

REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA GARANTISTA
A LA LUZ DE ALGUNAS DECISIONES
DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN*

Pedro SALAZAR UGARTE

When Olive Wendell Holmes was an Associate Justice of the Supreme Court he gave the young Learned Hand a lift in his carriage as Holmes made his way to the Court. Hand got out at his destination, waved after the departing carriage, and he called out merrily, “Do justice, Justice!” Holmes stopped the cab, made the driver turn around, and rode back to the astonished Hand. “That’s not my job!” he said, leaning out of the window. Then the carriage turned and departed, taking Holmes back to his job of allegedly not doing justice.

Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*,
Harvard University Press, 2008.

* Una versión extensa de este trabajo fue elaborada para ser presentada en el Seminario de Derecho y Jurisprudencia organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo (Madrid, 5 de marzo de 2009). La versión corta que aquí se presenta es inédita como tal. La versión completa —que incluye un marco teórico más extenso y el análisis de algunas decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— será publicada por la fundación antes mencionada en un volumen que será acompañado por los comentarios vertidos en mi ponencia durante el seminario. N. A.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una precisión necesaria: ¿qué es el garantismo?* III. *Garantismo espurio por frivolidad: a propósito de tres decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. IV. *Reflexiones conclusivas*. V. *Anexo único*.

I. INTRODUCCIÓN

Si observamos los estudios de ciencia política de los años de las transiciones democráticas en los países de América Latina, encontraremos que la atención de los politólogos se centró en la conformación de los poderes legislativos y su relación con el Poder Ejecutivo correspondiente.¹ Sobre el Poder Judicial y la justicia constitucional, hasta hace poco más de un lustro, en el ámbito de los estudios politológicos, la literatura es inexistente. En todo caso se discutía la necesidad de garantizar la independencia del Poder Judicial ante el presidente para edificar un Estado de derecho. Una necesidad que, aunque no carecía de importancia, subestimaba el papel que desempeñarían las Cortes con el tránsito hacia el constitucionalismo democrático.² Nadie contaba con que, como ya lo había previsto Hans Kelsen el siglo pasado, la fórmula del constitucionalismo de los derechos —rigidez, principios y control de constitucionalidad— convertirían a los jueces latinoamericanos en un poder político relevante.³

¹ Un libro que me parece emblemático en este sentido —tanto por la importancia que tuvo en su momento como por las referencias constantes de que fue objeto por estudios posteriores— es *Ingeniería constitucional comparada* de Giovanni Sartori (México, Fondo de Cultura Económica, 1996). En ese trabajo, el autor omite cualquier referencia al Poder Judicial y centra su atención en el parlamento y en la administración como únicos “motores” del funcionamiento del Estado. En el mismo sentido de lo que he sostenido, *cfr.* Nohlen, D., “Justicia constitucional y consolidación de la democracia”, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, SCJN, 2008, pp. 3 y 4.

² Esta tesis es sostenida y documentada por Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLACSO-Fontamara, 2006.

³ Recordemos que Kelsen advirtió que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”. Esto es así porque “las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios) [podrían interpretarse] como directivas relativas al contenido de las leyes... y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”. Por ello, Kelsen recomendaba “abstenerse de todo este tipo de fraseología” controvertida en

De hecho, sólo ahora ha cobrado carta de identidad en el debate latinoamericano la llamada “dificultad contramayoritaria”. Hasta hace muy poco se trataba de una preocupación principalmente teórica y exclusivamente académica, pero debido al desplazamiento en el eje decisorio desde los legisladores hacia los jueces, cada vez más es un tema de relevancia política y práctica.⁴ Lo que sucedió es que muchas constituciones contemporáneas —dentro de las que se cuentan la gran mayoría de las latinoamericanas— sobrecargaron de normas de principios su apartado dogmático. Y, con ello, para decirlo con Francisco Laporta: se corre el riesgo de que “los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho”. Y el problema es que los jueces no están preparados para esta tarea porque “su razonamiento moral no pasa de ser vulgar”.⁵

En este desplazamiento, la teoría garantista y la correspondiente noción garantismo desempeñan un papel insospechado. Al ganar prestigio en el debate académico sobre la justicia, el término se ha incorporado en el lenguaje judicial sin mayor rigor teórico. De tal forma que lo que surgió en el ámbito del derecho penal como una concepción orientada para reducir el decisionismo judicial y, por tanto, brindar mayor certeza, seguridad y garantías jurídicas a (los derechos de) las personas, en manos de algunos jueces constitucionales, se está transformando en un ardid para escapar de los vínculos constitucionales e impartir “justicia” desde la arbitrariedad moral o política.

Así las cosas, el garantismo, una especie de “estrella polar” de la modernidad jurídica, en una trágica paradoja, se está convirtiendo en la mas-

las constituciones. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001 (cito de la edición contenida en *Escritos sobre democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988) pp. 142 y 143.

⁴ Una prueba documental de esta creciente relevancia es el volumen, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007. En particular, para este aspecto, se recomienda el texto de Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, pp. 377-402. Debo a Julio Ríos un dato pintoresco: la Constitución boliviana de 2009 ya cuenta con una ingeniosa (y absurda) fórmula para superar dicha dificultad: los jueces constitucionales serán democráticamente electos.

⁵ Laporta, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, IUSTEL, núm. 0, octubre 2008, p. 49.

carada del árbitrio judicial. En una suerte de “garantismo espurio” que, a la vez que cubre la arbitrariedad del juez, va perdiendo su significado original y, con éste, su sentido prescriptivo.

En las páginas que siguen utilizaré como pretexto algunas decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para mostrar cómo el “garantismo” puede utilizarse con finalidades y sentidos que corrompen su significado normativo. Utilizaré los casos para evidenciar dos posibles y perniciosos usos espurios:

a) Regreso al gobierno de los hombres. El garantismo puede convertirse en una herramienta para escapar de los vínculos que impone la supremacía constitucional y adoptar decisiones que —más allá de su (in) justificación en términos políticos o morales— rompen con el “imperio de la ley” al subvertir la jerarquía normativa.

b) Arbitrariedad enmascarada. El garantismo puede ser un pretexto para disimular la arbitrariedad detrás de una decisión que —más allá de su (in)justificación concreta— implicaría adoptar criterios de interpretación que deberían valer para otros casos similares (pero a los cuales se les trata diversamente).

II. UNA PRECISIÓN NECESARIA: ¿QUÉ ES EL GARANTISMO?

Antes de entrar al análisis de los casos, es obligado delinear, aunque sea de manera general, las tesis que establecen cómo debe ser la actuación de los jueces en el modelo garantista. Lo primero que conviene recordar es que el garantismo rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. De ahí que la función judicial deba ceñirse —se antoja decir, “rigurosamente”— al principio de legalidad. El juez, para decirlo con Marina Gascón, “para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe, a su vez, actuar arbitrariamente”.⁶ El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garantice un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al derecho, es un requisito para reducir la indeseable arbitrariedad del juzgador.

No sobra advertir que lo que está en juego, como parte de las garantías que protegen los derechos fundamentales, son la certeza y la seguridad

⁶ Gascón, M., “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en Carbonell, M., y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2006, p. 27.

jurídicas. La vinculación del juez a la ley constituye una obligación que es, a la vez, jurídica, política y moral.⁷ Si el juez abandona su compromiso con el principio de legalidad —abjura de su obligación de actuar *sub lege*—, traiciona su delicada función al interior del modelo constitucional. Sobre este punto, Ferrajoli es claro:

Para garantizar los derechos, el juez puede incurrir a una cierta «inventiva judicial», pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva... es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia. La protección de los derechos en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley... Y se revela en el peor de los casos del todo imposible.⁸

Al juez le corresponde asumir una actitud crítica frente al derecho, que se traduce en advertir, denunciar y promover la expulsión del ordenamiento de aquellas leyes inconstitucionales (es decir, para usar el lenguaje ferrajoliano, que son vigentes pero inválidas) pero, al realizar esa delicada función, el juez debe ajustar su actuación invariablemente al principio de legalidad que lo obliga, ante todo, a observar el contenido constitucional. La frontera de sus potestades y el marco de su función de garantía están normativamente establecidos tanto en la Constitución como en las leyes. Con las palabras de Ferrajoli, al reflexionar sobre la actuación de los jueces (en particular de los penales): “éstos no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino que, por el contrario, deben someterse a las leyes, aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones”.⁹ Y lo mismo vale —sobre todo— para los casos en los que estén en juego sus intereses o cálculos políticos.

Como puede observarse, es errado sostener que la teoría garantista promueve una actitud decisionista por parte de los jueces. Cuando éstos actúan sobre la base de un razonamiento moral abierto o a partir de cálculos políticos (estrategias sustantivamente distintas pero que lesionan igual la certeza y la seguridad jurídicas) distorsionan y falsean la teoría.

⁷ *Idem.*

⁸ “Derecho y Razón”, pp. 919 y 920. Ambas citas se encuentran en Gascón, M., *op. cit.*, p. 29.

⁹ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 925.

En el garantismo vale más bien lo contrario: la actividad judicial debe ceñirse a conocer los hechos y el derecho, y a constatar las consecuencias de la aplicación del segundo sobre los primeros (no debe olvidarse la génesis penalista de la teoría). De ello depende, ni más ni menos, el respeto al principio de imparcialidad.

Una cosa distinta es que, dadas las características de las Constituciones contemporáneas, los jueces cuenten con mejores pretextos para esquivar su responsabilidad. O, en el mejor de los casos, aunque intenten cumplir con ella, les resulte más difícil hacerlo. Para quien busque en esta explicación la justificación al decisionismo judicial, me limito a referir la siguiente reflexión de Norberto Bobbio:

Sé muy bien que es difícil despojarse de nuestras preferencias; pero precisamente en ello reside la nobleza del científico. La neutralidad axiológica es la virtud del científico, como la imparcialidad es la virtud del juez: a nadie se le ocurría sugerirle a un juez que, dado que es muy difícil ser imparcial, lo mismo dé que no lo sea.¹⁰

So pena de incurrir en la falacia realista, debemos mantener firme la lógica del garantismo que apunta hacia la dirección opuesta del decisionismo. No es casual que, incluso teóricos del neoconstitucionalismo —que suelen mostrar menos resistencia ante el activismo judicial (típicamente Dworkin y Alexy)— también aspiren a limitar el margen de discrecionalidad judicial a través de métodos de argumentación jurídica.¹¹ Basta leer sus trabajos (sobre todo los de Alexy) para constatar que la ponderación —por citar el método más acreditado en el debate constitucional actual—, más allá de sus problemas, dificultades y limitaciones, es mucho más que una muletilla para ser usada por los tribunales a la hora de dictar una sentencia. Lo que sucede es que, como sostiene Francisco Laporta, en el constitucionalismo actual, “las sentencias han de someterse a un control de racionalidad mucho más severo que el anterior”, por-

¹⁰ Bobbio, N., *Teoria Generale della Politica*, Torino, Einaudi, 1999, p. 14.

¹¹ Andrea Greppi y Miguel Carbonell me han hecho notar, con razón, que esto se debe a que el garantismo y el neconstitucionalismo son teorías que comparten algunos rasgos similares, pero, en realidad, mantienen fuertes diferencias. El origen penalista de la teoría garantista conduce a sus promotores hacia una reducción del activismo judicial, mientras que el neoconstitucionalismo constata el activismo judicial existente en el marco de las democracias constitucionales y tiende a defenderlo.

que “el juez es la boca muda de un razonamiento que debería poder ser aceptado por una audiencia ilustrada”.¹²

III. GARANTISMO ESPURIO POR FRIVOLIDAD: A PROPÓSITO DE TRES DECISIONES DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

La Sala Superior del Tribunal Electoral en México tiene facultades muy poderosas. Para los efectos de este ensayo basta con advertir que —por una anomalía mexicana que excluyó a los derechos políticos del catálogo de los derechos fundamentales— corresponde a esta autoridad jurisdiccional, y no a la Suprema Corte de Justicia, brindar protección constitucional a los derechos políticos. El recurso de garantía por excelencia para dichos derechos se llama “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano” (en adelante: JDC).¹³ Durante la década que va de 1996 a 2006, el Tribunal, por la forma en que amplió los alcances de ese recurso de protección constitucional, se ganó fama de “garantista” y progresista.¹⁴ Más allá de lo (in)justificado de la cali-

¹² Francisco Laporta, *op. cit.*, p. 55.

¹³ En ciertos supuestos pueden utilizarse otros recursos jurídicos —como el recurso de apelación, el recurso de inconformidad o el juicio de revisión constitucional— para combatir decisiones que vulneran derechos políticos fundamentales (Agradezco a Marco Zavala la precisión).

¹⁴ *Cfr.* Orozco, J., “Jurisprudencia electoral y reforma constitucional y legal”, en Córdova, L. y Salazar, P. (coords.), *Constitución, democracia y elecciones: la reforma que viene*, México, 2007. El propio Tribunal asumió expresamente esa orientación al adoptar algunas decisiones que permitieron ampliar los derechos de los militantes frente a las dirigencias partidistas, los supuestos de legitimación para presentar impugnaciones, etcétera. A continuación reproduzco dos párrafos que constan —apenas con algunos cambios menores— en las sentencias de aquella época que fueron proyectadas en dicha dirección: “No obstante ello, y en una nueva reflexión más acorde a la vocación garantista y antiformalista que ha demostrado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, misma que en diversas resoluciones privilegia el derecho a la impartición de justicia electoral accesible, completa y efectiva; una protección amplia de los derechos político-electorales del ciudadano, así como el fortalecimiento del sistema de partidos políticos, ha decidido adoptar el criterio de que para la aplicación del precepto jurídico citado en el párrafo anterior se deberá necesariamente valorar la naturaleza del acto reclamado y su vinculación con el proceso electoral.

...

Así, bajo el modelo de constitucionalismo denominado garantista, al resolver una cuestión interpretativa en la que existan diversas posibilidades, esta Sala Superior se

ficación, lo cierto es que éste fue el primer tribunal que ostentó dicho calificativo en México.¹⁵

Dicho reconocimiento fue otorgado a la Sala Superior del Tribunal desde su integración original (de 1996 a octubre de 2006), pero ha permanecido como distintivo de la nueva integración —siete nuevos jueces— que, desde 2008, tienen nuevas y mayores facultades. El problema, como intentaré mostrar en este trabajo, es que los nuevos jueces está aprendiendo a utilizar dichas facultades con poca constancia.

1. *De regreso al gobierno de los hombres*

Permítaseme una perogrullada: el principio de supremacía constitucional representa uno de los presupuestos fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y su observancia por parte de todos los poderes —el Judicial incluido—, es garantía última del imperio de la ley. En el primer caso que analizaremos, los jueces electorales olvidaron esta cuestión elemental y adoptaron una decisión que —aunque pueda parecer políticamente sensata— implicó subvertir la jerarquía normativa. Veamos los aspectos medulares del caso:

El artículo 38, fracción II, de la Constitución mexicana, ordena la suspensión de los derechos ciudadanos a quienes se encuentran sujetos a un proceso criminal desde la fecha del llamado “auto de formal prisión”, que es una resolución judicial que se dicta al inicio del proceso y, por lo mismo, antes de que se determine la culpabilidad o inocencia del procesado.¹⁶ Se trata, a todas luces, de una disposición que contradice el ánimo

inclina en favor de aquella que resulta conforme con la Constitución, en el caso concreto, el derecho de acceso a la justicia que prevé el artículo 17 de nuestra carta magna”. *Cfr.* entre otras, las sentencias registradas bajo los rubros: SUP-RAP-72/2005 y SUP-RAP-080/2005. La decisión más controvertida de dicha integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral fue el Dictamen de validez de la elección presidencial en 2006 (que le valió críticas de muchos de sus —hasta entonces— admiradores). *Cfr.* Cruz Parceros, “Los errores y las omisiones del Tribunal Electoral. Análisis argumentativo del dictamen de la elección presidencial”, *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 26, abril de 2007.

¹⁵ Lo cual molestó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Véase Astudillo, César, “La guerra de las cortes”, *Nexos*, núm. 366, junio de 2008.

¹⁶ “Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: ii. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión...”. El propio Tribunal Electoral explica esta figura

que inspira la teoría garantista, pero, nos guste o no, es una disposición constitucional vigente en México.

Con fundamento en esa disposición, la autoridad electoral administrativa mexicana (Instituto Federal Electoral) negó la credencial de elector (documento de identidad indispensable para ejercer los derechos políticos en México) a José Gregorio Pedraza Longi. La decisión se sustentó en la notificación judicial oficial mediante la cual el juez penal de un pueblo llamado “Libres”¹⁷ advertía a la autoridad electoral que había dictado “auto de formal prisión” en contra de Pedraza Longi, por lo que, con las palabras del propio juez, “fue suspendido de sus derechos políticos”.¹⁸ El ciudadano impugnó la decisión mediante un JDC ante la Sala Superior del Tribunal Electoral. Y, aunque no era el primer caso similar que llegaba a esta instancia, sí fue la primera ocasión en la que ese órgano jurisdiccional —por el voto unánime de sus miembros— otorgó la razón al ciudadano. Ésta fue la argumentación unánime de los jueces:

a) Los derechos fundamentales constitucionalizados “deben concebirse como principios o lineamientos mínimos; los cuales, al no encontrarse constreñidos a los consignados de manera taxativa en la norma constitucional, deben considerarse susceptibles de ser ampliados por el legislador ordinario o por convenios internacionales”.

b) Si bien, la Suprema Corte de Justicia mexicana —al interpretar el artículo que establece la jerarquía normativa en México (artículo 133 de la Constitución)— ha sostenido que “los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”,¹⁹ para el Tribunal Electoral

jurídica con las siguientes palabras: “...el referido auto de formal prisión es aquella resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional al vencer el término de setenta y dos horas, mediante la cual, previa reunión de los datos que sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y que exista presunta responsabilidad del inculpado, se emite prisión preventiva en su contra y, por lo tanto, se le sujeta a un proceso penal, con lo cual, se fija la materia por la que se ha de seguir el mismo; debiéndose precisar que el objeto de dicho auto de formal prisión no se limita a la detención, sino que habrá de tener algunas otras consecuencias como: d) suspende los derechos y prerrogativas del ciudadano, en términos de la fracción II del artículo 38 de la Constitución General de la República”.

¹⁷ El nombre completo del juzgado es: Juzgado Mixto de San Juan de los Llanos Libres Puebla.

¹⁸ El caso completo y las citas textuales al mismo se encuentran en la sentencia correspondiente registrada bajo el rubro SUP-JDC-85/2007.

¹⁹ Tesis LXXVII/99 (que aunque ha sido ratificada aún no ha sentado jurisprudencia).

“si el tratado amplía la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de los ciudadanos, deben considerarse como normas supremas de la Unión y constitucionalmente válidas”.

c) Y como el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que “la suspensión de derechos no debe ser indebida”;²⁰ en palabras del Tribunal: “resulta válido atender a éste [artículo] para orientar la decisión respecto de la pretensión del demandante, en el sentido de que, al estar sujeto a proceso y no encontrarse privado de la libertad, debe permitírsele ejercer el derecho a votar y por consiguiente, expedirle la credencial de elector que solicitó”.

d) El Tribunal refuerza su argumento con el principio de presunción de inocencia: “aun cuando el impetrante haya sido sujeto a la traba de la formal prisión por su presunta responsabilidad en la comisión de los ilícitos de mérito, no ha sido condenado, lo cual es condición para ser suspendido en el derecho a votar”.

e) Para rematar, incluso, los jueces evocan un artículo de la Constitución local del estado de Puebla —que tiene un tercer nivel en el escalafón normativo—, la cual señala que, en esa entidad geográfica, los derechos políticos se suspenden: “por estar procesados por delito intencional *que merezca sanción corporal*, desde la fecha en que se dicte auto de formal prisión...”.²¹

Sobre esta base argumentativa, los jueces ordenaron que se le entregara la credencial al ciudadano. Lo que resulta sorprendente es que, para poder hacerlo, realizaron una extraña especie de control de constitucionalidad invertido: como el artículo 38 de la Constitución contradice un tratado internacional y una Constitución local, entonces no debe aplicarse (lo que, para todo fin práctico, supone declararlo inválido). Teniendo como base un presunto principio garantista —*in dubio pro cive*— abandonaron uno de los principios básicos de todo orden constitucional: la supremacía de la Constitución. De esta forma, aunque brindaron tutela

²⁰ En efecto, el encabezado del artículo establece que “todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2o., y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: derechos políticos”.

²¹ El subrayado es mío. Como puede observarse, a diferencia de la Constitución federal, la carta constitucional local exige que se trate de un delito intencional para justificar la suspensión.

al derecho político del señor Pedroza Longi, socavaron el principio de la certeza jurídica.²²

Los propios jueces electorales, hacia el final de su sentencia, parecen darse cuenta de las consecuencias de su decisión y, abruptamente, echan mano de un argumento distinto —ahora de índole práctica— para sustentar su decisión. Dejando de lado el espíritu garantista y la defensa del principio de “presunción de inocencia”, eligieron la peor salida posible: dado que Gregorio Pedroza Longi no era acusado de un delito grave y podía enfrentar su proceso en libertad, entonces, sí tenía derecho a votar. De lo contrario, si hubiera estado recluso durante el juicio, no podría ejercer su derecho al sufragio pero no por razones jurídicas, sino por un impedimento físico. Vemos el argumento en boca de los jueces:

A la misma conclusión se arriba al realizar una interpretación sistemática y funcional del precepto constitucional en cuestión, porque conforme a estos métodos se obtiene que la suspensión de los derechos políticos se produce

²² Con su decisión, además, contradijeron el sentido de la siguiente tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN (Tesis: 1a./J. 171/2007): “DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si bien el citado precepto constitucional dispone expresa y categóricamente que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden a causa de un proceso criminal por delito que merezca pena corporal y que el plazo relativo se contará desde la fecha de la emisión del auto de formal prisión; y, por su parte, el artículo 46 del Código Penal Federal señala que la referida suspensión se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso respectivo, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena —lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional—, ello no significa que la suspensión de los derechos políticos establecida en la carta magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por parte del legislador ordinario en el código sustantivo de la materia, ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata de dos etapas procesales diferentes. Consecuentemente, *deben declararse suspendidos los derechos políticos del ciudadano desde el dictado del auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal; máxime que al no contener éste prerrogativas sino una restricción de ellas, no es válido afirmar que el mencionado artículo 46 amplíe derechos del inculcado*. Lo anterior es así, porque no debe confundirse la suspensión que se concretiza con la emisión de dicho auto con las diversas suspensiones que como pena prevé el numeral 46 aludido como consecuencia de la sentencia condenatoria que al efecto se dicte, entre las que se encuentra la de derechos políticos, pues mientras la primera tiene efectos temporales, es decir, sólo durante el proceso penal, los de la segunda son definitivos y se verifican durante el tiempo de extinción de la pena corporal impuesta.” El subrayado es mío.

únicamente respecto de aquellos ciudadanos que, dada la magnitud del ilícito cometido, no tienen la posibilidad de encuadrar en la hipótesis normativa que actualiza el incidente caucional y por ende, *al encontrarse forzados a ingresar en prisión, se ven restringidos en el uso y goce de ciertos derechos como los político-electorales...*²³

Resulta, pues, que el “garantismo” de los jueces electorales depende, en realidad, de un *dato de hecho*: que la persona sujeta a un proceso penal —en tanto no se determine su culpabilidad o se declare su inocencia— pueda desplazarse físicamente a un centro de votación. Así las cosas, además de subvertir el principio de supremacía constitucional, se corre el riesgo de incurrir en discriminaciones: ¿por qué no tienen derecho a la misma protección los individuos acusados de un delito grave cuya culpabilidad no ha sido determinada? Bonito garantismo. Un mínimo de consistencia los debió conducir a sostener algo como lo siguiente: dado que la fracción II del artículo 38 de la Constitución mexicana contraviene disposiciones “garantistas” de ordenamientos secundarios, se ordena la colocación de urnas para la votación en los penales para que puedan votar los ciudadanos que, aunque están sujetos a proceso, aún no hayan sido condenados. Y la cosa se complica si pensamos en otro de los derechos cuya suspensión contempla el artículo 38 constitucional: el voto pasivo. Habría que preguntar a los jueces electorales cuál es el criterio que opera en el caso de ese derecho que bien podría ejercerse desde la prisión: ¿los acusados (todavía no sentenciados) de delitos graves estarían o no en posibilidad jurídica de ejercerlo? Si la respuesta es afirmativa, que yo sepa, nadie se los ha comunicado.²⁴

Cuando Ferrajoli aborda el delicado tema del conflicto moral al que puede enfrentarse un juez al tener que aplicar normas *constitucionales*

²³ En la sentencia, en el mismo sentido, también puede leerse lo siguiente: “...como no hay una pena privativa de libertad que verdaderamente reprima al sujeto activo en su esfera jurídica y, por ende, le impida materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones fácticas que justifiquen la suspensión o merma en su derecho político-electoral de votar”.

²⁴ Llevando el razonamiento al extremo, el Tribunal Electoral podría concluir que otras disposiciones constitucionales (del ámbito local) como las que prohíben a los mexicanos por naturalización ser gobernadores de las entidades federativas en que viven son inválidas, ya que restringen injustificadamente el derecho al sufragio. Probablemente —como me ha sugerido Héctor Fix-Fierro— existía otra ruta de interpretación para declarar la inconstitucionalidad de dicho artículo pero, en definitiva, la adoptada por el Tribunal Electoral resulta sumamente endeble.

que entran en conflicto con sus convicciones, no invita al juzgador a subvertir el principio de supremacía constitucional. En todo caso lo invita a reconsiderar su vocación:

...un verdadero conflicto de conciencia entre derecho y moral sólo podría darse efectivamente si los valores incorporados [no a las leyes ordinarias sino] a la misma constitución del ordenamiento, entrasen en contradicción con sus personales valores morales obligándole a violarlos. Pero ésta sería quizá una razón moral suficiente para excluir como injustificada su opción de ser juez.²⁵

2. *Arbitrariedad enmascarada*

El caso central de este segundo apartado de análisis involucra a uno de los políticos mexicanos con peor fama pública (y más recursos económicos): Jorge Hank Rhon. En 2006, Hank era alcalde de la ciudad de Tijuana (había sido electo para el periodo 2004-2007) y decidió contender para la elección de gobernador del estado de Baja California de la mano de su partido político, el histórico Revolucionario Institucional. El problema es que en 2002 se había establecido la siguiente prohibición en la Constitución estatal:

No podrán ser electos gobernador del estado:

...

Los diputados y senadores del Congreso de la Unión, diputados locales, *presidentes municipales*, síndicos, procuradores y regidores de los ayuntamientos *durante el periodo para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos*; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo.

El artículo —bautizado como la “ley antichapulín” (por aquello de los saltamontes que están saltando de un cargo público a otro)— había sido votado por todos los partidos políticos en el Congreso Local, incluido el Revolucionario Institucional. Si bien, en un primer momento, el Tribunal Electoral del estado —basándose en otro artículo de la Constitución local (artículo 41)— aceptó registrar al señor Hank como candidato,²⁶ ante una

²⁵ Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, cit., p. 926.

²⁶ El artículo 41, en su fracción VI, establece como requisito para ser candidato a gobernador: “No tener empleo, cargo o comisión en el Gobierno Federal, Estatal o Municipal, en

segunda impugnación interpuesta por sus opositores, el mismo Tribunal revocó su registro. Finalmente, el caso llegó a la Sala Superior del Tribunal Electoral Federal. Este tribunal de última instancia decidió revocar la resolución del Tribunal local y otorgar el registro al señor Hank, quien así pudo competir y perder la elección para gobernador. El razonamiento del Tribunal Electoral Federal es interesante:²⁷

a) En ese momento, el Tribunal Electoral estaba impedido para realizar control de constitucionalidad sobre leyes, porque la Suprema Corte —mediante una decisión que muchos interpretaron como un arranque de celos de los jueces constitucionales ante la popularidad de los jueces electorales— había determinado que sólo ella y ningún otro órgano podía verificar la conformidad de una ley electoral con la Constitución.²⁸

b) Por tanto, el Tribunal Electoral no estaba facultado para verificar si el artículo 42 de la Constitución de Baja California contradecía o no la Constitución federal.

los Organismos descentralizados municipales o estatales, o Instituciones educativas públicas; *salvo que se separen en forma provisional, noventa días antes del día de la elección.*” En aquella ocasión (11-XII-2006) el Tribunal Electoral local convalidó el registro que previamente le había otorgado el Instituto Electoral del Estado al señor Hank, argumentando que el artículo 41 era posterior (del 18-X-2002) al artículo 42 (del 4-X-2002). Así la antinomia fue resuelta con el principio de interpretación *Lex posteriori derogat priori*.

²⁷ Las citas provienen directamente de la sentencia: SUP-JDC-695/2007.

²⁸ La primera tesis en este sentido es la P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, con el rubro “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”. En la misma, entre otras cosas, la Suprema Corte sostenía que: “...a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde en forma exclusiva conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución Federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia ley fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la carta magna está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral sólo puede manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de una ley electoral con el propio Ordenamiento Supremo, ya que de lo contrario estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde”. La tesis fue confirmada en otras ocasiones (Tesis P./J. 24/ 2002, de la misma fecha) y, finalmente, superada mediante una reforma constitucional de 2007 que claramente sancionó lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente constitución...” (artículo 99, IX de la CEPM).

c) Para sortear el impedimento, el Tribunal Electoral argumentó que ese obstáculo jurídico no le impedía contrastar la Constitución bajacaliforniana con los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Para los jueces electorales, este ejercicio —verificar la conformidad de las normas locales de tercer rango con las disposiciones internacionales de segunda posición jerárquica— no constituía un control de constitucionalidad. Desde su perspectiva se trataba de un mero control de legalidad.

d) De nuevo abordando el principio de la jerarquía normativa de manera *sui generis* —leyendo el ordenamiento desde abajo hacia arriba: primero la Constitución local y después los tratados internacionales pero sin llegar a la Constitución federal—, los jueces electorales sostuvieron que el artículo 42 de la Constitución de Baja California “contraviene a los tratados internacionales, y en especial a los artículos 1o., 2o., 29 y 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales forman parte del sistema jurídico mexicano, lo cual debió respetarse por principio de jerarquía normativa”.²⁹

Los argumentos del Tribunal Electoral fueron reforzados mediante conceptos propios de la teoría garantista, tales como el “bloque de constitucionalidad”, la “interpretación expansiva de los derechos”,³⁰ la “proporcionalidad”, etcétera. La tesis central se encuentra sintetizada en el siguiente considerando de la sentencia:

...la Constitución permite que el derecho internacional expanda los derechos consagrados en el sistema jurídico nacional, pues los derechos fundamentales sólo están protegidos contra cualquier restricción o suspensión, en términos de su artículo 1o. (constitucional), por lo cual, *a contrario*

²⁹ Para interpretar dichas disposiciones, echaron mano del artículo 23 de la propia convención y del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, citaron casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en particular se refiere al caso *Yatama vs. Nicaragua*).

³⁰ Sobre el tema de la incorporación de las disposiciones internacionales en materia de derechos fundamentales, *cfr.* Caballero, J. L., “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo, culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, IJ, 2006, t. I. Sobre el caso, *cfr.*, del mismo autor: “Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Comentario a la sentencia formulada por la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano SUP-JDC-695/2007 (caso Hank)”.

sensu, se permite su ampliación, si se tiene en cuenta que la Constitución establece exclusivamente un catálogo mínimo de derechos fundamentales, que sirven de limitante a la autoridad, a fin de garantizar el desarrollo pleno del individuo en el contexto social, cuya dinámica conduce a la constante conquista de nuevos derechos fundamentales, razón por la cual cualquier maximización o potencialización de los derechos fundamentales contribuye a cumplir de mejor manera ese fin social.

Esta manifestación de garantismo fue posible por la manera particular en la que los juzgadores leyeron el principio de jerarquía normativa.³¹ Al contrastar las normas desde abajo hacia arriba, pudieron comparar la Constitución local con los tratados internacionales sin tener que considerar a la Constitución federal. Esta estrategia les permitió sostener que su decisión no implicó ejercicio de control de constitucionalidad alguno, sino que fue un simple ejercicio de control de legalidad. Según los jueces, esto es así porque el parámetro normativo para determinar la validez de la norma en cuestión fueron los tratados internacionales y no la Constitución del país.³² Lo que omitieron valorar fueron las consecuencias de su decisión: en la práctica, aunque la decisión valiera sólo para el “caso Hank”, el artículo 42 de la constitución de Baja California quedó sin efectos. Me pregunto si no es éste el resultado de un ejercicio de control de constitucionalidad.

Pero no es este el punto en el que quiero detener mi atención. Lo que pretendo mostrar a continuación es la inconsistencia de los jueces a la hora de decidir otros casos de personajes menos poderosos.

3. *Un caso para confirmar la hipótesis*

El caso Hank adquiere relevancia para nuestro tema porque el mismo día, en la misma sesión, el mismo Tribunal Electoral Federal resolvió

³¹ Esta lectura de la Constitución ya había sido adoptada por el propio tribunal en situaciones anteriores. *Cfr.* la tesis relevante 3/2004.

³² En México no existe alguna disposición similar al artículo 10.2 de la Constitución Española: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Tampoco contamos con una disposición como la del artículo 53.1, en el sentido de que: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

otro juicio (JDC) promovido por Felipe Daniel Ruanova Zárata, un ciudadano desconocido que también quería ser candidato a gobernador en Baja California. La demanda del señor Ruanova se dirigía en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Electoral local que le había denegado la pretensión de registrarse como candidato independiente³³ en la misma elección que Hank. La negativa del tribunal local —que sería confirmada por el Tribunal Federal— tenía fundamento en la legislación local que señala que sólo los partidos políticos y las coaliciones de partidos pueden registrar candidatos a los cargos de elección.

Lo interesante es que el señor Ruanova, en su recurso ante el Tribunal Electoral Federal alegó que, a la hora de negarle el registro, las autoridades electorales locales no habían tomado en cuenta el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, entre otras cosas, señala lo siguiente:³⁴

La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior (derechos a votar y ser elegidos en las elecciones) exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

El argumento del ciudadano era simple y certero: la Convención no incluye dentro de estos supuestos “...a las leyes de las entidades federativas que otorgan en exclusividad a los partidos políticos o coaliciones el derecho a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular”. Lo extraño es que, a pesar de este argumento —que fue determinante para la decisión del caso Hank—, el Tribunal Electoral Federal confirmó la negativa del registro alegando, para decirlo con las palabras de uno de los jueces electorales, que “permitir el registro de una candidatura

³³ El expediente es el SUP-JDC-693/2007.

³⁴ El texto completo del artículo es el siguiente: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

independiente estaría vulnerando los principios de legalidad y equidad en la contienda”.³⁵ Nótese desde ahora el inusitado formalismo.

La principal fundamentación de los jueces fue una interpretación de la Constitución mexicana en un caso precedente:³⁶

No pasa inadvertido para este órgano jurisdiccional que, conforme con lo dispuesto en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una prerrogativa de los ciudadanos el poder ser votados para todos los cargos de elección popular; sin embargo, para que un ciudadano esté en posibilidad jurídica de ejercer dicho derecho, es menester que se cumplan las calidades que al efecto se dispongan en las leyes respectivas, en el caso particular, la relativa al presupuesto de haber sido postulado por algún partido político y registrado como candidato por la autoridad electoral competente, tal como se dispone en los artículos 5o., fracción III, 196, 198, primer párrafo, fracción II, y 202, quinto párrafo, del Código Electoral del Estado de Colima.

Lo primero que sorprende es la contradicción que supone colocar a la equidad en la competencia electoral por encima del derecho al voto, y abrazar con ánimo “formalista” el principio de legalidad para resolver un caso que invitaba al mismo “espíritu garantista” con el que fue abordado el caso Hank. Siguiendo la lógica utilizada en ese caso, los jueces electorales debieron verificar únicamente la (in)compatibilidad de la legislación electoral estatal con la Convención Americana sobre Derechos Humanos —desde abajo hacia arriba y sin llegar a la Constitución— y, actuando de esa manera, debieron concluir que, siguiendo una interpretación “garantista”, debía otorgarse el registro al señor Ruanota.³⁷

³⁵ Las palabras son del magistrado Manuel González Oropeza, pero también se encuentran en el cuerpo de la resolución.

³⁶ El antecedente es el expediente SUP-JDC-149/2000, resuelto el 25 de agosto de 2000 (si bien con motivo del análisis de la normativa electoral del estado de Colima). Esta interpretación hacia eco de otras lecturas en el mismo sentido de la Suprema Corte de Justicia. Ver también el expediente SUP-JDC-37/2001.

³⁷ A esta misma conclusión llega José Luis Caballero: “de esta forma, el TEPJF toma la reflexión de la SCJN, y a manera de síntesis, atribuye a la interpretación de la Corte, en un resumen del resultado de la acción de inconstitucionalidad 28/2006, cuestiones que son excluyentes entre sí, al señalar que «las limitaciones al derecho de ser votado encuentran justificación cuando se refieren fundamental, pero no únicamente, a circunstancias inherentes a la persona, con lo cual evidentemente, se excluyen otro tipo de atributos o circunstancias que limiten ese derecho, cuando no sean esenciales o intrínsecos a la na-

En lo personal —por razones que no vienen al caso en este texto— soy crítico de las llamadas “candidaturas independientes”, por lo que celebro el sentido político de la decisión del Tribunal Electoral (aunque creo que había otras estrategias legales para sustentarla). Sin embargo, no puedo dejar de notar la arbitrariedad con la que resolvió los casos que nos ocupan. El respeto a los dos precedentes que han ocupado nuestra atención en este texto —independientemente de las múltiples falencias de los razonamientos que los sustentaron— exigía el otorgamiento del registro al candidato independiente o, en su defecto, una argumentación de fondo que justificara el abandono de estos precedentes en el momento de decidir la negativa. Recordemos la lógica que justificó la decisión del Tribunal Electoral en el primer caso (suspensión de derechos políticos):

[La disposición que limita los derechos] puede ser ampliada por el artículo 23, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el artículo 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque, desde un punto de vista constitucional garantista, se debe estar a lo que más beneficia al ciudadano, según el principio *in dubio pro cive*.

Ya hemos analizado los alcances y limitaciones de este argumento, lo que ahora me interesa es advertir que —nos guste o no— debió servir como precedente en el caso de la candidatura independiente. Pero los jueces electorales mexicanos son refractarios respecto a la construcción de criterios y estándares interpretativos, porque la estrategia de decisión casuística (en la que solamente se da el mismo trato a los casos idénticos) es un excelente atajo para escapar de los límites y vínculos que deben ceñir su desempeño.³⁸ Esta alergia a los precedentes, quizá más evidente en otros casos que no serán objeto de estudio en este texto, responde a una razón que subyace a los asuntos que hemos analizado: el garantismo espurio, en realidad, es un pretexto para abonar en el terreno de la arbitrariedad judicial.

Lo que he querido mostrar es la inconsistencia con la que los jueces electorales resolvieron los casos que ocuparon nuestra atención. Más allá

turalidad del sujeto en cuestión...» La insolvencia lógica de los señalamientos es patente. Si las limitaciones se refieren fundamental, pero no únicamente a circunstancias de tipo personal, luego entonces, no es posible excluir otro tipo de atributos sino ponderarlos en menor grado que las calidades personales”. *Cfr.* Caballero, J. L., *op. cit.*

³⁸ Este argumento ha sido sostenido, entre otros, por Pablo Larrañaga.

de los múltiples defectos en la argumentación de cada uno, los tres casos, en su conjunto, ofrecen una muestra de garantismo espurio. Para colmo se encuentran atrapados en los extremos que, según Manuel Atienza, deben evitar los juzgadores:

Formalismo y activismo son el Escila y el Caribdis que han de procurarse evitarse en el oficio de juez. El formalismo se manifiesta en la tendencia a no tomar en consideración las razones subyacentes de las normas. Y el activismo en la propensión a minusvalorar el mérito de los textos, el imperio de la ley y la división de poderes, en cuanto valores esenciales del Estado de derecho y cuya razón de ser no es otra que proteger a los individuos frente a la arbitrariedad judicial.³⁹

Sobre el formalismo en la tradición judicial mexicana podríamos llenar de tinta muchas páginas. Esa sigue siendo, sin duda, la tendencia dominante y el principal obstáculo para brindar de garantías efectivas a los derechos fundamentales de las personas. Pero me pareció importante mostrar cómo el garantismo —que con tanto ahínco algunos queremos que adquiera carta de identidad en la realidad jurídica latinoamericana— si es adulterado por los jueces, puede terminar por convertirse en una máscara para la arbitrariedad judicial.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La inaplicación por parte de los jueces constitucionales de una disposición constitucional vigente —tal como hizo el TEPJF en el primer caso estudiado— pone sobre la mesa el riesgo de que los jueces constitucionales escapen de los vínculos constitucionales y terminen reestableciendo el gobierno de los hombres sobre el gobierno de las leyes. Si bien, en el caso concreto, la decisión de los jueces pudiera parecer sensata, lo que está en juego es el sometimiento de los jueces al imperio de la ley. Cuando Ferrajoli sostiene que “el derecho es la negación de la soberanía y la soberanía es la negación del derecho (porque la soberanía es ausencia de límites y de reglas)”⁴⁰ pretende que ningún poder sea *legibus solutus*. El

³⁹ Atienza, M., *Tres comentarios a tres sentencias del TEPJF*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

⁴⁰ Ferrajoli, L., *La sovranità nel mondo moderno Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, Anabasi, 1995, p. 43.

problema es que la función que el garantismo propone para los jueces constitucionales en la democracia constitucional los coloca en la frontera que separa a los poderes vinculados normativamente de los poderes absolutos. Y, para cruzarla, los jueces sólo tienen que manipular el sentido de algunas tesis que sostienen al propio proyecto garantista. En concreto, ni más ni menos que la tesis fundamental para la teoría que nos dice que los jueces deben ser los protectores últimos de los derechos fundamentales.

El caso Hank (a contraluz del caso Ruanova), confirma que la teoría garantista puede ser desvirtuada para ocultar al decisionismo judicial. En el primer evento, la mascarada garantista sirvió a los jueces electorales para justificar el registro de un candidato a gobernador en contravención a lo establecido expresamente por la Constitución estatal correspondiente. De esta forma, sin duda con destreza, inyectaron legitimidad teórica a una decisión políticamente muy controvertida. El problema es que los rigores del imperio de la ley brillaron por su ausencia. El segundo caso es prueba de ello: la decisión en el caso Hank —más allá de sus méritos o defectos— debió conducir hacia el otorgamiento del registro también al señor Ruanova. Como prueba de que el discurso garantista era sólo un pretexto y no una estrategia argumentativa, los jueces electorales olvidaron sus controvertidos precedentes al atender la demanda del ciudadano desconocido. De esta forma, traicionaron su función como garantes de los derechos contra la arbitrariedad, porque, arropados en la retórica del garantismo, actuaron arbitrariamente. Y con ello, por supuesto, contravinieron el sentido auténtico de la teoría.

Bien puede objetarse que los defectos que permiten todo lo anterior no son propios de la teoría sino que provienen de su defectuosa traducción en la realidad jurídica (en este caso mexicana). El factor determinante —diría el objetor— es la *rozza materia* y no el garantismo. Sí y no. Las anomalías mexicanas son indiscutibles. Lamentablemente tiene algo de razón Laporta cuando advierte: "...las [constituciones] latinoamericanas [son] problemáticas en su aplicación, o endebles en su eficacia". La mexicana es ambas cosas al mismo tiempo. Y ya lo he advertido: los operadores jurídicos no suelen dar motivos para el optimismo. Pero la teoría garantista también abona en el terreno en el que florecen las distorsiones. Creo que su profunda desconfianza en la política —incluso en la democrática— y su confianza en el derecho en manos de los jueces constitucionales sientan las bases para algunos de los usos espurios que he intentado mostrar.

V. ANEXO ÚNICO

He aquí otros ejemplos en los que los jueces del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación mexicano se refieren a la teoría garantista para fundamentar sus decisiones. Nótese cómo en algunos de ellos se asume que el garantismo, por definición, es antiformalista y en otros, abiertamente, se utiliza la noción para contradecir el sentido expreso de las normas vigentes. Para facilitar la lectura se subrayan las partes relevantes.

I.

Sentencia: SUP-JDC-17/2008

ACTOR: MARIO MERINO BANDIOLA

AUTORIDAD RESPONSABLE: LX LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE OAXACA, ERIGIDA EN COLEGIO ELECTORAL

Ante este vacío..., la Sala Superior *debe suplirlo de manera garantista y no formalista*, a fin de superar los obstáculos legales que tienen los integrantes de las comunidades indígenas para acceder a la justicia en aras de proteger sus derechos político-electorales y, con ello, permitir que el juez electoral imparta realmente justicia interpretando la ley y no sólo aplicando los requisitos formales previstos por ella.

II.

Sentencia: SUP-JDC-471/2008

ACTORES: JESÚS GARCÍA JIMÉNEZ Y OTROS

RESPONSABLE: PLENO DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL

En este sentido, cabe señalar que el alcance de la suplencia deficiente, entraña *un espíritu garantista y por tanto antiformalista*, tendente a equilibrar las desventajas procesales en que se encuentran los integrantes de pueblos y comunidades indígenas, con motivo de circunstancias culturales, económicas y sociales desfavorables.

III.

Sentencia: SUP-JDC-2045/2007.

ACTOR: JUAN IGNACIO GARCÍA ZALVIDEA

AUTORIDAD RESPONSABLE: DIRECCIÓN EJECUTIVA DEL REGISTRO FEDERAL DE ELECTORES DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, POR CONDUCTO DE SU VOCALÍA EN LA JUNTA DISTRITAL EJECUTIVA 03 EN EL ESTADO DE QUINTANA ROO

En este orden de ideas, la mayoría considera que la disposición contenida en la fracción II del artículo 38 constitucional, en el sentido de que se suspenden los derechos y prerrogativas de los ciudadanos, cuando el titular se encuentre sujeto a un proceso penal por delito que merezca pena corporal de privación de la libertad, a contar desde la fecha del auto de formal prisión, *puede ser ampliada por el artículo 23, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el artículo 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque, desde un punto de vista constitucional garantista, se debe estar a lo que más beneficia al ciudadano, según el principio in dubio pro cive*, de modo que la limitación a los derechos político-electorales sólo se pueda dar por sentencia definitiva, con carácter de ejecutoria, que así lo determine evidentemente, por delitos que merezcan pena corporal de privación de la libertad y no a partir del dictado del auto de formal prisión, no es compartida por el suscrito.

IV.

Sentencia: SUP-JRC-158/2008.

ACTOR: PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA

AUTORIDAD RESPONSABLE: TRIBUNAL ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL

Al respecto cabe señalar que no obstante que actualmente se encuentra en curso el proceso electoral ordinario en el Distrito Federal, lo cierto es que *en atención a la vocación garantista que ha demostrado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, misma que en diversas resoluciones ha privilegiado el derecho a la impartición de justicia electoral accesible, completa y efectiva, así como el fortalecimiento del sistema de partidos políticos, este órgano jurisdiccional considera que en el caso *el plazo debe computarse considerando sólo los días hábiles con exclusión de los sábados y domingos y días festivos, no obstante que en términos de lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 7o. de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, durante el desarrollo de un proceso electoral todos los días y horas son hábiles.*