más frecuentes, situación que confirma lo anunciado por Bobbio hace ya tiempo; el reto generacional de hoy día se encuentra en la garantía y la defensa de los derechos.

⁷⁵ Véase Salazar, Pedro y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto, *Guardia Nacional ¿una reforma constitucional inconstitucional?*, Nexos, núm. 495, marzo 2019, pp. 33-37.

VII. REFERENCIAS

- ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo, *Judicial Activism and Fidelity to Law* (2015). in Luís Pereira Coutinho/Massimo La Torre/Steven D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer: Berlin, 2015, p. 2, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3271028> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3271028>
- BARROSO, Luis Roberto, *Contramayoritario, representativo e iluminista: las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas*, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, en Id., *El Tiempo de los derechos*, sistema 1991, pp. 64-65.
- CARTER, Robert L., *The Warren Court and the desegregation*, *Michigan Law Review*, Vol. 67, Núm. 2, diciembre 1968.
- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Andrés Ibañes, Perfecto y Greppi, Andrea, Trotta, Madrid, 7ª ed., 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción*, *Revista Española de Derechos Constitucional*, Año 14, núm. 41, mayo-agosto 1994.
- GUASTINI, Ricardo, *Sobre el concepto de constitución*, en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- HART, H., *El concepto de derecho*, México, Editorial Nacional, 2ª ed., 1980.
- POZZOLO, Susanna, *Un constitucionalismo ambiguo*, en Carbonell, M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 4ª ed., 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, *Doxa*, núm. 23, 2000, ISSN 0214-8876.

- SABA, Roberto, *La elusiva frontera entre la justicia y la política*, en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambios*, México, SCJN, 2019.
- SALAZAR, Pedro y ALONSO BELTRÁN, Carlos Ernesto, *Guardia Nacional ¿una reforma constitucional inconstitucional?*, Nexos, núm. 495, marzo 2019, pp. 33-37.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, CONAPRED, 2007.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis [A]: *P Constitución Federal. Sus estatutos no pueden ser contradictorios entre sí*, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Vol. 39, Primera Parte, p. 22, Reg. digital 233476.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Contradicción de tesis 6/2008-PL* entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Primera Sala de La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia del 26 de mayo de 2011.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *AR 378/2014*, sentencia del 15 de octubre de 2014.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *AR 237/2014*, sentencia del 4 de noviembre de 2015.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *AD 31/2018*, sentencia del 14 de noviembre de 2018.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *SUP-JDC-85/2007*, Sentencia de 20 de junio de 2007.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *SUP-JDC-2045/2007*, Sentencia de 29 de noviembre de 2007.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *SUP-JDC-98/2010*, Sentencia de 13 de mayo de 2010.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *SUP-JDC-352/2018* y *SUP-JDC-353/2018 ACUMULADO*, Sentencia de 20/02/2019.
- VOTO PARTICULAR que emiten los Magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera, Indalfer Infante Gonzáles y Reyes Rodríguez Mondragón, en el asunto *SUP-JDC-352/2018* y acumulado, sentencia del 20 de febrero de 2019, p. 59.