

CAPÍTULO TERCERO

¿ELECCIONES LAICAS COMO ELECCIONES MÁS DEMOCRÁTICAS Y REPRESENTATIVAS, O NO?

1. Un primer acercamiento hacia la protección de la democracia a través de las elecciones laicas

Ahora bien, es momento de estudiar los límites que, por vulneración del principio de laicidad, ha establecido la jurisdicción electoral mexicana a los derechos fundamentales de los ciudadanos, a partir del derecho fundamental de libertad de expresión, pues en las sentencias en las que el Tribunal Electoral limita los derechos de los ciudadanos por salvaguardar el principio de laicidad, se pueden identificar dos ejes temáticos: *a)* límites a la libertad de expresión por pronunciamiento de discursos con contenido religioso y político, y *b)* límites a la libertad de expresión por el uso de propaganda electoral con simbología religiosa.

Para poder desarrollar el estudio crítico sobre estas dos líneas discursivas desarrolladas en el marco de la jurisdicción electoral mexicana, primero, es necesario realizar un acercamiento respecto de la libertad de expresión y su función en una democracia, y, en forma inmediata, advertir los modelos de libertad de expresión que son mayoritariamente reconocidos en la academia.

A. La libertad de expresión y su función en una democracia

John Stuart Mill consideraba, en su célebre ensayo *Sobre la libertad*, que la libertad de expresión es uno de los elementos

70 / Luis Alberto Trejo Osornio

fundamentales en una democracia, de manera que debía privilegiarse en todo momento, incluso (a mayor razón) cuando era una opinión minoritaria. En ese sentido, Mill decía que “Si toda la humanidad, menos una persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad”.¹⁴¹

En esos términos, para nuestro autor, la opinión que se encuentra protegida por la libertad de expresión no salvaguarda un bien individual, sino que va más allá: la libertad de expresión busca proteger un bien universal, de manera que al privar a una persona de su derecho a expresarse, lo que en realidad se comete es un atropello contra la raza humana. Nunca se puede estar seguro de que la opinión que se trata de ahogar sea falsa, y si se estuviera seguro, el ahogarla sería también un mal.¹⁴²

Santiago Nino reconoce que la libertad de expresión es un bien central en el marco de una concepción liberal de la sociedad. En esos términos, Nino sostiene que la libertad de expresión es necesaria para la promoción del bien de la autonomía personal en condiciones equitativas, así como para enriquecer el debate colectivo, que es inherente a la democracia.¹⁴³

Para el jurista argentino, la discusión es el eje central del debate democrático, por lo que la protección de la libertad de expresión exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de propuestas ideológicas y de críticas al modo en que son conducidos los asuntos de interés público.¹⁴⁴

Como bien lo apuntaba Santiago Nino, la libertad de expresión es un mecanismo de participación, en el que los ciudadanos pueden establecer un diálogo con los gobernantes en relación con los asuntos de interés colectivo. En ese orden de ideas, la

¹⁴¹ Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2011, p. 77.

¹⁴² *Ibidem*, p. 77.

¹⁴³ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3a. reimp., Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 260-262.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 262 y 263.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 71

libertad de expresar opiniones adquiere gran relevancia en un Estado democrático.

Mill consideraba que el bienestar intelectual de la humanidad era la base de la cual depende todo tipo de bienestar, y que para poder arribar a ese bienestar intelectual es necesaria la libertad de opinión y la libertad de expresar toda opinión. Para ello, desarrolló cuatro motivos: *a)* una opinión, aunque reducida al silencio, puede ser verdadera (negar esto sería aceptar nuestra propia infalibilidad); *b)* aunque la opinión reducida al silencio sea un error, puede contener (y con frecuencia contiene) una porción de verdad; *c)* aunque la opinión admitida fuera no sólo verdadera, sino toda la verdad, a menos que pueda ser y sea vigorosa y lealmente discutida, será sostenida por los más de los que la admitan como un prejuicio, con poca comprensión o sentido de sus fundamentos sociales, y *d)* el sentido de la misma doctrina correrá el riesgo de perderse o debilitarse; es decir, el dogma se convertiría en una profesión meramente formal, ineficaz para el bien, pero llenando de obstáculos el terreno e impidiendo el desarrollo de toda convicción real y sentida de corazón.¹⁴⁵

John Stuart Mill considera equivocado el postulado respecto del cual se debe permitir la libertad de expresión, a condición de que la manera de llevarla a cabo sea templada y no vaya más allá de los límites de una discusión leal. En efecto, “la experiencia atestigua que esta ofensa se produce siempre que el ataque es poderoso; y que todo contradictor vigoroso a quien encuentren difícil contestar se les aparecerá, si pone un verdadero interés en el asunto, como un contradictor interpelante”.¹⁴⁶ En ese tenor, cobra vigencia la frase “a veces debemos aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás”.¹⁴⁷

En ese contexto, la libertad de expresión implica la posibilidad de las personas de manifestar su opinión, lo cual puede reflejarse en una carga para el Estado consistente en escuchar la opinión,

¹⁴⁵ Mill, John Stuart, *op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 30.

72 / Luis Alberto Trejo Osornio

incluso aquellas que parecieran inverosímiles a primera vista. En ese sentido, “negarse a oír una opinión, porque se está seguro de que es falsa, equivale a afirmar que la verdad que se posee es la verdad absoluta. Toda negativa a una discusión implica una presunción de infalibilidad”.¹⁴⁸

Es así que a lo largo de la historia de la humanidad el Estado, la sociedad y los poderes fácticos han prejuzgado el contenido del discurso (fuera científico, político, religioso o de cualquier otra índole), sin escuchar las voces de la ciudadanía. En ese orden de ideas, siguiendo a Stuart Mill,

las épocas no son más infalibles que los individuos; toda época ha sostenido opiniones que las épocas posteriores han demostrado que eran no sólo falsas, sino absurdas; y es tan cierto que muchas opiniones ahora generalizadas serán rechazadas por las épocas futuras, como que muchas que lo estuvieron en otro tiempo están rechazadas por el presente.¹⁴⁹

De lo anterior podemos arribar a la conclusión de que la libertad de expresión debe ser entendida como un mecanismo de comprobación, pero también de refutación. Así, las teorías de antaño que parecían verosímiles o, incluso, verdades absolutas, a la postre pueden desvelarse como falsas o anticuadas teorías.

El hombre es capaz de rectificar sus equivocaciones por medio de la discusión y la experiencia, pero principalmente para llevar a cabo ese ejercicio es necesaria la discusión, con objeto de demostrar cómo debe ser interpretada la experiencia.¹⁵⁰ He ahí la importancia de garantizar la libertad de expresión. Incluso, refiere Mill, la más intolerante de las iglesias, la Iglesia católica romana, hasta en la canonización de un santo admite y oye pacientemente a un “abogado del diablo”.¹⁵¹

¹⁴⁸ Mill, John Stuart, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 79.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 82.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 73

Al igual que en los modelos de laicidad, el Estado puede jugar un papel de regulador en mayor o menor medida, de acuerdo con el modelo de libertades que impere en su sistema jurídico. Sin embargo, me ocuparé a continuación de los modelos de libertad de expresión.

B. Modelos de libertad de expresión

El desarrollo que se ha hecho sobre la libertad de expresión puede clasificarse básicamente en dos grandes ejes: por un lado, la concepción de libertad de expresión en su sentido liberal y, por otro lado, la percepción democrática de la libertad de expresión. Ambas posturas pueden parecer antagónicas *prima facie*, pero lo cierto es que hoy en día parecen contar con más similitudes que diferencias.

En efecto, en términos generales existen dos concepciones de libertad de expresión: por un lado, la concepción liberal, que es aquella según la cual se protege el interés del individuo en expresarse, y, por otro lado, está la concepción democrática, que es aquella en la que se prima el debate público, desinhibido, vigoroso y abierto.¹⁵²

Dicho de otra forma, la libertad de expresión, tal como lo ha referido Cass Sunstein, puede ser entendida desde dos perspectivas diferenciales: la perspectiva liberal del “mercado de las ideas” y la perspectiva de un sistema de deliberación democrática.¹⁵³

Concepción liberal de libertad de expresión o mercado de las ideas

La concepción de la política como un mercado parte de la concepción liberal de la libertad; esto es, de la idea de libertad como

¹⁵² Fiss, Owen, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

¹⁵³ Barranco Avilés, María del Carmen, “La libertad de expresión y el modelo de democracia”, en Ríos Vega, Luis Efrén, *Tópicos contemporáneos de derechos políticos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 21.

74 / Luis Alberto Trejo Osornio

no interferencia. Por el otro lado, la concepción de la política como un foro de deliberación colectiva parte de una concepción republicana o de la libertad como no dominación arbitraria.¹⁵⁴

Para la profesora Barranco,

[l]a representación de la política como un mercado incorpora la imagen del poder político como el principal enemigo de la libertad de expresión, de forma que cualquier intervención de éste en la esfera protegida por el derecho tiende a considerarse como una vulneración de su contenido.¹⁵⁵

En este modelo sólo resultan legítimas las restricciones cuando se suscita un conflicto entre derechos fundamentales, y en ese caso el interés común no puede ser justificación para decantarse por una o por otra postura. En ese orden de ideas, de acuerdo con la profesora Barranco, el modelo liberal se caracteriza por dos rasgos distintivos: por un lado, es un modelo que implica la neutralidad del Estado en su regulación y, por el otro, se estructura a partir de una consideración restrictiva de los límites a las libertades.¹⁵⁶

En síntesis, el modelo liberal de libertad de expresión, que es el modelo adoptado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, busca maximizar las libertades públicas por encima de las posturas paternalistas. En este modelo liberal, la libertad de expresión se asume como un valor fundamental en una sociedad democrática.

La libertad de expresión juega un papel muy importante en el modelo liberal, pues el ciudadano es considerado como un sujeto con capacidad de razonar y juzgar entre diversas opiniones para determinar cuál es la mejor. En ese sentido, lo que importa en el modelo liberal de libertad de expresión es el debate “amplio, robusto y desinhibido”. A diferencia de lo que sucede en

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 22.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 75

el modelo democrático, en el modelo liberal de libertad de expresión se debe dar oportunidad a todos los sujetos de expresar sus ideas, aun cuando se trate de ideas que contraríen el orden democrático.

C. *Concepción democrática de libertad de expresión: la política como un foro de deliberación colectiva*

En el sentido opuesto al modelo liberal, Barranco, profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, expone el modelo republicano.

La concepción de la política y del Derecho que se construye desde lo que se ha dado en llamar planteamientos republicanos, se puede individualizar, en relación con la “liberal”, por su crítica al “mercado político”. Frente a la defensa de lo político como el contexto en el que se “negocia” sobre el interés privado de cada uno de los participantes, los autores republicanos pretenden que el objetivo de la discusión pública sea el “consenso” sobre aquella respuesta que satisfaga en mayor medida el interés común.¹⁵⁷

Esta concepción republicana presupone que la libertad protegida ya no es la libertad entendida como no interferencia, sino que ahora el poder político tiene un papel más activo, ahora no aparece como el enemigo de la libertad de expresión, sino como su garante.¹⁵⁸ En ese tenor, la labor del Estado, relacionada con la libertad de expresión, desde el punto de vista republicano o demócrata, busca dar prioridad a aquellas manifestaciones que contribuyen a crear una opinión pública en un sentido democrático.¹⁵⁹

Así las cosas, la profesora Barranco sostiene que “a diferencia de lo que ocurre en un modelo liberal, la regulación de su ejercicio no se aborda desde la neutralidad, sino desde la pretensión

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 24.

76 / Luis Alberto Trejo Osornio

de garantizar el sistema democrático que es condición de posibilidad de todos y cada uno de los derechos”.¹⁶⁰

Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado una especial beligerancia contra el “discurso del odio”, reiterando su doctrina respecto de la cual es “necesario en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”.¹⁶¹

Como se puede apreciar, el modelo democrático de libertad de expresión busca salvaguardar el orden democrático del Estado, y para ello muchas veces va a emplear la sanción y los límites en mayor medida que en el modelo liberal de libertad de expresión. Quizá se pueda decir que el modelo democrático sea un poco más paternalista que el modelo liberal; ello tiene su origen en las distintas circunstancias que han dado lugar al actual modelo de libertad de expresión, pues a diferencia de lo acontecido en Estados Unidos, Europa fue devastada durante la Segunda Guerra Mundial, además de sufrir un holocausto y una persecución nazi, lo que genera el miedo de volver a caer en esos horribles acontecimientos.

D. *Las tensiones entre el liberalismo y la democracia*

Pareciera que ambos modelos de libertad de expresión son antagónicos e incompatibles. Sin embargo, lo cierto es que ello es sólo una contradicción aparente, pues en realidad, a mi juicio, no existe tal. Analizaré esta supuesta contradicción partiendo de la teoría de Owen Fiss relacionada con la libertad de expresión.

Anteriormente, cuando se discutía en torno a la libertad de expresión, se solía asumir como premisa que el Estado era ene-

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶¹ Alcácer Guirao, Rafael, “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, p. 5.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 77

migo natural de la libertad; es decir, el Estado trataba de silenciar al individuo, y era al Estado a quien se debía imponer límites. Sin embargo, para Owen Fiss, ello es una verdad a medias, pues en realidad hay casos en los que el Estado actúa como opresor, pero también en los que constituye una fuente de libertad. Así las cosas, las expresiones de odio, la pornografía, la financiación de campañas políticas, la financiación pública del arte y el acceso a los medios de comunicación masiva son ejemplos de la forma en que el Estado puede llegar a ser amigo de la libertad de expresión.¹⁶²

Así, Owen Fiss analiza la libertad de expresión a través de dos categorías: por un lado, habla de los valores de la libertad; es decir, aquellos derechos fundamentales que gozan de la máxima protección constitucional, que en el caso norteamericano son la libertad de expresión y de prensa, y, por otro lado, los contravalores; es decir, aquellos bienes que el Estado busca proteger. El Tribunal Warren se destacó por ser una de las épocas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en la que más se protegieron las libertades públicas; sin embargo, como bien destaca Fiss, ello se debió a que en los casos más paradigmáticos de los años sesenta, los valores eran infinitamente más fuertes que los contravalores, por lo que era evidente que en un ejercicio de ponderación las libertades se encontrarían por encima de los intereses protegidos por el Estado.¹⁶³

Sin embargo, hoy en día la posición de los contravalores frente a las libertades públicas ha cambiado. En la actualidad, las expresiones de odio, la pornografía y la financiación de las campañas electorales son temas que introducen tensión dentro del consenso liberal, porque los contravalores que el Estado aduce son de un peso inusual, lo cual, en muchas ocasiones, termina venciendo a los valores liberales.¹⁶⁴

¹⁶² Fiss, Owen, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 15-19.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 19.

78 / Luis Alberto Trejo Osornio

El liberalismo clásico ha sido entendido como una teoría maximizadora de las libertades públicas, pero también ha sido señalada como antagónica de la democracia. En efecto, algunos autores, como Sartori, han entendido que el liberalismo clásico busca proteger la libertad, pero ésta se obtiene a costa de la igualdad.¹⁶⁵ Sin embargo, para Fiss, “el liberalismo contemporáneo reconoce el papel que el Estado puede desempeñar para asegurar la igualdad y, a veces, incluso la libertad”.¹⁶⁶

A primera vista se podría pensar que el liberalismo busca maximizar en todo momento las libertades humanas, al grado de que el Estado no pueda intervenir en los procesos económicos; sin embargo, ello no es del todo exacto. En términos de Owen Fiss, el liberalismo tiene otro objetivo aparte de maximizar las libertades: la igualdad.¹⁶⁷ Así las cosas, para Fiss, el Estado regula las expresiones de odio bajo la teoría de que denigran el valor y la dignidad de las víctimas; igualmente, los grupos feministas utilizan la igualdad como emblema de su lucha frente a la pornografía, no por razones morales o religiosas, sino porque consideran que la pornografía vulnera la dignidad de la mujer al reducirla a un objeto sexual, llevándola hacia una desventaja social. Asimismo, la regulación de los gastos electorales se encuentra en el marco de la defensa de la igualdad.¹⁶⁸

Se puede decir que hoy en día los liberales se hallan divididos: por un lado, aquellos que dan preferencia a la igualdad y, por otro, aquellos que se enfocan hacia la libertad. Sin embargo, ello se debe a que un sector de los liberales prefieren decantarse en favor de la libertad, porque tienen como prisma de comparación a las resoluciones liberales de los años sesenta, en los que el Tribunal Warren potencializó las libertades en aras de alcanzar una igualdad racial y sexual. Por su parte, el otro sector de los liberales opta por proteger la igualdad, pues considera que en la actualidad

¹⁶⁵ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2011, pp. 227-245.

¹⁶⁶ Fiss, Owen, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

¹⁶⁸ *Idem*.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 79

no se alcanzará una verdadera democracia mientras las condiciones de la igualdad no hayan sido plenamente satisfechas.¹⁶⁹

Sin embargo, se debe entender que los esquemas del liberalismo han cambiado, pues antes se veía al Estado como enemigo natural de la libertad; en cambio, ahora se nos pide que imaginemos al Estado como el amigo de la libertad.

La labor del Estado como garante de la libertad de expresión no implica que el Estado deba tomar partido o pretenda lograr un resultado, ni siquiera preservar el orden público, sino que la pretensión que se busca es asegurar que el debate público sea vigoroso.

Owen Fiss es consciente de que el Estado puede llegar a ser un opresor de las libertades; sin embargo, refiere que al mismo tiempo el Estado puede usar sus considerables poderes para promover los objetivos que se sitúan en el corazón de una sociedad democrática: la igualdad y, quizá, la propia libertad de expresión.¹⁷⁰

El liberalismo clásico ha ido evolucionando con el paso del tiempo. El liberalismo nace de los ideales de la Revolución francesa y de la Ilustración, por lo que debe ser entendido en esos términos. Asimismo, se debe entender que partiendo de una concepción moderna del liberalismo político de Rawls, esta teoría parte de una sociedad bien ordenada, en la que los ciudadanos son iguales. Por tanto, no resulta plausible ver como antagónicos al liberalismo y a la democracia, al menos no el liberalismo moderno.

2. El contenido esencial y los límites de los derechos fundamentales en favor del principio de laicidad: una aproximación

Ahora bien, una vez analizados los derechos fundamentales en liza, es necesario establecer que éstos no son absolutos, sino que

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 24-27.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 41.

80 / Luis Alberto Trejo Osornio

pueden ser limitados. La cuestión, sin embargo, es dilucidar en qué momentos esos límites son legítimos o constitucionales y convencionalmente correctos.

Es de todos conocido que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, ya que pueden ser limitados cuando obedezcan a una necesidad imperiosa que resulte constitucional y proporcionalmente legítima.

En ese orden de ideas, Häberle considera que una ley que limita los derechos fundamentales más allá de lo necesario para proteger otros bienes jurídicos de igual o superior rango resulta inadmisibles a todas luces.¹⁷¹ Es por ello que toda restricción o limitación de los derechos fundamentales debe ser acorde con los principios constitucionales y proporcionada con el fin que pretende obtener.

El legislador al establecer límites a los derechos fundamentales, lo hace, en un principio, por aquellos bienes jurídicos de igual y superior rango que, al igual que ellos mismos, han encontrado reconocimiento jurídico constitucional, de manera que la concretización de los límites no es un proceso que afecte a los derechos fundamentales desde afuera,¹⁷² sino que por el contrario, cuando el legislador concretiza los límites inmanentes a los derechos fundamentales no los lesiona ni los relativiza, sino que los reafirma y los asegura, es decir, “los determina”.¹⁷³

Para Häberle, “con la determinación de los límites conformes a la esencia, y por ello, de los límites de las «leyes generales» se precisa el contenido esencial de los derechos fundamentales, pues los límites inmanentes cercan este contenido esencial”.¹⁷⁴

En ese tenor, Francisco Bastida Freijedo y sus colegas de la Universidad de Oviedo consideran que, a efecto de preservar un equilibrio entre los derechos fundamentales y sus límites, sin que ninguno de los dos sea sacrificado, es necesario utilizar alguna de

¹⁷¹ Häberle, Peter, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷² *Ibidem*, p. 58.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 59.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 61.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 81

las dos técnicas: por un lado, la del contenido esencial de los derechos fundamentales, y por el otro, la del principio de proporcionalidad.¹⁷⁵ De esta forma, con la técnica del contenido esencial de los derechos fundamentales se pretende asegurar la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de manera que éste solamente pueda fijar sus límites en los términos que predetermina estrictamente la propia Constitución.¹⁷⁶ Como medida complementaria, una vez que se ha determinado con la técnica del contenido esencial de los derechos fundamentales que la limitación impuesta es acorde con la Constitución, se deberá hacer un juicio de proporcionalidad en el que se determine que la limitación es proporcional con el derecho fundamental previsto constitucionalmente.¹⁷⁷

En ese tenor, a efecto de determinar si una restricción a un derecho fundamental es constitucionalmente legítima, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha construido una elaborada teoría acerca del principio de proporcionalidad. En ese sentido, el juicio de proporcionalidad consiste en superar tres requisitos o subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁷⁸

De esta forma, Robert Alexy sostiene que los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas, y que del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se arriba a que los principios son mandatos de optimización en relación con las posibilidades jurídicas, mientras que de los otros dos subprincipios se sigue que son mandatos de optimización relacionados con las posibilidades fácticas. Así, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se traduce en un mandato de ponderación; es decir, cuando una norma de

¹⁷⁵ Bastida Freijedo, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 133.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 133 y 134.

¹⁷⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 91 y 92.

82 / Luis Alberto Trejo Osornio

derecho fundamental colisione con un principio contrapuesto se debe resolver la antinomia sopesando los principios en juego.¹⁷⁹

De acuerdo con la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, que es la que impera tanto en Alemania como en España, el contenido esencial de un derecho fundamental es aquel contenido indisponible al poder limitativo de la ley. Para ello, el derecho fundamental debe ser previamente delimitado conceptualmente para identificar cuál será su contenido esencial y no esencial, de manera que hecho lo anterior se puede determinar cuál es el ámbito en el que el legislador puede imponer límites (evidentemente dentro del contenido no esencial), los cuales deben ser, en todo momento, razonables.¹⁸⁰

En ese tenor, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, en su STC 11/1981, del 8 de abril, lo siguiente:

Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de “contenido esencial”, que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. *El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho... Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así.* Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inheren-

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 137.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 83

tes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, *se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse...*¹⁸¹

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional español entiende que el contenido esencial es la porción del contenido de un derecho fundamental, sin la cual pierde su peculiaridad o esencia; es decir, es “aquella parte del contenido que es indudiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”.¹⁸²

Ahora bien, una vez que se ha determinado el contenido esencial del derecho fundamental, es necesario analizar si la restricción o limitación es proporcional con el fin que persigue. En ese tenor, el principio de proporcionalidad es aquella téc-

¹⁸¹ STC 11/1981, del 8 de abril, FJ 8 (cursivas añadidas).

¹⁸² *Ibidem*, FJ 9.

84 / Luis Alberto Trejo Osornio

nica por la que se realiza el mandato de optimización de todo derecho fundamental y su efecto recíproco, asegurando que la intensidad de la restricción sea el indispensable para hacerlo efectivo. En ningún caso ese límite puede constituir una especie de sanción ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo.¹⁸³

En ese hilo conductor, el Tribunal Constitucional español ha utilizado este canon de proporcionalidad en diversas ocasiones, entre ellas la STC 207/1996, del 16 de diciembre, en la que se refirió que para determinar si el sacrificio de un derecho fundamental es susceptible de ser justificado constitucionalmente, es necesario superar un juicio de proporcionalidad. Al respecto, en la sentencia se realiza el juicio de proporcionalidad, atendiendo a lo siguiente:

...para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.¹⁸⁴

Por otro lado, la ponderación de bienes defendida por Häberle no implica una renuncia a nociones importantes de las teorías absolutas del contenido esencial ni a sus objetivos, sino que, por el contrario, permite proteger el ámbito de libertad conforme a valoraciones, sin que ello sea a costa de un aislamiento de los derechos fundamentales de otros bienes jurídico-

¹⁸³ Bastida Freijedo, Francisco *et al.*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁸⁴ STC 207/1996, del 16 de diciembre, FJ 4.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 85

constitucionales o, incluso, a través de una rivalidad de estos bienes con otros.¹⁸⁵

El resultado de una ponderación es el ámbito protegido en forma absoluta del derecho fundamental, es decir, es lo que tiene que quedar restante.¹⁸⁶

El principio de proporcionalidad debe ser diferenciado del principio de ponderación de bienes, pues el primero surge únicamente cuando una ponderación de bienes ya ha tenido lugar; es decir, el principio de la proporcionalidad presupone una ponderación de bienes.¹⁸⁷ De acuerdo con Häberle, “[e]l principio de proporcionalidad exige que los medios aplicados para lograr el fin a que se aspira sean apropiados. Tiene en común con el principio de ponderación de bienes que es de naturaleza meramente formal”.¹⁸⁸

En ese tenor, es adecuado el principio de proporcionalidad para determinar, tras haber realizado una ponderación de bienes, los límites admisibles de los derechos fundamentales.¹⁸⁹

Asimismo, cabe destacar que el principio de proporcionalidad, habitualmente, es utilizado para determinar si una restricción o límite de un derecho fundamental es constitucionalmente legítima o no, mientras que la técnica de ponderación sirve para sopesar los distintos valores contenidos en los derechos fundamentales, de manera que cuando en un caso exista una colisión entre derechos, a través de esta técnica sea posible determinar qué derecho debe prevalecer.

En ese sentido, para analizar si una limitación a los derechos fundamentales es constitucional y legítima se debe tener en cuenta que ésta no afecte el contenido esencial del derecho fundamental y, posteriormente, que cumpla con una finalidad legítima que se encuentre en proporción con la medida tomada. De

¹⁸⁵ Häberle, Peter, *op. cit.*, p. 66.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 68.

¹⁸⁹ *Idem.*

86 / Luis Alberto Trejo Osornio

esta forma, los límites de los derechos fundamentales resultarán necesarios en una sociedad democrática, precisamente para resguardar otros bienes y valores de igual o mayor importancia.

El propio Stuart Mill refirió que si bien busca maximizar la libertad de las personas, lo cierto es que también considera que para preservar las libertades públicas es necesario establecer determinados límites. En ese tenor, Mill sostiene que “...hasta las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en las cuales son expresadas hacen de esta expresión una instigación positiva a alguna acción perjudicial”.¹⁹⁰ Para sostener lo anterior desarrolla el ejemplo de los comerciantes de trigo, el cual consiste en que la opinión de que los negociantes de trigo son los que matan de hambre a los pobres, o que la propiedad privada es un robo, no debe ser estorbada cuando circula simplemente a través de la prensa; pero puede justamente incurrir en un castigo cuando se expresa oralmente ante una turbamulta excitada y reunida delante de la casa de un comerciante de trigo. En esos casos, Mill considera que la libertad del individuo debe ser limitada para no convertirse en un perjuicio para los demás.¹⁹¹

Es por ello que, habitualmente, los límites a los derechos fundamentales no pueden operar en abstracto, sino que deben desarrollarse casuísticamente, considerando las circunstancias particulares de cada asunto. De esta forma, como lo refiere Gregorio Peces-Barba, no es posible establecer criterios generales muy concretos y aplicables, pero es posible marcar unas guías para la interpretación de los derechos y sus límites. Así, el profesor Peces-Barba entendía que deben prevalecer, entre otros, aquellos derechos que protejan al individuo y a su dignidad, así como aquellos que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la propia integridad y existencia de las personas, o que afecten el núcleo esencial de la sociedad democrática.¹⁹²

¹⁹⁰ Mill, John Stuart, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 127.

¹⁹² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 320 y 326.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 87

El principio de proporcionalidad es una herramienta muy útil a efecto de determinar la pertinencia de los límites de los derechos fundamentales; sin embargo, no ha sido tomado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con la importancia que debería. De hecho, este principio ha sido empleado en muy pocas ocasiones, la mayoría de ellas en sentencias en las que fue ponente el magistrado Santiago Nieto Castillo.¹⁹³

En ese orden de ideas, para poder arribar a una conclusión concienzuda respecto de los límites a los derechos fundamentales de los ciudadanos (en el caso concreto respecto del derecho de libertad religiosa y de expresión en el marco de las campañas políticas) es necesario tener en consideración las técnicas antes mencionadas, las cuales gozan del más alto reconocimiento en sede jurisdiccional y en la academia internacional.

3. ¿La laicidad de las elecciones constituye un mecanismo de fortalecimiento de la democracia mexicana o un límite ilegítimo?

Una vez establecido el canon de enjuiciamiento que, independientemente de lo acertado o desacertado de las resoluciones, debería utilizar el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a la hora de resolver los asuntos en los que involucren derechos fundamentales, procedo a analizar la problemática del presente trabajo a la luz del prisma anunciado.

En el primer epígrafe se desarrolló la importancia de la libertad de expresión en una democracia, así como los distintos modelos que la academia ha reconocido mayoritariamente. En ese sentido, baste decir que el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, a partir del artículo 6o. de la Constitución federal, engloba el derecho de manifestar cualquier expresión o idea, sin que éstas puedan ser objeto de inquisición judicial o administra-

¹⁹³ Al respecto, se pueden destacar las sentencias que recayeron a los expedientes ST-JRC-38/2011, ST-RAP-11/2012, ST-RAP-12/2012, así como en el voto particular formulado en contra de la sentencia ST-JDC-2370/2012.

88 / Luis Alberto Trejo Osornio

tiva, sino en el caso de ataques a la moral, a los derechos fundamentales de terceros, o que provoque algún delito o perturbación en el orden público.

En el criterio jurisprudencial materia de este análisis, el Tribunal Electoral ha asumido la postura de que, atendiendo al principio de laicidad del Estado, se debe limitar la libertad de expresión de los candidatos (uso de simbología religiosa en propaganda política) y de los ministros de culto (en actos o ceremonias religiosas), para salvaguardar los principios democráticos, la equidad en la contienda y el Estado laico.

Ahora bien, una vez delimitado el derecho fundamental, el TEPJF debe realizar el juicio de proporcionalidad para verificar si se cumplen los tres subprincipios que fungen como requisitos imprescindibles para determinar la legitimidad de una limitante a los derechos fundamentales; es decir, las exigencias de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Dicho lo anterior, considero que a través del juicio de proporcionalidad es como se debe analizar si la restricción en la libertad de expresión de las personas, tanto en su dimensión de uso de simbología religiosa como por la emisión de discursos de contenido político en ceremonias religiosas a cargo de ministros de culto, son o no acordes con los estándares de proporcionalidad.

De esta forma, para poder analizar si los límites impuestos persiguen una finalidad imperiosa en una sociedad democrática, utilizaré la teoría de la democracia deliberativa desde la tesis de Santiago Nino.

En la democracia deliberativa, Nino sostiene que todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión deben participar en la discusión correspondiente, pues sólo así —y siempre y cuando hayan tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución— se podrá llegar a una decisión imparcial y moralmente correcta.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 166.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 89

Para Itziar Gómez, la democracia deliberativa es una concepción mixta de la democracia, que se encuentra ubicada en el medio de la democracia liberal y la democracia social o participativa, propugnando por un modelo incluyente de toma colectiva de decisiones por parte de la ciudadanía.¹⁹⁵ El propio Nino sostiene que su teoría de la democracia pretende evitar los extremos de la reflexión individual de Rawls y el populismo de Habermas, tratándose, pues, de la búsqueda por el consenso tras un ejercicio de discusión colectiva.¹⁹⁶

Soy consciente de que la teoría de Nino puede colisionar con la postura garantista de Ferrajoli, especialmente en la forma para determinar los derechos fundamentales. Al respecto, Nino propugna por un modelo dialógico, incluso tratándose de derechos fundamentales. Para el jurista argentino, la discusión sobre los derechos debe ser considerada en el debate democrático;¹⁹⁷ es decir, una democracia del tipo deliberativo se encuentra abierta a la discusión de todos los temas de relevancia pública, incluidos aquí los derechos fundamentales. Por otro lado, ya he referido a lo largo de este trabajo que Ferrajoli, al igual que Garzón Valdés, sostienen que una parte del contenido constitucional es indisponible para el legislador, o lo que es lo mismo, los derechos fundamentales son un “coto vedado” —en términos de Garzón Valdés— o parte de la “esfera de lo indecible” —según Ferrajoli—. ¹⁹⁸

Como se puede apreciar, Ferrajoli y Nino sostienen posturas antagónicas sobre la disponibilidad de los derechos fundamentales en una democracia. Para Nino, los derechos fundamentales

¹⁹⁵ Gómez Fernández, Itziar, “Una aproximación al Tribunal Constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 2, octubre de 2006, pp. 3 y 4.

¹⁹⁶ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, cit., p. 198.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 191 y 192.

¹⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, pp. 102-109; Garzón Valdés, Ernesto, *Derechos, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

90 / Luis Alberto Trejo Osornio

pueden ser planteados y replanteados en la arena deliberativa; en cambio, para Ferrajoli, los derechos no pueden ser sujetos de debate. Al respecto, sin ánimos de iniciar una discusión, pues el tema rebasa colosalmente los alcances de este trabajo, baste por el momento dejar constancia de que para los efectos de esta investigación prefiero decantarme por la posición *ferrajoliana* y *dworkiniana*, por la que los derechos fundamentales son contra-mayoritarios, y al menos respecto de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ninguna mayoría se encuentra legitimada para socavarlos injustificadamente (fuera de los límites previstos y sin que medie un test de proporcionalidad).

En ese sentido, sólo utilizo la teoría de Nino como prisma para contrastar si la actividad ejercida por los actores en los casos narrados se encuentra o no justificada en aras de enriquecer la democracia deliberativa. Con ello no pretendo justificar una postura sobre los límites de los derechos fundamentales, pues para ello me he decantado por el modelo del contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, tal y como lo he manifestado en el epígrafe anterior. De hecho, el propio Nino ha sostenido que su teoría “no implica la proposición absurda de que la mayoría siempre tiene la razón”.¹⁹⁹

Ahora bien, regresando a la senda argumentativa que nos ocupa, lo característico de la democracia deliberativa es que la elección política, para ser legítima, debe ser consecuencia de una deliberación en torno al objeto de esa decisión entre los diversos interlocutores, de manera que estos sujetos se encuentren en un plano de igualdad, en un contexto de libertad, y bajo condiciones de discusión racional.²⁰⁰

En ese tenor, el debate público debe estar conformado por participantes que justifiquen sus propuestas a través de argumentos genuinos, y no mediante posiciones falsas, como la mera

¹⁹⁹ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, cit., p. 181.

²⁰⁰ Gómez Fernández, Itziar, “Una aproximación al Tribunal Constitucional español...”, op. cit., p. 5.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 91

expresión de deseos o la simple descripción de hechos como una tradición, costumbre o dogma religioso, pues ello no contribuiría al progreso de la discusión.²⁰¹

En el ejercicio deliberativo deben concurrir los siguientes presupuestos pragmático-formales: inclusión, simetría y reciprocidad entre los participantes, ausencia de coerción y libertad comunicativa y responsabilidad.²⁰² O mejor dicho por Santiago Nino, para que pueda hablarse de una discusión colectiva es necesario que se cumplan determinadas condiciones, tales como: *a)* que todas las partes interesadas participen en la discusión en condiciones de igualdad; *b)* que las partes participen en forma libre y sin coerción; *c)* que las partes puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; *d)* que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; *e)* que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias, y *f)* que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias.²⁰³

Rodolfo Vázquez, partiendo de una postura rawlsiana, entiende que no existe impedimento para que los ciudadanos que participan en una deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de doctrinas comprensivas, metafísicas o religiosas, siempre y cuando ofrezcan, además, razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos. En ese orden, si el discurso con contenido metafísico o religioso no puede apoyarse en razones públicas paralelas, deben excluirse de la deliberación.²⁰⁴

Por su parte, Ronald Dworkin sostiene que los historiadores debaten sobre las causas de que la religión haya llegado a ser tan importante en Estados Unidos; así, una Iglesia de Estado

²⁰¹ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, cit., pp. 171-173.

²⁰² Vázquez, Rodolfo, "Laicidad, religión y deliberación pública", *Revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, p. 667.

²⁰³ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, cit., p. 180.

²⁰⁴ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 667.

92 / Luis Alberto Trejo Osornio

absorbe las sectas marginales y tiende más hacia el ecumenismo que hacia el fundamentalismo. De esta forma, para Dworkin, en ausencia de una Iglesia oficial florecen las sectas fundamentalistas, y son estas sectas las que probablemente tengan programas políticos.²⁰⁵ Por ello, la solución a la cuestión religiosa en el espacio público no recae en intentar excluir del debate público a las convicciones más profundas de las personas, sino que se debe generar un debate genuino sobre tales convicciones profundas.²⁰⁶

Una vez planteado en términos generales los requisitos del debate público en una democracia deliberativa, creo que existen los elementos necesarios para sostener que los límites planteados por el constituyente mexicano, y aplicados jurisprudencialmente por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, son proporcionales, pues persiguen una finalidad imperiosa en un Estado democrático.

En efecto, las restricciones a la libertad de expresión con contenido religioso son “idóneas”, pues con ello se pretende mantener la equidad en la contienda y evitar que un poder fáctico, como lo puede ser una confesión religiosa en México, llene de cuestiones dogmáticas y metafísicas un debate que, en principio, debería ser racional. Con la medida, tanto el constituyente como la jurisdicción mexicana busca evitar que las distintas confesiones (aunque preponderantemente la Iglesia católica) accedan a cotos de poder a través de la coacción moral o la persuasión basada en elementos dogmáticos.

Asimismo, la medida restrictiva es “necesaria” en una democracia, pues como lo he señalado siguiendo la teoría de la democracia deliberativa, para que pueda existir un debate racional en los asuntos de interés público es menester que los argumentos empleados por los participantes sean racionales y cubran determinados requisitos. Sin embargo, en la arena pública, la discusión no se ve fortalecida con argumentos de tipo religioso y

²⁰⁵ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 73.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 89.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 93

dogmático, por lo que contrario a ello, el discurso de contenido religioso puede ser utilizado en detrimento de la equidad y de los principios democráticos, máxime cuando se trata de argumentos irrefutables, pues se basan en dogmas de fe. Por ello, la medida es la idónea, pues no existe otro medio que pueda salvaguardar los principios democráticos, sino prohibir el uso de expresiones religiosas o de símbolos religiosos en el debate político.

Finalmente, la medida restrictiva es proporcional en sentido estricto, pues representa un mecanismo equilibrado entre los diversos principios en juego. Por un lado, no se impide el libre ejercicio de la libertad religiosa, pues éste se encuentra reconocido en favor de toda persona, siempre y cuando se lleve a cabo en el ámbito personal (en oposición al ámbito público), tal y como se resolvió en el caso *Campa-Niño Pa*, ya que el Estado protege la libertad de las personas de profesar cualquier religión, así como el practicar los actos de culto y devoción propios de cada religión. Por otro lado, se protegen los principios democráticos, especialmente los contenidos en la protección del voto público, libre, secreto y personal, pues con la medida se busca crear las condiciones adecuadas para que toda ciudadana o ciudadano pueda ejercer su derecho al sufragio en condiciones libres y ajenas a todo acto de injerencia, como lo podría significar una coacción moral o religiosa.

Como se ha señalado en párrafos precedentes, el uso de símbolos religiosos o la expresión de ideas de índole religiosa o espiritual deben ser bien recibidos en el espacio público la mayor parte del tiempo, pero como una materialización de la libertad religiosa. Sin embargo, tratándose del ejercicio de la libertad de expresión, el uso de símbolos o la expresión de ideas con contenido religioso pueden ser limitadas para poder salvaguardar los contravalores que consagra el modelo democrático. Por ello, para poder justificar el uso de expresiones de contenido religioso o de simbología de este tipo es necesario apelar a una finalidad imperiosa que fortalezca el debate público.

94 / Luis Alberto Trejo Osornio

Es cierto que en una democracia de tipo deliberativo se debe aceptar la expresión de ideas de todo tipo de contenido; sin embargo, en el caso de expresiones religiosas o dogmáticas no existen los elementos de integración del diálogo, pues los participantes no están en igual posición. Así, es claro que los fieles de una confesión religiosa no cuentan (al menos no en la religión católica, judía o protestante, que son las confesiones con más representación en México) con la misma posición jerárquica y de autoridad que los ministros de culto (curas, rabinos o ministros religiosos). Por ello, no puede existir un diálogo entre pares, sino un simple monólogo basado en dogmas y postulados de fe, que difícilmente pueden ser refutados o contra argumentados.

Así, considero que las expresiones de contenido religioso y el uso de símbolos religiosos no aportan argumentos racionales que permitan el diálogo en el foro público en los asuntos de relevancia, lo cual me permite sostener que los límites a la libertad de expresión en los casos señalados con anterioridad no rompen con los postulados del Estado democrático, sino que lo protegen.

Para Jürgen Habermas, una Constitución liberal ha sido diseñada de forma que se garantice a todas las comunidades religiosas un ámbito igual de libertad en la sociedad civil, lo que a la par supone una protección, de toda influencia civil, a los cuerpos políticos encargados de la toma de decisiones públicas.²⁰⁷

Como la historia nos ha demostrado, las mismas personas a las que se les ha concedido la libertad religiosa son quienes tienen, a su vez, el derecho y el deber de participar como ciudadanos, en un proceso democrático que debe estar libre de cualquier tipo de contaminación religiosa. Para resolver esta aparente paradoja, relata Habermas, el secularismo acude a la privatización de la religión.²⁰⁸ No obstante, John Rawls sostenía que en una Consti-

²⁰⁷ Habermas, Jürgen, "El sentido racional de una herencia de la teología política", en Habermas, Jürgen *et al.*, *El poder de la religión en la esfera pública*, Madrid, Trotta, 2011, p. 33.

²⁰⁸ *Idem.*

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 95

tución liberal no se pueden ni deben ignorar las contribuciones que los grupos religiosos pueden hacer al proceso democrático dentro de la sociedad civil.²⁰⁹

Me parece interesante y acertada la propuesta de Rawls, referente a que en el debate político público se pueden introducir, en cualquier momento, doctrinas generales razonables, religiosas o no religiosas, siempre y cuando se ofrezcan razones políticas apropiadas para sustentar lo que ellas proponen; esto es, el ciudadano debe participar, en el caso de que sea religioso, aportando razones realizadas en un lenguaje secular.²¹⁰

Por ello, todo ciudadano tiene el derecho de participar en los asuntos de relevancia pública, incluso los que profesan una religión determinada. En este sentido, considero que el análisis de cada caso debe realizarse no atendiendo a la persona que emite las expresiones consideradas contrarias al principio de laicidad, sino atendiendo al contenido del propio mensaje. Ello, toda vez que no es posible en un Estado democrático callar las voces de la ciudadanía (entre la cual se encuentra la de los ministros de culto), en aras de proteger un supuesto bien mayor.

Los ministros de culto pueden y deben ser escuchados cuando acepten participar con las reglas del debate; esto es, cuando participen en una discusión aportando expresiones racionales y en una posición de igualdad frente al resto de los interlocutores. De esta forma, no podrán participar cuando lo hagan desde el púlpito, o cuando pretendan formar parte de un debate público a través de dogmas de fe. Así, como lo sostiene Habermas, para que un ministro religioso pueda participar en la discusión de asuntos de relevancia pública, es necesario que lo haga en un lenguaje racional y no religioso o dogmático.

Por ejemplo, tal como lo refiere Faviola Rivera, en los debates sobre derechos sexuales y reproductivos, la Iglesia ha utilizado argumentos morales religiosos para presionar al legislador a

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ *Ibidem*, p. 34.

96 / Luis Alberto Trejo Osornio

adoptar alguna medida.²¹¹ Este tipo de discursos, de acuerdo con el canon de laicidad que he sostenido, podría ser restringido, pues los interlocutores no participarían en igualdad de circunstancias dentro del proceso deliberativo: por un lado se plantearía un discurso racional a partir de valores jurídicos y políticos, mientras que por el otro se llevaría a cabo un monólogo carente de elementos racionales, y por el contrario, se limitaría a señalar dogmas difícilmente aptos de una discusión política racional.

Por lo anterior, es evidente que todo Estado que pretenda cumplir con los elementos básicos de una democracia, debe propugnar por la protección de la neutralidad religiosa del Estado. De esta forma, es válido exigir a la ciudadanía (religiosa o no religiosa) participar en la discusión y toma de decisiones de los asuntos de relevancia pública, si y sólo si utiliza un lenguaje racional que permita generar igualdad entre los interlocutores. Caso contrario, cuando los participantes de la deliberación se resistan a utilizar un lenguaje racional y opten por mantener un discurso religioso o dogmático, será legítimo excluirlos del proceso deliberativo.

Con lo anterior no quiero sostener forma alguna de anticlericalismo, ni mucho menos partir de una postura laicista. Estoy convencido de que el Estado laico obliga no solo a proteger los principios democráticos (materiales y procedimentales), sino que también obliga a salvaguardar los derechos fundamentales de libertad de expresión y de libertad religiosa. De hecho, un Estado liberal democrático sólo puede ser laico (en oposición a laicismo, que sería la concepción anticlerical, irreverente, emotiva y visceral).²¹²

Así las cosas, cuando un ministro de culto pretenda participar en la toma de decisiones de los asuntos de relevancia pública, no

²¹¹ Rivera Castro, Faviola, "Laicidad y Estado laico", en Galeana, Patricia (coord.), *op. cit.*, p. 24.

²¹² Bobbio, Norberto, "Cultura laica y laicismo", *El Mundo*, España, 17 de noviembre de 1999, <http://www.iglesiaiviva.org/222/222-50-BOBBIO.pdf>.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 97

debe abordarse el análisis jurisdiccional excluyendo *prima facie* al ciudadano, por el simple hecho de ser un ministro de culto. Más bien, los tribunales deberán ponderar el contenido del mensaje, a efecto de determinar si se trata de un discurso que cumple con los requisitos de la deliberación en condiciones de igualdad frente al resto de interlocutores.

Ahora bien, distintos son los casos en los que se analizó la propaganda electoral por contener imágenes de templos religiosos, a saber: “Catedral de Morelia”, “Misantla”, “Lara Grajales” y “Morelia”, en los que las salas del Tribunal Electoral analizaron la alegada vulneración del principio de laicidad por el uso de propaganda electoral que contenía imágenes de templos religiosos.²¹³

El común denominador de los casos referidos radica en que los partidos políticos que resultaron vencedores en las elecciones correspondientes utilizaron imágenes de templos religiosos en la propaganda que utilizaron en el marco de sus campañas políticas.

Salvo la Sala Regional Xalapa, parece que el criterio predominante en este tipo de casos se decanta por confirmar la legalidad y constitucionalidad de la propaganda electoral que contiene la imagen de templos religiosos. El criterio mayoritario (principalmente el sustentado por la Sala Superior) implica reconocer que la propaganda electoral que contenga imágenes de templos religiosos, cuando se trate de edificaciones características de la localidad, y no se perciban elementos religiosos como cruces, deidades, o cualquiera que en forma clara haga alusión a determinada confesión religiosa, serían permitidos en la contienda electoral.

Por su parte, el criterio sostenido por la Sala Regional Xalapa se conforma por un argumento más formal; la Sala Xalapa, como ya se ha relatado en páginas precedentes, determinó al resolver el expediente SX-JRC-263/2013 (caso *Misantla*),²¹⁴ que el partido político vencedor en la contienda electoral utilizó propaganda

²¹³ Véase expedientes SUP-RAP-320/2009 (caso *Catedral de Morelia*), SX-JRC-263/2013 (caso *Misantla*), SDF-JRC-164/2013 (caso *Lara Grajales*) y ST-JRC-117/2011 (caso *Morelia*).

²¹⁴ Sentencia SX-JRC-263/2013, del 4 de diciembre de 2013, p. 1.

98 / Luis Alberto Trejo Osornio

que contenía símbolos religiosos, vulnerando con ello el principio de laicidad consagrado en los artículos 40 y 130 de la Constitución mexicana.

De esta forma, al incluir en su propaganda electoral la imagen de un templo religioso, a juicio de la Sala Regional, se rompió con el principio de laicidad. Sin embargo, si bien estaba demostrada la violación constitucional, a la Sala Regional le pareció que la conducta infractora no era de tal magnitud como para decretar la nulidad de la elección.

Posteriormente, cuando la Sala Superior conoció del recurso de reconsideración interpuesto en contra de la sentencia de la Sala Regional, determinó confirmar la sentencia.²¹⁵ No obstante el sentido confirmatorio, la Sala Superior sostuvo, a manera de *obiter dictum*, que si bien el partido político y su candidato utilizaron la imagen de un templo católico, lo cierto es que esta imagen es, en efecto, un símbolo religioso, pero también se trata de una edificación histórica o relevante culturalmente en la localidad, por lo que no puede estimarse que el partido político había utilizado símbolos religiosos en su propaganda.²¹⁶ El mismo criterio ha sido reiterado por la Sala Superior, en mayor o menor medida, en los ya citados expedientes SUP-RAP-320/2009 (caso *Catedral de Morelia*)²¹⁷ y SUP-REC-156/2013 (caso *Lara Grajales*).²¹⁸

La Sala Regional Toluca ha analizado más a profundidad esta línea argumentativa en el expediente ST-JRC-117/2011 (caso *Morelia*),²¹⁹ donde sostuvo que el uso de la imagen de la catedral de Morelia en la propaganda electoral del candidato no era constitutiva de hechos violatorios del principio de laicidad, pues la catedral se muestra como uno de los elementos identificables como propios de la ciudad de Morelia, y se estima que la catedral de Morelia es un monumento que posee características y valores

²¹⁵ Sentencia SUP-REC-164/2013, del 24 de diciembre de 2013, pp. 96-99.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 103.

²¹⁷ Sentencia SUP-RAP-320/2009, del 30 de diciembre de 2009, p. 1.

²¹⁸ Sentencia SUP-REC-156/2013, del 24 de diciembre de 2013, p. 51.

²¹⁹ Sentencia ST-JRC-117/2011, del 28 de diciembre de 2011, pp. 695-697.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 99

arquitectónicos ajenos a la religión, y que promueve los valores de identidad de los habitantes de la ciudad.²²⁰

Como se puede observar, la Sala Superior y la Sala Regional Toluca han aceptado que en determinados supuestos de excepción los símbolos religiosos no se muestran como expresión de una confesión religiosa, sino como elementos de identidad de una localidad. Mientras que la Sala Regional Xalapa, a través de una visión más formal del derecho, ha entendido que basta con la presencia de un símbolo propio de una religión (en el caso la imagen de un templo religioso) para tener por acreditada la vulneración del principio de laicidad.

La Sala Superior y la Sala Regional Toluca han adoptado una postura más protectora de los derechos con una argumentación más acertada. De esta forma, si bien pareciera que la Sala Superior no termina de dar el paso en su argumento, entre líneas se puede leer su intención de darlo. En sentido opuesto, la Sala Regional Xalapa ha inadvertido el contexto social y cultural que impera en el país, y se ha limitado a subsumir la conducta denunciada en la descripción del enunciado normativo.

Es verdad, como lo sostiene la Sala Regional Xalapa, que los templos religiosos son edificaciones propias de una confesión religiosa; sin embargo, ello no puede significar una contravención de la prohibición constitucional de utilizar símbolos religiosos en la propaganda electoral, mucho menos una vulneración del principio de laicidad.

Tal como lo ha referido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Lautsi and Others v. Italy*,²²¹ la neutralidad religiosa del Estado no impide en todos los casos la existencia de símbolos religiosos en el espacio público.

El principio de laicidad no implica la expulsión de los símbolos del espacio público, sino únicamente de aquéllos que vulneren

²²⁰ *Ibidem*, pp. 702 y 703.

²²¹ STEDH *Lautsi and Others v. Italy*, Sentencia de la Gran Sala, del 7 de marzo de 2011.

100 / Luis Alberto Trejo Osornio

la libertad religiosa o que puedan ser considerados perturbantes o adoctrinantes, como lo sería en el marco de las elecciones a cargos públicos representativos.

Los templos de culto, que muchas veces son edificaciones hechas en la época novohispana, o que constituyen auténticas joyas arquitectónicas, no pueden ser consideradas como elementos adoctrinantes o que generen coacción en el electorado. Arribar a esa conclusión sería tanto como prohibir el uso de la imagen del centro histórico de la ciudad de México en la propaganda turística, por mostrar alguna de las caras de la catedral Metropolitana, o sostener que la catedral de la Sagrada Familia en Barcelona es un símbolo adoctrinante para la ciudadanía catalana.

Es verdad, los templos de culto religioso fueron creados con la finalidad de ejercer dentro de ellos las ceremonias propias de determinada confesión religiosa; sin embargo, muchas veces esos símbolos han ido permeando en la cultura de una localidad al grado de formar una identidad social, cultural y política. Por ello, los tribunales deben tener en cuenta al analizar este tipo de casos, no únicamente que se trata de templos religiosos, sino que no deben soslayar el contexto en el que se ubican y el grado de adoctrinamiento o coacción que pudieran, en su caso, generar.

Por ejemplo, en la STC 34/2011, del 28 de marzo, el Tribunal Constitucional español estimó que cuando se trata de una religión mayoritaria en la sociedad, los símbolos religiosos se sincretizan y se hacen parte de la cultura de la sociedad. En ese sentido, no se puede soslayar que en determinados contextos los templos de culto religioso pueden dejar de ser sólo símbolos para, tras un proceso de sincretismo, pertenecer a la cultura e identidad de la sociedad.

En busca de la garantía del Estado laico, en México se han impuesto algunos límites a la libertad religiosa, sobre todo en el ámbito electoral. Sin embargo, esas restricciones obedecen a la historia cultural y a la situación de analfabetismo que lamentablemente impera en el país. Con las señaladas restricciones se busca,

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 101

tal y como lo ha sostenido el TEPJF, proteger la equidad en la contienda y evitar que los procesos electorales se vicien o contaminen con la manipulación del voto desde lo alto de la autoridad moral que representa cualquier confesión religiosa sobre sus fieles.

Coincido con el profesor Celador, en que las restricciones a la libertad religiosa en el ámbito electoral, tales como la prohibición de las confesiones religiosas de intervenir en la vida política de México, así como la imposibilidad de los ministros de culto de ser votados en elecciones populares, denotan la inmadurez de la sociedad mexicana en materia política.²²²

Asimismo, considero que nos encontramos en un Estado de laicidad aún naciente, y que aún falta mucho para alcanzar el nivel que ha adquirido la laicidad estadounidense y la francesa, en la que el Estado protege la libertad de la ciudadanía de creer en la religión o ideología que más le apetezca.

Estoy seguro de que el momento ideal de la laicidad mexicana será cuando se alcance la madurez necesaria para poder establecer un sistema de convivencia en el ámbito religioso, en cualquier escenario político. El modelo ideal de laicidad no implica que la religión deba ser expulsada de la arena pública.

Es más, como lo ha aducido Jürgen Habermas en un brillante debate con el teólogo y papa Joseph Ratzinger, al tomar la postura (a pesar de autoproclamarse ateo) de que la neutralidad del Estado es incompatible con el laicismo, es decir, la expulsión de la religión. En ese tenor, Habermas sostiene que:

La neutralidad cosmovisiva del poder estatal, que garantiza las mismas libertades éticas para todos los ciudadanos, es incompatible con la generalización política de una visión del mundo laicista. Los ciudadanos secularizados, en cuanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura

²²² Celador Angón, Óscar, "Procesos electorales...", *op. cit.*, p. 231.

102 / Luis Alberto Trejo Osornio

liberal política puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público general.²²³

La libertad religiosa es un eslabón fundamental en la cadena democrática, sin el cual no sería posible tener equilibrio político ni social, por lo que, según mi punto de vista, es un sinsentido pretender expulsar a la religión de la arena pública. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado deba asumir una moral pública, ni tampoco vedar la facultad de imponer límites para salvaguardar los contravalores democráticos. Las confesiones religiosas son quienes deben asumir la carga de dotar de un contenido moral a la población, nunca el Estado: tanto la postura religiosa como la laica, si conciben la secularización de la sociedad como un proceso de aprendizaje complementario, pueden tomar en serio sus aportaciones en temas públicos.²²⁴

Sin embargo, dadas las circunstancias del país, considero que los límites impuestos a la libertad religiosa y a la libertad de expresión de contenidos religiosos se encuentran justificadas en el Estado mexicano.

Por ello, me parece que las medidas obedecen a una necesidad imperiosa en un Estado democrático, pero esta medida debe ser transitoria. Considero, además, que el Estado debe ir avanzando paulatinamente hacia el verdadero Estado laico, y en ese tenor, ir liberalizando el factor religioso en el Estado mexicano, de tal manera que con el paso de unos años los ministros de culto tengan las mismas libertades (incluso en materia política) que el resto de ciudadanos. Evidentemente, estas libertades estarán dentro de las fronteras del debate público y la razón, que he señalado en párrafos precedentes.

²²³ Habermas, Jürgen, "¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático?", en Ratzinger, Joseph y Habermas, Jürgen, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*, Madrid, Encuentro, pp. 46 y 47.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

¿Elecciones laicas como elecciones más democráticas... / 103

La realidad es que México ha vivido una transición democrática en forma distinta al resto de Latinoamérica y España. Sin embargo, en el entorno religioso el país ha sobrevivido a una guerra entre la Iglesia y sus creyentes en contra de los reformistas. Tras ese movimiento “Cristero”, el México actual ha heredado la resistencia ante el factor religioso en el espacio público (a pesar de mantener un credo predominantemente católico); quizá eso explique el pensar del mexicano, esa aparente contradicción entre la alta religiosidad de la población y la idea de laicidad, en la que la mayoría de los mexicanos creen.

Hasta en tanto no se rompan los paradigmas heredados, el cambio será lento y paulatino. Esperemos que esa transición sea provechosa.