

# Algunas consideraciones en torno al derecho a ser votado.

Un análisis estructural y contextual de caso

Jaime Cicourel Solano

Sumario: I. Introducción; II. Elementos estructurales; III. Elementos contextuales; IV. Dimensiones de los derechos humanos; V. Epílogo. Constitucionalismo y función judicial. A manera de conclusión, VI. Fuentes consultadas.

## I. Introducción

El tema de los derechos humanos es sin duda bastante problemático. Pero lo es más cuando se le sitúa en la base del modelo que describe a los modernos estados constitucionales. No es, por cierto, que su posición en tal modelo genere problemas más o menos relevantes. Por el contrario, estos aparecen cuando la cuestión se enlaza con sus aspectos más rígidos. Vincular, por ejemplo, el discurso garantista de protección de los derechos con caracterizaciones radicales de estos hace patente lo poco apacible que puede resultar explicar la universalidad como uno de los rasgos esenciales de ellos. Del mismo modo, plantear la necesidad de que, en aras de un exaltado equilibrio de poderes, los órganos judiciales sean los principales intérpretes y protectores de las cartas constitucionales, a pesar de la objeción contramayoritaria que se ciñe alrededor de ella, muestra las tensiones que pueden presentarse al tratar de justificar los límites que tales órganos imponen a los derechos fundamentales.

A estos conflictos internos habrá que añadir otros que reflejan la resistencia de los complejos fenómenos sociales a ser analizados desde la perspectiva acotada del esquema constitucionalista. Uno de ellos es el de la actuación de las organizaciones partidistas en los regímenes democráticos. La lógica que guía las acciones de los partidos políticos, particularmente las que se realizan dentro de ellos, parece seguir un camino no solo distinto sino incompatible con el que ha tomado el desarrollo de los estados constitucionales. En los procesos electorales generales el objetivo único e indiscutible es el ascenso al poder público. Se condenan al olvido, por tanto, las prácticas, los medios y los procedimientos de contenido ético. En cambio, la distinción ética-política es alimentada en forma permanente por las estrategias y los instrumentos inmunes a los juicios de valor. El uso pragmático del discurso democrático suele ser suficiente para operar con buenos resultados en las contiendas electorales. Pero los principios éticos de la democracia constitucional también actúan. Se resisten a ser calificados como simples postulados ideales, forjados ante el cobijo de un romanticismo trasnochado. Ahí los términos del conflicto. Ahí también la complejidad de los fenómenos y la resistencia al control.

Por supuesto, con todo lo dicho no se pretende defender algún tipo de ideología opositora al modelo del constitucionalismo democrático, o algo parecido. Más bien, se tiene el propósito de determinar si es posible articular algunos de los fundamentos básicos de dicho modelo con dos de los fenómenos más complejos de la realidad actual: la política y la justicia. Un punto de partida es, sin duda, el análisis profundo y crítico de las decisiones tomadas desde, y con motivo del ejercicio de, una jurisdicción especial: la electoral. Este análisis permite el diálogo de aquellos dos fenómenos en aparente conflicto permanente. Un diálogo en el que se resaltan los puntos de encuentro y desencuentro; en el que, finalmente, se explora y propone una ruta hacia la convergencia, hacia la pacificación mantenida o, si se quiere, hacia la evolución histórica de las sociedades políticas contemporáneas.

## II. Elementos estructurales

### Breve descripción del caso

Durante el procedimiento interno de selección de candidatos del partido Movimiento Ciudadano, Estephania Roldán Portillo fue considerada candidata al cargo de diputada propietaria por el principio de representación proporcional en el estado de Puebla. Esto llevó al partido a solicitar su registro formal ante el instituto electoral de dicha entidad federativa. No obstante, una vez autorizado el registro y conocidos sus términos, Roldán Portillo promovió un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC). Este fue tramitado ante la Sala Regional Distrito Federal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), correspondiente a la IV Circunscripción Plurinominal. El argumento principal de la promovente consistió en que, con el registro, se violaron sus derechos políticos de afiliación y de votar y ser votada. Según ella, la violación se actualizó porque nunca aceptó ser postulada por el partido Movimiento Ciudadano a algún cargo de elección popular.

La Sala Regional analizó oportunamente el argumento y determinó, entre otras cosas, que aunque el derecho de tal persona a ser votada tuviera una vertiente negativa —lo que implicaba que podía decidir no ejercerlo o, en otros términos, no ser votada—, las pruebas aportadas y valoradas indicaban que sí expresó su voluntad para ser postulada y registrada como candidata al cargo de elección referido. En conclusión, el fallo se sustentó en una cuestión de hechos, en un aspecto esencialmente probatorio.

### Lenguaje del derecho y de las sentencias

En el ámbito del derecho, y de los estudios relacionados con este (dogmáticos o teóricos), la idea de que las normas jurídicas constituyen un tipo especial de lenguaje está fuertemente arraigada (Huerta 2008, 241).

Y no sin razón. Existe una amplia e importante literatura que explica, de un modo por demás consistente, que el derecho se expresa en términos de discurso. El derecho, como lenguaje, puede provenir de distintas fuentes; por ejemplo, del proceso legislativo. En este caso, el derecho equivaldría al lenguaje del legislador. De ahí la idea tradicional de que en la ley está plasmado lo que quiso decir el legislador. Pero también hay otras fuentes: el método jurídico, que configura el lenguaje del jurista teórico, o el proceso jurisprudencial, que constituye el lenguaje de los jueces y que se hace explícito tanto en sus sentencias como en la doctrina formada a partir de ellas (Aguiló 2002, 13).

Ahora bien, el lenguaje jurídico, cualquiera que sea su fuente, tiene su origen en el lenguaje ordinario. Las reglas generales para su uso correcto son las mismas que guían el empleo adecuado de este último. Una de las características comunes es su estructura, esto es, la forma en que las palabras (operadores oracionales) son ordenadas en una oración o enunciado. El orden de las palabras obedece a reglas gramaticales básicas. Por ejemplo, en la estructura de los enunciados existen generalmente sujetos a los que se les atribuyen acciones. Estas acciones están representadas por verbos que se unen a determinados complementos y de esta manera forman predicados complejos. El uso de los verbos, por su parte, obedece a reglas de conjugación que consideran modos, tiempos y personas.

Las funciones de la mayoría de las palabras también son compartidas. Sustantivos, adjetivos, adverbios, preposiciones, conjunciones tienen, en términos normales, la misma función en la mayor parte de los lenguajes naturales. Los enunciados normativos, al utilizar las mismas expresiones que el lenguaje ordinario, comparten su estructura nuclear. Es decir, tienen sujeto (artículo, sustantivo, adjetivo) y predicado (verbo y objetos directo, indirecto y circunstancial). Por ello, los enunciados normativos son también enunciados lingüísticos. No obstante, si se parte de su función prescriptiva, el análisis estructural cambia. Ahora se organiza previendo un sujeto normativo, un verbo modal o copulativo y un predicado que expresa las posibles consecuencias del actuar del sujeto en el mundo jurídico. El sujeto normativo es el centro de imputación de consecuencias normativas. En este recae la

relación de imputación existente entre el acto ilícito y su consecuencia sancionadora (Kelsen 1991, 94). El sujeto normativo (persona jurídica) es aquel a quien van dirigidas las normas, a quien las normas le confieren derechos “subjetivos” (Tamayo 1995).

El predicado normativo, por su parte, tiene como núcleo el denominado “verbo copulativo” (Kelsen 1991, 91), el cual admite una traducción en términos deónticos. Esto significa que el verbo califica de cierta manera, relevante para el derecho, la conducta de los sujetos. Las calificaciones indican si algo (conducta) está permitido, prohibido u ordenado. Esta es la razón por la cual una de las actividades predominantes para los operadores jurídicos, fundamentalmente los jueces, es determinar, justamente, la calificación deóntica de una conducta. En las sentencias, la construcción de enunciados tiene que respetar las reglas básicas de su estructura normativa. Pero también tiene que respetar las reglas lingüísticas generales; seguirlas permite dotarlas de claridad, coherencia y sencillez; cualidades que propician su debido cumplimiento.

En la teoría jurídica contemporánea, el estudio del lenguaje del derecho ha llevado a una buena parte de autores a aceptar y proponer la distinción entre enunciado normativo y norma. Esta distinción es semejante a la que existe entre el signo y su significado. Por esta razón, se dice que a un enunciado normativo pueden corresponder diversas normas. Es decir, el conjunto de palabras incorporadas, por ejemplo, en el artículo de una ley o de un reglamento puede tener diversas interpretaciones o normas. Aquí, cada una de las interpretaciones o significados constituyen normas que se le atribuyen a un solo texto. Los jueces, en sus sentencias, llevan a cabo interpretaciones de textos legales —entendiendo el término *legales* en sentido amplio—. Estas interpretaciones son normativas, lo que las convierte en directrices no solo de la conducta futura de las personas, sino también de las interpretaciones posteriores de otros jueces.

Compartir las reglas lingüísticas genera ventajas comunicativas para el derecho, pero también provoca ciertos inconvenientes prácticos. Los problemas propios del lenguaje natural suelen ser reproducidos en el discurso jurídico y particularmente en el lenguaje de las senten-

cias (Huerta 2008, 241). Los problemas más comunes se presentan cuando no se cumplen las reglas gramaticales. Estas forman grupos distintos que pertenecen a cada una de las partes en que se divide la gramática estructural. Las partes son la fonética, la morfología, la semántica, la sintaxis y la pragmática.<sup>1</sup>

Por ejemplo, si al redactar una resolución no se siguieran las reglas morfológicas, las palabras que fueran empleadas serían completamente desconocidas para sus destinatarios. Si no se respetaran las reglas sintácticas, los enunciados expuestos en las distintas partes de la resolución serían poco entendibles y, por consecuencia, también lo serían las ideas que se intentarían expresar. En cambio, si las reglas semánticas fueran inobservadas, no se tendría certeza del contenido exacto de dichos enunciados.

Los problemas morfológicos, sintácticos, semánticos y pragmáticos más recurrentes son los errores ortográficos y de puntuación, la ambigüedad semántica y sintáctica, la vaguedad, la falta de construcción y orden de contenidos y los énfasis inapropiados. Además, existe otra clase de problemas, los cuales están relacionados con la naturaleza normativa de los enunciados. Estos son los conflictos normativos, las lagunas y la indeterminación.

Junto a las reglas gramaticales existen reglas de construcción, articulación y formulación del discurso. Estas tienen como fin lograr que la comunicación sea clara y eficiente. En otras palabras, que el mensaje que se quiere comunicar se construya, se transmita y se entienda en forma correcta. En general, las reglas relativas al discurso se refieren a alguno de los siguientes aspectos: el contexto de la comunicación, el receptor del mensaje y el propósito del propio discurso. Un texto escrito, por ejemplo, debe considerar tanto las circunstancias que existan al momento de ser hecho como las necesidades de información del receptor (lector) y, desde luego, su objeto fundamental. Estos elementos sirven para decidir el contenido del documento, su tamaño, estructura, orden, distribución, etcétera.

---

<sup>1</sup> En algunos textos, las partes se relacionan con niveles para el estudio de la gramática.

El uso de títulos o encabezados para agrupar ideas y temas relacionados constituye una herramienta especialmente útil en la elaboración de un documento extenso. La división tradicional de las resoluciones, la cual, por cierto, tiene que ser revisada, no excluye la identificación de algunas partes mediante epígrafes cortos y elocuentes. Además, esta herramienta permite dar al lector espacios de descanso y de renovación de interés. El Tribunal Electoral ha comenzado a utilizarla con resultados positivos. Muestra de ello es la sentencia que se analiza.

Por todas estas razones, la revisión de las resoluciones de tribunales electorales, desde el prisma de su coherencia interna, debe consistir en un proceso integral, en el que el análisis de los fundamentos y de los motivos no se limite a su forma gráfica (uso de operadores), sino que involucre la consideración de sus contextos, funcionalidad, practicidad, pero, sobre todo, de las expectativas de sus destinatarios reales. Las sentencias electorales, como toda sentencia, no van dirigidas a un público especializado, dotado de amplios conocimientos jurídicos. Por el contrario, se encaminan a ofrecer, tanto a los sujetos que han intervenido directamente en el proceso como a cualquier persona que la lea, información del modo en que se resuelven casos socialmente importantes. Las sentencias tienen como finalidad establecer los criterios generales en los que se basan las decisiones de los jueces. Estos criterios orientan acciones presentes y futuras de los ciudadanos. Les aclaran lo que las normas dicen y les indican cómo deben actuar frente a ellas. En última instancia, les dan certeza de lo que deben o no hacer y de las consecuencias jurídicas (y judiciales) de sus actos.

Este propósito, heurístico, podría decirse, le da un valor adicional a las sentencias, pero también un compromiso claro a los jueces. Estas constituyen un puente entre los ciudadanos y las instituciones. Son, por ello, instrumentos que fortalecen la democracia. El deber de los jueces está, por tanto, en hacerlas más accesibles; en redactarlas utilizando un lenguaje cotidiano, claro, entendible para todos. Pero también en construirlas adecuadamente, siguiendo las reglas gramaticales propias del lenguaje, técnicas sencillas de formulación de discurso, así como los métodos más apropiados de interpretación y argumentación.

Una sentencia que se redacta y estructura de manera incorrecta puede resultar incomprensible para las personas que intervienen en el proceso, lo que lesionaría sus garantías de equidad, motivación y justicia —al hacer prácticamente imposible combatirla en una instancia superior—. Por ende,

[...] un estilo vicioso, abigarrado e impenetrable que no permite conocer las razones usadas por el juez para decidir, nos aleja del ideal de que las sentencias (y también la privación o reconocimiento derivadas de ellas) sean suficientemente motivadas (Pérez 2006).

Es cierto, por otro lado, que las sentencias no pueden eliminar completamente el empleo de ciertos términos técnicos, propios del lenguaje jurídico. Sin embargo, que esto sea así no impide que los jueces expliquen con suficiencia, y de manera llana, el significado ordinario de dichos términos. Al final en esto consiste la labor de los juristas prácticos, en explicar lo que las normas establecen, en atribuirles un significado diáfano, que no deje lugar a dudas. Desde el origen de la ciencia del derecho, esa ha sido la función de los juristas (jurisconsultos). Por este motivo se le consideró a dicha ciencia como un *ars iudicanti* —arte de adjudicar significados a los textos jurídicos— (Tamayo 1996).

El trabajo no es sencillo. Una muestra de ello es la vinculación formal, material y pragmática que debe existir entre los argumentos expuestos por los órganos de impartición de justicia. Además, tales argumentos deben relacionarse íntimamente con las disposiciones constitucionales, convencionales (en particular respecto de la materia de derechos humanos) y legales, respetando el esquema de deducción lógica y de conformidad normativa. Estas relaciones también exigen la consideración de criterios interpretativos de los tribunales del país y de los tribunales internacionales con jurisdicción reconocida y aceptada.

La sentencia dictada por la Sala Regional del TEPJF, con sede en la Ciudad de México, fue el resultado de un trabajo que siguió con propiedad y buen juicio tanto las reglas gramaticales básicas como las técnicas correctas de construcción y formulación del discurso. Sin duda,

presupuso un proceso de estudio previo, ordenado y organizado, en el que se emplearon planes y estrategias adecuadas.

Como se sabe, la organización y el orden en el estudio de un asunto son presupuestos indispensables para la correcta elaboración de un proyecto de resolución. Las estrategias que se usen deben contribuir a la consecución de este fin. Es complicado, si no se es artífice directo de los proyectos, constatar el proceso racional de estudio que supuso su elaboración. Sin embargo, el desarrollo de un proceso como este puede ser inferido sin dificultad del propio proyecto, su producto final. Parece no existir duda de que en la sentencia que se ha revisado el proceso se llevó a cabo de manera consistente. Existen buenas señales de ello. Por ejemplo, la incorporación de notas al pie de página, que orientan acerca de las fuentes documentales que se han consultado. O la selección de los párrafos de leyes, tesis o documentos oficiales que se encuentran directamente relacionados con las cuestiones planteadas. Esto evita las transcripciones extensas e innecesarias y propicia, al mismo tiempo, la lectura del documento. En general, estas estrategias presuponen claridad de pensamiento y orden en las ideas.

En la sentencia también se observa un gran esfuerzo por eliminar por completo los defectos gramaticales y por formular un discurso apropiado, coherente y claro. Existe evidencia de que, atinadamente, la Sala partió de la idea de que el lector es un ciudadano común, no experto en cuestiones jurídicas. Esto hace que muchos párrafos tengan el propósito de aclarar cosas específicas, como, por ejemplo, qué información, en particular, se desprende de ciertas pruebas.

Por otro lado, la estructura global de la resolución es bastante adecuada. Los párrafos son más cortos, se expresan con mayor nitidez y se vinculan con otros con gran facilidad. Esto da lugar a que el lector realice las pausas que necesita para estructurar, visualizar y comprender mejor las ideas. De la misma forma, se trata de identificar las diferentes partes de la sentencia con rubros o títulos más o menos indicativos de la información que contienen. El uso de títulos, capítulos o encabezados para diferenciar y asociar información ya es una actividad regular y constante en este tipo de resoluciones. Se identifican

con bastante precisión los antecedentes (aunque se les sigue denominando “resultandos”), las consideraciones medulares (también mantienen la nomenclatura tradicional de “considerandos”), las conclusiones intermedias y finales, el estudio de fondo y la parte relativa al examen de las pruebas. También se ha agregado un apartado especial destinado exclusivamente al estudio de la competencia. Se ha intentado, finalmente, que los rubros o epígrafes que se manejan sean lo más elocuentes posible, con el fin de generar una idea previa, y nítida, de lo que se comenzará a leer.

Como se dijo, las partes que se transcriben se seleccionan siguiendo el criterio de relevancia, es decir, solo se copian las de documentos que sean relevantes para el estudio del caso. Esto no asegura, sin embargo, que lo que se elija para transcribir sea, en todos los casos, útil. La discusión acerca de la relevancia o irrelevancia de la información seleccionada siempre estará abierta. Empero, la selección es un ejercicio extremadamente eficaz para depurar los documentos. La sentencia es una buena muestra de ello. Nótese cómo su extensión total es corta; únicamente se utilizaron 24 páginas. Lo que contrasta con una larga tradición (errónea, por supuesto) de emplear, literalmente, cientos de hojas. Esta mejoría también impacta en la reproducción del texto de las decisiones impugnadas o de los escritos que presentan las partes. Antes se destinaba mucho espacio para citar casi por completo tales documentos. Además, esas citas, de por sí largas y tediosas, se repetían una y otra vez. Ahora, en cambio, siguiendo adecuadamente la guía, se copian solo partes de los escritos, aquellas que se consideran necesarias para explicar con corrección y sencillez lo que se está analizando.

La sentencia muestra también el uso de criterios para organizar grupos o conjuntos de ideas que son variados, por lo que su combinación se hace necesaria. Se puede considerar la importancia de las ideas en relación con el propósito del mensaje y las características y expectativas del receptor. Por ejemplo, si va dirigido a un público que tiene interés en recibir una información específica, si varias ideas se relacionan con un aspecto particular del mensaje, o, finalmente, si una o más ideas son subsidiarias y respaldan otra principal.

Por último, se ensayan argumentos interesantes siguiendo como canon los métodos interpretativos gramatical, sistemático y funcional.<sup>2</sup> Además, la Sala pone mucho empeño en darle continuidad a la doctrina fijada por el Tribunal respecto de los derechos y libertades políticas. Y esto lo hace explicando (y profundizando en) las razones, las teorías y los hechos que la sustentan.

### Nota acerca de dos cuestiones procesales

La sentencia incluye dos cuestiones procesales sobresalientes. La primera tiene que ver con la figura del *per saltum*. La segunda, con la denominada prueba de la intención. Ambas, pero especialmente la segunda, condicionaron el sentido de la decisión final. La figura del *per saltum* se relaciona con la posibilidad de plantear un asunto a una instancia jurisdiccional superior sin necesidad de acudir previamente a la inferior. Esta última instancia puede ser representada por los tribunales electorales de las entidades federativas o, como en este caso, por los órganos de justicia intrapartidaria de los partidos políticos. La figura opera cuando los procedimientos para la impartición de justicia de dichos tribunales u órganos partidistas son defectuosos, es decir, no cumplen con las garantías procesales requeridas o no aseguran la oportuna reparación de las violaciones y el adecuado resarcimiento de los derechos político-electorales afectados. La figura no procede, en cambio, cuando tales procedimientos no existen.<sup>3</sup>

Respecto del *per saltum*, es común pensar que constituye una excepción al principio de definitividad de los actos que pueden ser objeto de revisión. Este principio determina que deben agotarse los juicios o recursos previstos en las leyes locales o en la normatividad de los partidos políticos (obteniendo con esto una resolución definitiva) antes

<sup>2</sup> Acerca de estos métodos y los argumentos que corresponden a cada uno de ellos, véase Ezquiaga (2006).

<sup>3</sup> Un caso en que se determinó la improcedencia del *per saltum* ante la falta de previsión en la ley de un medio de impugnación en materia electoral fue el resuelto por la Sala Regional Guadalajara en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SG-JDC-48/2013 y acumulados.

de acudir a la justicia federal. No obstante, el *per saltum* es una figura bastante distinta. No es una excepción. Por el contrario, conforma un mecanismo por el cual los actos no impugnados en instancias iniciales se consideran definitivos. Dicho de otra forma, es un mecanismo que, para efectos procesales, dota a los actos de definitividad. Es lo que lo hace distinto a una excepción, pues esta supone la no definitividad. Un acto no definitivo es estudiado, de forma excepcional y como consecuencia de los defectos de los procedimientos iniciales que existen para su revisión, por una instancia revisora final. Pero esta posibilidad no le da el carácter definitivo al acto. Este sigue teniendo una naturaleza preliminar.

El *per saltum*, en cambio, sí transforma al acto preliminar en definitivo, lo que hace procedente su análisis por la última instancia de la cadena impugnativa. La diferencia es importante y debe ser señalada. Y esto es, precisamente, lo que la Sala Regional Distrito Federal hizo al analizar con detenimiento el criterio sostenido previamente por el propio TEPJF en la jurisprudencia 9/2001.

Una parte esencial de la argumentación jurídica es la denominada “argumentación en materia de hechos”. Esta se relaciona específicamente con la prueba de los enunciados de los hechos de un caso. Existen reglas específicas para probar la verdad o falsedad de los enunciados que se expresan en un procedimiento, la mayoría tienen carácter empírico, otras son normativas.

En los procedimientos jurisdiccionales, la etapa relativa al desahogo y valoración de las pruebas es fundamental, por la que en esta se exige una argumentación adecuada, que no solo tiene que ver con la naturaleza o el valor probatorio que la ley le da a determinados medios: es necesario mostrar la forma en que las pruebas se relacionan con las distintas descripciones de los hechos. En otras palabras, se requiere que se explique cómo y por qué una prueba sirve para respaldar una determinada afirmación o tesis. La forma en que de una prueba se infiere la existencia de cierto hecho es uno de los aspectos fundamentales en esta clase de argumentación. La inferencia probatoria es la base de una correcta valoración y de una adecuada argumentación. Esto es significativamente distinto a solo citar el valor probatorio que

la ley establece para cada medio, que se obtiene de las cadenas inferenciales y de la convergencia o divergencia de las pruebas.

Una buena parte de la sentencia de la Sala Regional se basó en aspectos relacionados con pruebas. De hecho, la decisión final tuvo como principal sustento haber probado que Estephania Roldán Portillo había aceptado ser postulada por el partido Movimiento Ciudadano al cargo de diputada propietaria por el principio de representación proporcional. Las decisiones cuya principal justificación son cuestiones probatorias suelen ser consideradas, por muchos, como decisiones más o menos simples. Sin embargo, pensar de este modo es, sin, duda un error. La mayor o menor dificultad de los asuntos no tiene nada que ver con la clase de problemas que se plantean en ellos: de interpretación o de prueba de hechos. En cualquiera de estos casos, que por cierto están interconectados, la complejidad puede ser considerable. Sobre todo si el problema, el que sea, presenta varias y diferentes aristas.

El problema al que se enfrentó la Sala Regional fue, en general, uno relacionado con hechos y evidencias. Pero también con un alto grado de complejidad; a esta se la atribuyó la circunstancia de que lo que se requería probar no era un hecho claramente material, sino psíquico. En la práctica procesal se piensa comúnmente que la prueba está relacionada solo con hechos materiales, los cuales se perciben mediante los sentidos. Lo cierto es que en innumerables ocasiones deben ser probados hechos no materiales. La prueba de la intención, del dolo, de la mala fe o del consentimiento contractual corresponde a esta clase. Las leyes establecen esquemas más o menos útiles para probar determinados hechos psíquicos, estos no siempre producen los resultados que se desean. De ahí la dificultad de los asuntos que se basan en pruebas.

Es cierto, por otro lado, que la prueba de los hechos psíquicos puede ser reconducida a la de hechos materiales (Taruffo 2002, 162). Por ejemplo, si se quiere probar el consentimiento otorgado por una persona en un determinado acto jurídico, se puede muy bien acudir al documento en el que se consigna este (un contrato, una declaración unilateral, por ejemplo) y verificar que la firma de la persona se haya estampado en tal documento. Lo que se hace en realidad es sustituir

la voluntad o el consentimiento —hechos psíquicos— por el documento y la signatura —hechos sensibles— (Taruffo 2002, 162); de esta manera, solo se prueban los segundos. La solución parece simple, el problema es que pueden presentarse circunstancias particulares que impiden la equiparación del documento con la voluntad subyacente en él. La persona puede negar que haya manifestado su voluntad en la forma en la que lo establece el contrato o sencillamente negar que haya expresado su voluntad y objetar el contenido total del documento. También puede suceder que lo expuesto contractualmente no sea claro y exista duda, por tanto, de qué fue en realidad lo que quisieron decir los contratantes. Cuando estas circunstancias se presentan, no resulta fácil probar el hecho psíquico.

Pues bien, la sentencia de la Sala Regional Distrito Federal resolvió un caso relacionado con la prueba de un hecho psíquico: la voluntad o el consentimiento de Roldán Portillo para ser postulada y registrada como candidata a diputada por el principio de representación proporcional. Roldán argumentó, justamente, que no había dado tal consentimiento. El análisis de los documentos presentados como pruebas, particularmente la “aceptación de la candidatura” mostraron otra cosa. Estos y la firma de la ciudadana fueron suficientes para acreditar que, en efecto, el consentimiento se había dado. La solución no tuvo mayor complicación. Sin embargo, como se verá más adelante, la dimensión negativa del derecho a ser votada de Roldán llevaba implícita la posibilidad de no ejercer este último, esto es, de decidir libremente no ser votada. Esto significa que, con independencia del documento e incluso a pesar de él, expresó nuevamente su voluntad durante la tramitación del juicio, que quedó clara para la Sala, puesto que se refirió a ella cuando identificó la petición y su correspondiente causa de pedir. La nueva voluntad o, en términos más claros, el cambio de interés o de deseo debió tener consecuencias jurídicas. Esto es así porque el cambio está sustentado, precisamente, en la dimensión o vertiente negativa de su propio derecho político-electoral. Sin duda, ya no era posible materializar la nueva voluntad de no ser postulada y registrada, debido a que estos actos ya habían sido realizados. Pero la posibilidad de ser excluida de las listas (sugerida por la propia Sala Regional

durante el estudio que efectuó de la reparabilidad de la violación) no estaba eliminada. Y hacerlo pudo haber implicado darle sentido a la referida dimensión negativa del derecho a ser votada. Sobre todo porque tal dimensión, propia de los derechos de libertad, puede operar incluso cuando se ha asumido un cargo.

### III. Elementos contextuales

#### Importancia de la sentencia de la Sala Regional

La sentencia de la Sala Regional Distrito Federal tiene características muy relevantes, sobre todo si se sitúa en el contexto de la protección de los derechos políticos de ciudadanos que forman parte de organizaciones partidistas. Además, es un buen ejemplo tanto de la aplicación del nuevo marco constitucional en materia de derechos humanos como de la creación paulatina de una doctrina jurisprudencial en la materia. Ambos aspectos están íntimamente relacionados. Como se verá, la labor interpretativa e integradora de los jueces, llevada a cabo de manera crítica, objetiva y racional, constituye uno de los presupuestos institucionales indispensables para la consolidación del constitucionalismo de los derechos. Un análisis completo y exhaustivo de los fundamentos de este indica que la generación de normas, de criterios interpretativos e, incluso, de nuevas formas de pensar en torno a los derechos humanos es absolutamente indispensable. En esta tarea, la jurisdicción electoral tiene mucho que decir.

Durante muchos años, el TEPJF ha dictado sentencias socialmente relevantes. No obstante, deben ocupar un lugar destacado aquellas que se refieren a derechos, puesto que ahí se manifiesta con claridad el compromiso de los jueces con los principios y los valores constitucionales. La sentencia de la Sala Regional que se analiza es ejemplo representativo de esta clase. Con independencia de las cuestiones procesales que llevaron a la propia Sala a confirmar el acto que fue impugnado, la sentencia abordó un tema de importancia palmaria:

el derecho constitucional a ser votado. A este se le conoce también como derecho al voto pasivo.

El tema del derecho a ser votado fue analizado por la Sala Regional desde diversos puntos de vista. Por ejemplo, se estudió su relación con el derecho de afiliación a una organización partidista, pues se refería a una candidatura propiciada por un partido. Asimismo, se analizó su naturaleza y las vertientes en que suele expresarse. De esa manera, se le identificó con el principio de libertad y con el concepto de libertad negativa, lo que llevó a la Sala a concluir que su ejercicio no era obligatorio, sino voluntario. Finalmente, se realizó un examen detallado de la posibilidad de reparar el acto violatorio del derecho.

La sentencia es, de igual manera, una nítida prueba de la indisoluble relación que existe entre el entendimiento de un problema complicado y un pensamiento racional. Como se ha dicho, la racionalidad tiene que manifestarse en las resoluciones finales. Las sentencias deben mostrar, de un modo evidente, la capacidad cognoscitiva de los jueces, sus atributos expositivos y, sobre todas las cosas, sus aptitudes justificativas. Una revisión completa y detallada de cualquier sentencia debe considerar con seriedad estos aspectos.

En la resolución están presentes, de una manera notable, muchos de esos aspectos. Por ejemplo, y como se vio antes, todas las partes de ella se encuentran adecuadamente unidas y agrupadas mediante títulos y epígrafes. Pero sobre todas las cosas, se expresan en un lenguaje llano y asequible cada una de las consideraciones de fondo, aquellas que, como se dijo, tienen que ver con un tema de trascendencia: el respeto a las libertades políticas. Desafortunadamente, por las características propias de una decisión como la que se analiza, no es posible que en ella se discuta ampliamente el tema central. Y justamente por ello el presente ensayo debe ser visto como una continuación de esa discusión. Los siguientes puntos pretenden ubicar la resolución de la Sala Regional y el tema de las libertades políticas en su contexto teórico y práctico.

## Algunas reflexiones acerca del constitucionalismo contemporáneo

### Principales acepciones del término

Con el término constitucionalismo contemporáneo se suele hacer referencia a las cuatro grandes dimensiones en las que se proyecta la actual cultura jurídica (Prieto 2003, 101). La primera es la dimensión institucional, representada por un tipo particular de Estado de Derecho y un nuevo modelo de organización política. La segunda es la dimensión teórica, la cual refleja la presencia de una teoría del derecho capaz de dar cuenta adecuadamente de las peculiaridades de aquel modelo político. La tercera dimensión es la ideológica. En ella, el constitucionalismo expresa una especial filosofía política que tiene como propósito esencial la justificación del diseño propuesto por el modelo institucional. Por último, la dimensión conceptual y metodológica. Esta muestra al constitucionalismo como una filosofía del derecho que redefina aspectos conceptuales básicos de este, como su noción misma, los vínculos que guarda con la moral, el deber general de obedecerlo, o la labor que en torno a él deben desarrollar los jueces y los juristas.

Ninguno de los aspectos relacionados con estas cuatro acepciones del término constitucionalismo contemporáneo —presente en las cuatro dimensiones aludidas— se encuentra exento de dificultades. Baste con mencionar los problemas a los que se tiene que enfrentar la ideología constitucionalista para hacer ver al Estado constitucional de derecho como la mejor forma de organización jurídico-política. Sobre todo si frente al valor que este modelo da a las normas constitucionales y al control judicial de la constitucionalidad de las leyes se levanta la poderosa objeción democrática contramayoritaria de que el legislador es el principal representante de la voluntad popular. O también los inconvenientes conceptuales, por decirlo de modo suave, que se presentan cuando la filosofía del derecho del constitucionalismo tiene que justificar su alejamiento de las principales tesis del positivismo jurídico tradicional y conservador, que niega la relación necesaria entre

el derecho y la moral, la función acotadora de los principios jurídicos y el carácter normativo —y no solo descriptivo— de la teoría jurídica.

A pesar de la importancia que reviste cada una de estas acepciones, así como las relaciones que guardan entre sí, en este trabajo se analizarán las cuestiones más relevantes del primero de ellos, es decir, el relativo al modelo del Estado constitucional de derecho. Sin embargo, es obligado decir algo acerca de la ideología que subyace al constitucionalismo y el contexto en el que surge.

### **Bases ideológicas e históricas del constitucionalismo moderno**

El sustrato ideológico del constitucionalismo moderno ha sido examinado y discutido con amplitud por la doctrina. Se ha llegado al acuerdo casi unánime de ubicarlo en el pensamiento iusnaturalista de la ilustración y en la teoría contractualista clásica (Prieto 2003, 32). El constitucionalismo moderno es considerado, pues, un heredero indiscutible de estas dos grandes tradiciones culturales. No obstante, la doctrina también ha reconocido que la influencia de ellas no es la única presente en la ideología constitucionalista. Por el contrario, en esta resalta la huella de ciertas concepciones religiosas y de la tradición inglesa, por lo que al constitucionalismo estadounidense se refiere (Prieto 2003, 33).

De cualquier manera, no parece difícil asumir la idea moderna de la limitación constitucional de las facultades del legislador, a la creencia iusnaturalista del sometimiento del poder a un derecho superior, proveniente de un dios (en los estados antiguos de la doctrina del derecho natural), de la naturaleza del hombre o la voluntad del pueblo.

Tampoco es complicado resaltar las semejanzas entre la hipotética celebración de un pacto social, mediante el cual los individuos convertidos en ciudadanos deciden voluntariamente al Estado con el fin de obtener ciertos beneficios y mantener ciertas libertades y las conformaciones reales de las asambleas constituyentes.

Pero estos ejemplos no muestran simples analogías. Por el contrario, hacen patente el relevante papel que jugaron la doctrina del derecho

natural y el contractualismo. Prueba de ello es que ambas lograron unir las dos más importantes concepciones políticas en las que se cimentó el, quizá, más representativo constitucionalismo moderno: el estadounidense.

Estas concepciones son, por un lado, la de la soberanía popular y, por el otro, la de los límites al poder. Así el derecho natural restringe los poderes estatales en beneficio del pueblo; el contrato social, por su parte, formaliza tal restricción con un acto soberano de carácter fundacional.

Juntas, estas dos concepciones justifican la subordinación de los poderes constituidos al poder popular supremo y la inclusión en las cartas constitucionales de los derechos fundamentales, reflejo esto del derecho natural. No por nada la idea de supremacía constitucional constituye la versión política moderna de la imposición del derecho natural sobre el derecho positivo.

Las ideologías iusnaturalistas y convencionalista influyeron notablemente en el desarrollo del constitucionalismo y de su proyecto institucional: el Estado constitucional de derecho. Pero no lo hicieron solos. En el plano fáctico, importantes acontecimientos tuvieron un fuerte protagonismo. Uno de ellos es, sin duda, el fortalecimiento del Estado. Con este se pudo romper con la concepción medieval del poder ilimitado del soberano. La figura del monarca había sido abandonada y sustituida por la figura del *populus*. Este se transformaba en el nuevo titular del poder soberano, aunque sin las potestades despóticas de su predecesor. Con ello, el Estado se veía reforzado internamente, es decir, como organización política pero controlada externamente por una norma suprema, producto de la voluntad de individuos libres e iguales.

A partir de ahí, las relaciones entre estos y la organización estatal se transformó. Los individuos no eran ya vistos como sujetos unitarios que representaban intereses puramente personales. Más bien eran considerados miembros de un conglomerado con deseos, expectativas y valores compartidos que los dotaban de una identidad común y que, por lo tanto, los hacían titulares de ciertos derechos básicos—libertad, propiedad, igualdad— que exigían el respeto y la protección del Estado. En pocas palabras, los individuos adquirirían la calidad (y los atributos) de ciudadanos.

Otro suceso de singular importancia fue el cumplimiento en Europa de la unidad religiosa, que motivó la secularización del Derecho natural y el seguimiento de una nueva forma de concebir al Estado y su relación con los individuos (Prieto 2003, 35). Este no fue más una entidad natural, sino el fruto de una elaboración artificial con fines esencialmente instrumentales. Los individuos se convertían en artífices, un conjunto de derechos imprescindibles e inalienables, cuya existencia y disfrute no se encontraba sujeta a la voluntad de aquella estructura política. Por el contrario, a esta se le encomienda su resguardo. En América el corolario bélico de estos hechos se encuentra en la guerra de Independencia; su trasunto normativo, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776. En Europa, la Revolución francesa y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Alemany 2014, 17).

Una marca imborrable de este se halla justamente en el texto de la declaración francesa, especialmente en el preámbulo y en los artículos iniciales. En ellos, el derecho natural racional queda inscrito en unos principios incontestables y similares a las verdades científicas, que no han sido impuestos de forma arbitraria y voluntarista, que no se encuentran sujetos a ningún tipo de confirmación histórica y que son el soporte intemporal de los derechos naturales sagrados e inalienables que todo hombre posee.

Es cierto que la declaración estadounidense presenta notables coincidencias con la declaración francesa posrevolucionaria. Sin embargo, hay algo que la diferencia: no contiene ningún apartado en el que se trate el tema del control judicial de las leyes, la *judicial review*.

El documento francés incorpora la conocida doctrina de la separación de poderes, la cual constituye el presupuesto ineludible para la creación de cualquier sistema de control judicial de la legalidad (Prieto 2003, 54). De hecho, quien elaborara y difundiera tal doctrina fue Montesquieu, quien consideraba como la mejor forma de gobierno aquella en la que los jueces tuvieran la función de velar por el mantenimiento y la permanencia de las leyes fundamentales, en la que se encontraba, por supuesto, la Constitución (Prieto 2003, 56).

Como puede observarse, el análisis del panorama histórico-ideológico que rodea el advenimiento del constitucionalismo moderno proporciona datos que sirven no solo para efectuar una descripción adecuada de él, sino también para entender varias de las dificultades y tensiones que atraviesa. Una de estas dificultades, tal vez la más representativa del constitucionalismo democrático, es la del reconocimiento y la protección de los derechos políticos. Una parte de este trabajo está dedicado, precisamente, al estudio de este importante problema.

### **Estado constitucional de derecho. Caracterización de un modelo**

Se ha dicho, no sin razón, que el Estado constitucional de derecho es el resultado de tres particulares transiciones que se expresan con suficiente claridad en los ordenamientos jurídicos de las democracias actuales (Ansuátegui 2002, 263). Estas transiciones encuentran el paso de: 1) la primacía de la ley a la supremacía de la Constitución; 2) la reserva de ley a la reserva de la Constitución, y 3) del control judicial de la legalidad al control judicial de la constitucionalidad (Ansuátegui 2002, 266). La primera transición se relaciona con la denominada dimensión normativa de la Constitución y el correspondiente “desplazamiento de la ley”. Esta pone de manifiesto la forma en que la Constitución logra trascender la concepción que la presentaba como un simple conjunto de normas pragmáticas y principios demasiado generales aplicables solo a partir de disposiciones legislativas complementarias, para ser entendida como una estructura normativa suprema y coherente que goza de fuerza obligatoria directa respecto de todos los integrantes de un Estado (Ansuátegui 2002, 265). Pero también muestra el paulatino socavamiento del contenido de las disposiciones legislativas, el cual se expresa mediante la regulación de aspectos cada vez más específicos y secundarios. De esta transición es posible desprender la necesidad de órganos y procedimientos específicos de control y salvaguarda de la Constitución. Así, esta primera transición se relaciona

de manera estrecha con la tercera, es decir, la relativa al paso de la protección de la legalidad a la de la constitucionalidad.

La segunda transición se encuentra especialmente condicionada por la complejidad social, que refleja la importancia que ha adquirido, y lo sensible que ahora resultan, para los miembros de la sociedad, determinadas materias, especialmente para aquellos que tienen que ver con los objetivos del Estado social. El desarrollo normativo de estas materia ya no puede llevarse a cabo en normas que mantienen un lugar intermedio en los ordenamientos. Ahora se exige que su regulación se reserve a las de más rango de dichos ordenamientos, entre los que se encuentra, por supuesto, la Constitución (Ansuátegui 2002, 264).

Finalmente, la tercera transición se sustenta en el cambio, más bien, continuación, del Estado de Derecho al Estado constitucional. El primero representa la organización formal del Estado mediante la ley. Es por ello que se le identifica con el denominado “imperio de la ley” y se le atribuye como principio rector el de legalidad. El Estado constitucional conforma la dimensión material del Estado de Derecho, es su estadio superior, caracterizado por dotar de contenido valorativo a la legalidad. En otros términos, en el Estado constitucional se intenta compatibilizar las propiedades regulativas del Derecho con su cualidad justificativas. Por tanto, el principio de legal cede su espacio al constitucional.

De estas transiciones, es posible desprender como producto los rasgos esenciales del modelo de Estado constitucional. Estos son:

- 1) La presencia en el orden jurídico, específicamente en las normas constitucionales, de un catálogo más o menos amplio de derechos fundamentales, que participan de garantías formales y de una eficacia generada: a estos derechos se incluyen otros, de carácter social, cuya protección es menos intensa.
- 2) La existencia de una constitución considerada norma suprema del ordenamiento estatal, que alberga los valores y principios materiales en los que se sustenta la organización jurídico-política de una sociedad y que contiene el referido catálogo de derechos individuales y sociales fundamentales. En virtud de su supremacía y de su

contenido sustancial, la constitución se muestra como una norma rígida, con vocación de estabilidad y permanencia, y cuyas modificaciones o enmiendas están sujetas a controles estrictos, como la participación de diversos órganos, el empleo de esquema de mayorías calificadas y el uso de mecanismos de “enfriamiento”.<sup>4</sup>

- 3) El establecimiento de un sistema de control de la constitucionalidad, en el que el más “neutro” de los poderes, el Judicial, adquiere un papel central (Prieto 2003, 108).

Estas tres características esenciales hacen, en opinión de Prieto Sanchís (2003, 107-8), que el Estado constitucional de derecho pueda ser visto como aquella organización política que reúne en la constitución tanto normas que establecen los “mismos” indispensables para el desarrollo autónomo de los individuos y para su participación en la toma de decisiones colectivas, como cláusulas que determinan el proyecto político global y los programas directivos específicos que se refieren para el desenvolvimiento y el progreso de la sociedad.

Por su relevancia, en los apartados siguientes se analizarán algunos aspectos particulares de esas características.

### *Derechos fundamentales. Un mínimo moral*

Al igual que el concepto constitucionalismo, la categoría derechos fundamentales es histórica (Méndez 1996, 102). Su génesis está perfectamente

---

<sup>4</sup> Las leyes supremas mexicana y española son ejemplo claro de estas constituciones rígidas. En el caso de la última, en el artículo 167 establece el procedimiento que debe seguirse para su reforma: “1.- Los proyectos de reforma constitucional deberá ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición prioritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso del Senado. 2.- De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiera obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma. 3.- Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras”.

ubicada en el tiempo y en el espacio.<sup>5</sup> Por lo mismo, negar su historia es cerrar la puerta a su comprensión.

Como categoría histórica, los derechos fundamentales se hallan vinculados a otras dos categorías: la de ciudadano y la de Estado (Méndez 1996, 99). Ello es así porque, como ya se vio, los derechos fundamentales han sido incluidos en declaraciones emitidas por los estados, primero como derechos de algunos individuos, después como derechos de todos los ciudadanos frente al poder público y, finalmente, como derechos de todos los seres humanos independientemente de su condición (Méndez 1996, 102).

La categoría de ciudadano representa para el estado la posibilidad de conducir sus propios actos, mediante la fijación de las obligaciones que, frente a los ciudadanos, le corresponden. Además, le permitió tener un interlocutor privilegiado al que se le pudiera exigir, como correlato del reconocimiento de su cualidad, obediencia a las leyes y mandatos promulgados (Méndez 1996, 103).

Es esta la razón de que, en la actualidad, los derechos políticos se encuentren íntimamente relacionados con el atributo de “ser ciudadano”, especialmente el relativo al ejercicio del sufragio. Pero también es la razón de que las democracias contemporáneas tengan que enfrentar severas críticas acerca del tema de la igualdad (por ejemplo, la participación política de las mujeres o de los inmigrantes), al no poder desprenderse de los efectos ciertamente excluyentes del uso de dicha categoría.

Los derechos fundamentales representan el “mínimo moral” de los estados modernos. No es raro que en la explicación de su fundamento muchos autores hayan aludido a su carácter de ético (Vidal 1992, 22). Incluso, la posición más difundida y aceptada es la que considera a los derechos fundamentales derechos de naturaleza moral recogidos por las normas del derecho positivo. Este último aspecto, es decir, su positivación, es lo que los transforma, adicionalmente, en derechos subjetivos (Vidal 1992, 24).

Los derechos fundamentales son, por tanto, aquellas exigencias éticas, incorporadas en los cuerpos legales que se estiman condiciones

---

<sup>5</sup> Ya se habló abundantemente de los acontecimientos que se relacionan con ella.

indispensables para el mantenimiento de la “dignidad humana” (Fernández 1984, 109). Sus principales características son su positividad, su inalienabilidad y su universalidad y su carácter absoluto. Son positivizados porque solo a partir de que adicione esta propiedad son considerados verdaderos. Antes, únicamente conforman elementos de la moral crítica (Asís 1992, 32). Su positivación los convierte en figuras jurídicas que, en tanto tales, condicionan el cumplimiento de obligaciones y la asunción de responsabilidades por parte de los órganos estatales.

Los derechos fundamentales son igualmente inalienables porque ni siquiera sus titulares pueden disponer libremente de ellos. Se les encuentra vedada, por ende, la renuncia, su transmisión por cualquier medio o la destrucción del bien objeto de ellos (Martínez 1992, 86).

Quizá las características más notables de los derechos fundamentales sea su carácter absoluto y su universalidad. Esta puede referirse tanto a los titulares de los derechos como a los que se colocan frente a ellos, es decir, los sujetos obligados. En relación con los titulares, la universalidad parece indicar que pueden ser atribuidos a cualquier persona, sin embargo, respecto de esta idea, las opiniones son diversas. Todas reconocen que la universalidad es una cualidad a la que se le ha puesto límites. Solo que algunos afirman que tales límites son necesarios. Según estas opiniones, la universalidad, en el sentido antes indicado, no es una característica que corresponda a los derechos fundamentales, por lo menos no una característica esencial. Pretender que lo sea, sostienen estas opiniones, es desconocer que los sistemas jurídicos solo cuentan con un ámbito de validez limitado. No hay, por tanto, ningún problema en sostener que existen derechos que únicamente pueden ser ejercidos por personas que cumplan con ciertas condiciones (Prieto 1990, 55). Estas posiciones también señalan que la universalidad tampoco puede darse respecto de los sujetos obligados, puesto que hay claras obligaciones correlativas a derechos, cuyo cumplimiento corresponde esencialmente al Estado y no a otros. Este es el caso, por ejemplo, del derecho a la tutela efectiva.

De acuerdo con algunos autores, por ejemplo Antonio Pérez Luño, la ideología particularista que niega la universalidad de los derechos humanos debe ser rechazada, pues en ella no solo se encuentra el germen

de los nacionalismos excluyentes —que justifican diferencias en función de peculiaridades individuales, como el color de la piel, la estatura e incluso la textura y tonalidad del cabello—, sino también los postulados antagónicos a un constitucionalismo común de la humanidad (Pérez 1996, 35).

Finalmente, el carácter absoluto de los derechos fundamentales debe ser analizado con cautela. Los derechos fundamentales constituyen los principales límites al poder político, lo que implica, en principio, que se encuentra fuera del ámbito de acción de las autoridades estatales. No obstante, esto no significa que su ejercicio sea ilimitado. Por el contrario, tal ejercicio debe realizarse con total respeto de los derechos de los demás y de los bienes y valores constitucionalmente protegidos.

### *Justicia constitucional*

El examen de la justicia constitucional es una labor obligada si se quiere no solo caracterizar adecuadamente al Estado constitucional de derecho, sino también conocer el alcance real de los derechos fundamentales. El antecedente más importante del modelo de justicia constitucional se encuentra en la obra de Hans Kelsen. Este modelo expresa muy probablemente el punto más alto del Estado de derecho europeo, precedido, claro, por la idea de la soberanía popular y de la constitución como vértice del orden jurídico estatal.

La situación social que se vivía en Europa en la década de 1930 constituyó la inspiración para el modelo kelseniano. Esta situación se caracterizó por un excesivo culto a la ley y el precedente de la ineficacia de la justicia constitucional de la República de Weimar (Prieto 2003, 80). Tal ineficacia fue originada, precisamente, porque el esquema aplicado solo respondía a la necesidad de resolver conflictos entre órganos estatales y no al interés por el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes. El modelo alemán implicaba solo la salvaguarda de la superioridad del derecho del *reich* y un sistema de resolución de controversias concretas entre los protagonistas políticos del Estado federal, pero no supuso nunca la defensa de la Constitución. En pocas palabras, se trataba de procedimientos que no se encontraban basados

en una idea clara de la supremacía constitucional o que tenían un carácter puramente incidental, el cual se traducía en formas simples de arbitraje político.

Por su parte, el diseño propuesto por Kelsen mantiene una idea nítida de las facultades del legislador y del carácter constitutivo de la jurisdicción. De ahí que por medio de él se intente evitar la contaminación política o moral del juicio de constitucionalidad. El juez constitucional debe, por tanto, ser imparcial y limitarse a verificar la compatibilidad lógica entre la ley y la constitución.

En Europa, los actuales tribunales constitucionales responden solo en parte al modelo de Kelsen. De ahí toman el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos elementos de tinte procesal. Sin embargo, respecto a su funcionamiento y a la forma que tienen de decidir, dichos tribunales responden más al esquema estadounidense de la *judicial review*.

En México, el esquema de jurisdicción constitucional concentrada ha perdido fuerza. Como consecuencia de la reforma en materia de derechos humanos de 2011, el control de constitucionalidad se expandió a todos los ámbitos de la impartición de justicia. Ahora, tanto los tribunales federales como los de las entidades realizan un control de constitucionalidad respecto de normas generales relacionadas con derechos humanos. En relación con estos, la reforma amplió el denominado bloque de constitucionalidad al incorporar a este el derecho internacional de los derechos humanos (tratados, convenciones, precedentes). Del mismo modo, permitió la ampliación del catálogo de derechos y el reconocimiento de que las constituciones de las democracias contemporáneas no son ya un simple conjunto de proclamas políticas que expresan ideales más o menos progresistas y liberales, sino que, por el contrario, su cariz es la de verdaderos cuerpos de enunciados performativos que, por sus particularidades lingüísticas, estructurales y funcionales inciden de manera directa en los ámbitos más trascendentes de la vida social. En este reconocimiento se sitúa la esencia misma del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho.

Pero, como se ha dicho, la naturaleza performativa de las constituciones democráticas no es algo independiente del ejercicio y la

garantía de los derechos humanos ínsitos en ellas. Aun en aquellas disposiciones que regulan aspectos de la vida institucional del Estado, el sustrato garantista se encuentra presente. Es por esta razón que en los discursos contemporáneos acerca de la democracia esta es revelada como un sistema de derechos privilegiados que se oponen a cualquier poder público o privado. En pocas palabras: el fundamento sustantivo y material de las democracias constitucionales, así como de su especial jurisdicción, es el sometimiento del poder por medio de la espada de los derechos; estos son, finalmente, el verdadero *coto vedado* de aquel.

La estructura y las funciones de las instituciones democráticas deben, por ese motivo, estar encaminadas a mantener el respeto a los derechos y, al mismo tiempo, asegurar su ejercicio y protección. Los jueces constitucionales, al constituir piezas relevantes de los estados modernos son muestras ejemplares del amplio espectro que han adquirido los derechos humanos en su configuración y organización. Pero también son una clara prueba de la colosal responsabilidad que el sistema tiene en la imposición de límites reales y eficaces al poder político.

En esa tarea, la interpretación y aplicación de las máximas disposiciones de un orden jurídico jerarquizado —es decir, aquellas en cuyo seno normalmente se resguardan los derechos— requiere del uso de nuevas fórmulas y de la construcción y operación de nuevos esquemas. Por ello, la labor solo puede ser encomendada a sujetos con un perfil especial, que les permita tomar una distancia prudente tanto de los clásicos, y muchas veces rígidos, cánones de la lógica deductiva, como de las ortodoxas tesis que le niegan al derecho algunos contenidos valorativos.

En efecto, desde hace ya algún tiempo, la fórmula modélica del silogismo práctico, la subsunción, así como la visión conservadora de que para caracterizar e identificar al derecho no hace falta acudir a consideraciones valorativas, ha dejado de ser el instrumento por antonomasia de la práctica jurídica. La puerta se ha abierto para darle paso a otro esquema de racionalidad en el que los principios y valores constitucionales —es decir, valores morales— han reclamado su primacía frente al valor cuasisimbólico del imperio de las reglas.

De esta manera, la ponderación o, cambiando los términos, la búsqueda de proporcionalidad de los principios constitucionales —mandatos de optimización en el lenguaje alexyano (Bernal 2005, 97)— ha asumido un intenso protagonismo en la justificación de decisiones acerca de conflictos entre derechos.

Sin ir más lejos, en el actual escenario jurídico-político de México, las fuerzas actuantes han traído al terreno público la tensión existente entre el derecho subjetivo a la libertad de expresión (ejercido por medio de debates públicos, abiertos y tolerantes) y el derecho al honor de los candidatos que contienden en las justas electorales. Esta tensión, que ya había sido expresada en la reforma electoral de 2007, propició la incorporación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la prohibición expresa de utilizar, en la propaganda política o electoral, expresiones que calumnien a las personas (artículo 41, fracción III, apartado C).

A todo esto hay que agregar el hecho de que la reforma constitucional en materia de derechos humanos introdujo principios garantistas específicos. Estos son universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Y no se puede dejar de lado el principio interpretativo propersona. Pero ¿a quién le corresponde establecer el significado y los alcances de tales principios? De entrada, se tendría que afirmar que a todas las autoridades del Estado, tanto federales como locales. De acuerdo con la propia reforma, la aplicación de las normas constitucionales y convencionales de derechos humanos está encomendada a dichas autoridades y, justamente, tal aplicación presupone esclarecer el significado de los principios aludidos.

En los últimos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho algunos ejercicios para delimitar el contenido de los principios. Estos aún no han sustentado ningún criterio interpretativo. No obstante, marcan una clara tendencia en la actividad de los jueces constitucionales. En el contexto actual es perfectamente admisible que los poderes legislativos de los estados intenten definir constitucionalmente, y en términos generales, los alcances de los principios mencionados. Pero también es posible, y sería incluso deseable, que se establecieran guías generales de cómo entender el concepto de reparación de las

violaciones a los derechos humanos, así como los límites en su aplicación.

Algunas preguntas específicas que surgen a este respecto, y que los órganos de impartición de justicia deben considerar al momento de resolver casos en los que están involucrados derechos humanos, son: ¿en qué consiste la reparación de la violación de los derechos? ¿Debe interpretarse la obligación de reparar las violaciones en relación directa con el derecho a una justicia eficaz? ¿El principio interpretativo *propersona*, al ser incorporado a la Constitución, se convierte en una garantía? Si este principio puede entenderse como una garantía constitucional (en el estricto sentido del término), entonces ¿es posible aplicarlo en normas no relacionadas directamente con derechos humanos? ¿El principio de progresividad implica un aumento paulatino del contenido de los catálogos de derechos (humanos) o está ligado, en forma íntima, con las acciones del Estado, como la obligación de reparar las violaciones a tales derechos?<sup>6</sup>

## IV. Dimensiones de los derechos humanos

### Conceptos de derecho subjetivo y permisión

El concepto de derecho (subjetivo) está relacionado de manera íntima con el de permisión. Ambos son considerados conceptos jurídicos fundamentales. Y también respecto de ambos se presentan problemas al intentar usarlos correctamente; uno, quizás el más importante, es

<sup>6</sup> Debe tomarse en cuenta que una regulación en este tema involucra la aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cual ya adelanta un posible, y desde luego obligatorio, significado de la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Este significado tiene que ver con la progresividad (aumento paulatino) en el espectro de ejercicio y garantía eficaz de los derechos humanos. El texto del artículo es el siguiente: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, específicamente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"

el de su uso como sinónimos en el discurso jurídico. Este uso supone que las propiedades definitorias de cada uno son semejantes. Por lo menos las propiedades relevantes. El problema radica, precisamente, en la determinación de tales propiedades. Es decir, para considerar que el concepto *derecho* indica lo mismo, o algo muy similar, a *permisión* es necesario identificar, primero, todas sus características y determinar, después, cuáles de estas características son las más significativas. Pero tanto definir como formular un juicio de relevancia es bastante complejo, problemático.

El concepto de *permisión* está presente cuando se piensa en el modo en que el orden jurídico regula las conductas. Permitir, junto con ordenar y prohibir, son las tres formas básicas en que el orden regula el actuar externo de las personas. De hecho, tales formas son consideradas los principales operadores deónticos del campo de lo jurídico; lo que hace que sirvan como calificadores conductuales. Por ejemplo, una conducta es calificada como permitida cuando una norma determina se puede hacer. En cambio, es calificada como prohibida cuando una norma establece que no se puede hacer. Una cosa distinta es afirmar que la realización de una conducta es posible. Esta afirmación tiene que ver más con posibilidades reales, las cuales, si bien no están desvinculadas de lo que las normas establecen, sí tienen un fundamento distinto, más cercano al mundo empírico y por lo tanto al discurso de la política y de la moral.

Que una norma califique una conducta como permitida (o prohibida u ordenada) presupone su existencia. Esto significa que la existencia de una *permisión* depende de la de la norma que la establece. Esta es la que permite. No existe, entonces, *permisión* sin norma. Esta idea es la que ha provocado que se sostenga que las *permisiones* únicamente son expresas. Solo —se dice— puede hacerse lo que expresamente está permitido por la norma. El problema aquí es que al introducir el término *permisiones expresas* surge la idea de que es posible que haya *permisiones* diferentes, no incluidas expresamente en el texto de las normas. En otras palabras, que existan *permisiones implícitas*, previstas no en el ámbito de los textos, sino en uno más profundo, en el que subyace a ellos.

En la teoría del derecho contemporánea es común identificar el concepto de permisión expresa con un sentido o significado fuerte de la palabra permisión. Cuando se usa permisión en ese sentido se quiere decir que existe una norma que expresamente permite determinada conducta. Pero la palabra permisión también se emplea con un significado débil. En este último caso, decir que algo se permite quiere decir que ese algo no está regulado expresamente, esto es, que el derecho no se refiere a él de ninguna manera. En otros términos, que no lo califica deónticamente.

El sentido débil de la palabra permisión hace posible entender el fenómeno de las lagunas normativas. Este se presenta cuando una conducta no es regulada expresamente por las normas que integran un sistema jurídico. Y es justamente en este punto en el cual las explicaciones teóricas se contraponen. ¿Qué se debe entender cuando un comportamiento no está previsto por ninguna norma jurídica? ¿Se debe entender que se permite o que no se permite? ¿Acaso se puede hacer libremente? En la *Teoría pura del derecho* (segunda edición, 1960), Hans Kelsen intentó resolver el problema de las lagunas con la formulación y aplicación del denominado “principio de prohibición”. Este señala que “lo que no está prohibido, está permitido”. Es un principio que cierra el sistema jurídico, haciéndolo completo respecto de la regulación de cualquier conducta. El sistema es completo, y por ende no presenta lagunas, si se califica como permitido todo aquello que no está expresamente prohibido.

El principio de prohibición muestra importantes defectos teóricos, pero también interesantes bondades prácticas. Dos de sus principales defectos tienen que ver con el sentido en el que se usa la palabra permisión y con la naturaleza del propio principio. Si permisión se usa en su sentido débil, el principio, aunque verdadero, resulta tautológico; indicaría que todo lo que no está expresamente prohibido no está expresamente prohibido (significado débil de permisión). En cambio, si el sentido que se utiliza es el fuerte, el principio de no prohibición podría ser verdadero o falso. Y esto dependería completamente de que el orden jurídico, en efecto, permitiera de manera expresa todo lo que no hubiese prohibido expresa y previamente. O de que el propio orden incluyera al principio de prohibición como principio normativo

expreso, es decir, como norma de clausura. Esta última posibilidad se relaciona con el segundo defecto: no se sabe si el principio es de naturaleza normativa o descriptiva.

Por su parte, las bondades prácticas tienen que ver con que en el campo del razonamiento jurídico, particularmente el que llevan a cabo jueces y abogados, el principio de prohibición está siendo entendido como un principio normativo y no simplemente explicativo. Jueces y abogados no solo utilizan el principio en su argumentación práctica, sino que lo conciben como parte del derecho mismo. Además, los órdenes jurídicos que establecen normas que eliminan lagunas van poco a poco en aumento. Aunque en este último caso el problema tiene un tratamiento distinto en función del tipo y de la naturaleza de las normas que se construyen. No es lo mismo una laguna normativa en disposiciones constitucionales que en prescripciones legales. Y no es fácil determinar qué norma debe incluirse y con qué especificidad tanto en la constitución como en las leyes.

En las constituciones, las lagunas normativas suelen evitarse por medio de las normas de clausura, es decir, normas generales que establecen de manera previa la forma de enfrentar las lagunas. Por ejemplo, la Constitución mexicana determina en su artículo 14 que, en la materia civil, a falta de ley (es decir, disposiciones que regulen expresamente una conducta) se aplicarán los principios generales del derecho. Este tipo de normas de clausura hacen que se afirme que la constitución da respuesta a todo problema planteado. Sin embargo, la aplicación de los principios generales del derecho no es nada sencilla. Por esta razón, algunas constituciones plantean soluciones más específicas al problema de lagunas. Estas soluciones califican deónticamente las conductas que no se encuentran reguladas en términos concretos. Esto quiere decir que, en el ámbito constitucional, se determina con precisión si una conducta que, siendo relevante, no se encuentra regulada concretamente se permite, se prohíbe o se ordena. Con una determinación así se eliminan completamente las lagunas, no solo constitucionales, sino legales.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Un ejemplo paradigmático de esta forma de resolver el problema es el artículo 2, último párrafo, de la Constitución del Estado de Oaxaca, el cual establece: "El Poder Público y sus Representantes

Al parecer, la idea que la mayoría tiene de algo que no está regulado es que se puede hacer. Sin embargo, también se piensa que se puede hacer porque se tiene derecho a hacerlo. La idea, no especializada, de permisión (en cualquiera de sus sentidos) está vinculada con la idea de derecho subjetivo. Como se ve, se ha llegado nuevamente al principio. Solo que esta vez se siguió un camino distinto, aunque el resultado indique lo mismo: los juristas utilizan como sinónimos derecho subjetivo y permisión porque, en el fondo, las personas comunes los relacionan de manera estrecha.

### Inalienabilidad de los derechos

Junto con su carácter absoluto y su dimensión universal, la inalienabilidad constituye uno de los rasgos básicos de los derechos humanos. En términos generales, que un derecho humano sea inalienable significa que no puede renunciarse a él. Esta idea acerca de los derechos fue gestada por las concepciones iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII (Alemany 2014, 18). De acuerdo con estas concepciones, las personas no pueden renunciar a todos sus derechos a pesar de que esto les permita desenvolverse socialmente (Alemany 2014, 18). El pacto social que los hombres suscriben no puede entenderse como una renuncia absoluta e ilimitada de sus derechos.

La inalienabilidad también está relacionada con la indisponibilidad. Los derechos humanos son inalienables porque no se puede renunciar

---

sólo pueden hacer lo que la Ley les autoriza y deben hacer, lo que la Ley les ordena. Los particulares pueden hacer lo que la Ley no les prohíbe y deben hacer, lo que la Ley les ordena." Una norma similar se encuentra prevista en el artículo 141 de la Constitución del Estado de Sinaloa. El único problema es que la posibilidad constitucional de hacer lo que no se prohíba en la ley se extiende a lo que no sea contrario a la moral y a las buenas costumbres, y estos conceptos no solo son indeterminados y valorativos, sino que provocan una constante controversia de su significado. Eso genera duda de la forma de regular una gran diversidad de conductas, las cuales pueden, según algunos significados de los conceptos *moral* y *buenas costumbres*, permitirse o prohibirse. Estas dudas pueden ocasionar la formación de lagunas normativas. El texto del artículo 141 señala lo siguiente: "La aplicación de las leyes será general y uniforme en todo el Estado, sobre todas las personas a quienes su acción comprenda. Estas podrán hacer lo que la ley no prohíba o que no sea contrario a la moral y buenas costumbres".

ni disponer de ellos. La indisponibilidad parece, en algún sentido, una característica bastante distinta a la irrenunciabilidad. Si una persona no puede renunciar a un derecho, se supone que entonces puede disponer de él. La relación entre estos dos rasgos parece, en principio, inconsistente. La explicación de esta inconsistencia se encuentra en el enfoque que se utiliza para definir tales rasgos. Al hablar de no renunciabilidad y de no disponibilidad se está pensando en características de los derechos que sean oponibles a la autoridad estatal (Alemany 2014, 19). Así, el Estado no puede disponer de los derechos, ni obligar a su renuncia. De cualquier modo, esta explicación mantiene ciertos defectos. Aun cuando se pueda entender que dichas características se expresan en función de lo que puede o no hacer el Estado, parece claro que ambas se refieren a acciones que corresponde a sujetos distintos. La primera corresponde a una acción exclusiva de los particulares; la segunda, a un deber propio de las autoridades.

Al corresponder las acciones a titulares distintos, la idea general de la irrenunciabilidad y la no disponibilidad se pervierte. En la doctrina acerca de los derechos humanos se comienza a hablar de la existencia de derechos que no son renunciables ni disponibles para los propios individuos. Es cierto, por otro lado, que el que los individuos no puedan renunciar a algunos de sus derechos permite, si se mantiene la perspectiva de la acción de la autoridad, que aquellos constituyan verdaderos límites al poder público. Sin embargo, aceptar esto lleva a una situación que contradice abiertamente las intuiciones y creencias acerca de los derechos. La mayoría piensa que los derechos que posee permiten ejercerlos o no ejercerlos. En el ámbito de protección que proporcionan, se es libre de hacer lo que se quiera. Al lado de una libertad positiva que implica hacer algo, existe una libertad negativa que permite, si así se decide, no hacerlo.

El dilema que plantea la irrenunciabilidad de los derechos ha estado presente en muchas situaciones reales. Un ejemplo emblemático es el famoso caso de la huelga de hambre que, en la década de 1980, protagonizaron los miembros de la organización española denominada Grupo Antifascista Primero de Octubre (Grapo). La huelga se inició como consecuencia de que las autoridades carcelarias les negaron a

los miembros la posibilidad de ser reclusos, todos, en un mismo centro de reclusión. Como cualquier huelga de este tipo, la que hicieron los integrantes de Grapo tenía un propósito definido que involucraba una consecuencia muy grave: la propia muerte de los huelguistas, admitida de manera voluntaria, libre y autónoma.

Las autoridades españolas se enfrentaron al problema de aceptar la petición de los miembros de la organización (haciendo a un lado la política criminal establecida) y evitar su muerte, o de no aceptarla y que murieran. El caso tuvo un fuerte impacto social. Fue seguido por todos los medios de comunicación. Hubo intensas discusiones, particularmente en el círculo de los juristas. Se escribieron muchos artículos y notas; de entre los que destaca el análisis que realizó el filósofo español de derecho Manuel Atienza Rodríguez (1994). En dicho análisis, el cual tomó en cuenta un par de sentencias del Tribunal Constitucional Español, planteó varias cuestiones teóricas y filosóficas importantes. Una fue, justamente, la de la posibilidad de renunciar al derecho fundamental a la vida. Otra, la de admitir la existencia de un derecho a la muerte, implícito en el derecho a la vida. Otra más, la de los límites a que están sujetos los actos del Estado frente a los derechos fundamentales. Respecto de esta, Atienza sostuvo que justificar la limitación de un derecho a partir de la consideración de los fines o de los efectos que su ejercicio puede causar en determinadas políticas públicas (en este caso, de reclusión de personas juzgadas por terrorismo) es no tomar en cuenta el carácter esencial de los derechos. “Pues tener un derecho fundamental parece que tiene que significar que, al menos en principio, ninguna directriz política, ni objetivo social colectivo puede prevalecer frente a él” (Atienza 1994, 65).

En cuanto a la posibilidad de renunciar o de disponer del derecho a la vida, Atienza deja claro que ese derecho no cuenta con la dimensión negativa que tiene el derecho de libertad, pero que, sin embargo, es posible disponer de él. Esta disponibilidad no debe entenderse —sostiene— de la misma manera en que se entiende la de otros derechos, como el de educación o el de propiedad (Atienza 1994, 65). El derecho a la vida no es disponible en el sentido de que el mismo pueda darse o transmitirse voluntariamente a otra persona, pero sí es

disponible en el sentido de decidir no vivir, de decidir la propia muerte. Aun cuando el derecho a la vida no pueda ser reconducido al de libertad en sentido negativo, es indudable que el propio individuo puede decidir si quiere o no seguir viviendo. Y esta decisión forma parte del mismo derecho. En otras palabras, el derecho a la vida es disponible en algún sentido, lo que significa que junto a él, o más bien, insito en él, se encuentra otro derecho: el derecho a la muerte.

### Paternalismo y derechos-deberes

El derecho a la vida es, según Atienza (1994, 65), semejante al derecho al voto o al derecho a elegir una religión. Los tres son casos de derechos disponibles en el mismo sentido. Los tres pueden disponerse de manera acotada, lo que los sitúa en medio de los derechos de libertad y de los derechos-deberes. Atienza coloca en este lugar el derecho a votar porque las normas que en España lo regulan no lo consideran una obligación. En México, como en otros países, sucede una cosa distinta. El derecho a votar es, al mismo tiempo, un deber.<sup>8</sup> Pero lo interesante aquí no es la naturaleza del derecho de voto (activo, por supuesto), sino, más bien, la naturaleza de los denominados derechos-deberes.

Estos se encuentran vinculados con la idea de paternalismo estatal. El Estado es paternalista cuando ejerce poder sobre uno o varios individuos para causarles un beneficio. Los dos elementos que conforman al paternalismo son, por ende, el modo y la finalidad (Alemany 2005, 268). El modo es el poder, es decir, la acción intencional (siempre intencional) que alguien lleva a cabo para obtener de otro un comportamiento específico (Alemany 2005, 268). La finalidad es conseguir que la persona sobre la que se ejerce la acción paternalista “[...] se comporte de tal manera que se evite a sí mismo daños de tipo físico, psicológico y/o económico” (Alemany 2005, 270).

El concepto derecho-deber que, en principio, parece contradictorio se gesta a partir del paternalismo estatal. El Estado suele incorpo-

<sup>8</sup> Véanse los artículos 35, fracción I, y 36, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

rar en su orden jurídico derechos cuyo ejercicio se encuentra no solo permitido sino también obligado. La razón de esto es evitar que se renuncie a ellos o que se disponga libremente de ellos. Al calificar los derechos como deberes se intenta conseguir este objetivo.<sup>9</sup> Pero la finalidad última no son ni la no renuncia ni la no disposición, sino evitar que, a partir de no cumplirlas, se provoque un daño al titular del derecho. Y esta es justamente la finalidad de la acción paternalista. Por ello, dos casos claros de acción paternalista son la regulación que prohíbe al paciente renunciar a su derecho a que le den información clínica cuando su vida está en peligro, o aquella que impide renunciar al derecho de una defensa asistida. Ahora bien, si esto es así, entonces podría pensarse que todos los derechos, al ser inalienables (es decir, irrenunciables e indisponibles) tendrían también la naturaleza jurídica de deberes, lo que parece contrariar las ideas básicas acerca de los derechos.

Lo anterior muestra que la explicación inicial acerca de la inalienabilidad de los derechos es insuficiente, pues no todos son derechos-deberes, ni detrás de aquellos se encuentra siempre una acción paternalista del Estado. El problema parece tener otro origen: el desorden terminológico y conceptual que existe en torno a las características definitorias de los derechos subjetivos. La inalienabilidad, por ejemplo, es un término ambiguo.<sup>10</sup> Puede significar que el titular del derecho no tiene la posi-

---

<sup>9</sup> El establecimiento de derechos-deberes no es la única forma en la que puede expresarse la acción paternalista del Estado. Existen otras menos estrictas. Por ejemplo, la imposición de requisitos o condiciones para ejercer un derecho. Esto es lo que sucede cuando las personas ejercen su derecho a la donación de órganos; sin duda, este constituye un derecho cuyo ejercicio, en determinadas circunstancias, puede provocarle un daño grave al titular. En los requisitos que las leyes exigen para ejercerlo están la mayoría de edad, la existencia de un conocimiento informado respecto de las consecuencias de la donación, la manifestación de la voluntad ausente de coacción, la determinación de condiciones favorables para la donación, etcétera; al respecto, veáanse Garzón (1994) y Vázquez (1994).

<sup>10</sup> Un término es ambiguo cuando posee más de un significado. La ambigüedad referida a significados es una ambigüedad semántica, pero existen otras clases de esta. Cuando un enunciado muestra problemas de atribución, es decir, cuando por la incorrecta ubicación de las palabras o su defectuosa conexión no se sabe a qué sujeto le corresponde determinado predicado, se habla de una ambigüedad sintáctica. Este tipo tiene que ver con la falta de determinación de los conectores lógicos y de los cuantificadores. Finalmente, existe una más, la cual se produce cuando no es posible saber cuál es el propósito de un enunciado, esto es, si pretende ser una orden, una descripción, la determinación de un estado de cosas, una advertencia o una amenaza. La expresión cotidiana "no es una amenaza, es una advertencia"

bilidad de renunciar a (o de disponer de) él. Pero también que el Estado no puede disponer del derecho de un individuo ni obligarlo a que de él se deshaga. Esta ambigüedad es la causante de muchas confusiones.

En efecto, en el segundo de los sentidos mencionados, la irrenunciabilidad se confunde con el carácter universal y absoluto de los derechos (Laporta 1987, 42). Por ello, se le suele atribuir esta propiedad a todos los derechos. En cambio, en el primero de los sentidos aludidos, es decir, en el de la no renuncia o la no disponibilidad de su titular, la inalienabilidad no es una característica que pueda atribuírseles a todos los derechos. Más bien es una característica que solo le corresponde a unos cuantos. Esta es también la causante de la confusión que se presenta entre la no disponibilidad y la irrevocabilidad (Alemany 2014, 22). La no disponibilidad correspondería al titular y la irrevocabilidad al Estado.

A la ambigüedad del término inalienabilidad habrá que sumarle la vaguedad<sup>11</sup> del concepto disponibilidad. Como se ha visto, el significado de este concepto puede tener una mayor o menor extensión cuando se refiere al titular del derecho. No hay claridad acerca de los objetos que pueden ser abarcados por él. Existen derechos que son absolutamente indisponibles para su titular (por ejemplo, los derechos-deberes); otros que pueden disponerse en alguna medida, y otros que pueden siempre. Por esta razón, si el concepto de inalienabilidad no se aclara puede ser aplicado a derechos diferentes.

### Idea de libertad negativa

Como se ha visto, la sentencia de la Sala Regional mostró con suficiente claridad la posición del Tribunal Electoral respecto de la garantía y la protección de los derechos político-electorales. Esta posición constituye

---

es un ejemplo claro de este defecto pragmático. Véase Guastini (1999).

<sup>11</sup> Afirmar que un término o expresión padecen de vaguedad significa que existe duda en torno a la determinación de la clase de individuos (o casos) a la que se aplica. Es decir, no se sabe con exactitud en qué casos puede o no usarse. En el fondo, la vaguedad tiene que ver con la duda acerca de las características relevantes que identifican un concepto. Determinar este tipo de propiedades presupone, entonces, un juicio de relevancia. Véase Guastini (1999).

una doctrina judicial consolidada. De ella pueden extraerse aspectos muy interesantes. Uno de ellos, quizás el más relevante, es la relación que existe entre la actividad de los jueces y la eficacia del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho. Es decir, si los principios básicos de dicho Estado están siendo expresados y desarrollados adecuadamente en los fallos judiciales. Acerca de la resolución de la Sala (y, en general, de cualquier decisión de tribunales constitucionales) y su inclusión en el constitucionalismo contemporáneo ya se han dicho algunas cosas. Lo que todavía falta por analizar es si, y de qué manera, esta resolución contribuye al perfeccionamiento del modelo.

Parece claro que el tema central de la sentencia fue el estudio de una posible afectación del derecho político constitucional de la ciudadana Estephania Roldán Portillo a ser votada. No obstante, esa afectación no se refirió a que se le impidiera postularse para participar en algún proceso electivo (intrapartidista o constitucional), lo que suele ocurrir en la mayoría de los casos. Por el contrario, lo que se cuestionó fue el hecho de que se le registrara formalmente como candidata a un cargo público sin que ella lo hubiese decidido. Este planteamiento, por cierto, poco común, motivó a la Sala a fijar su criterio no solo acerca del contenido del derecho a ser votado, sino, particularmente, del ejercicio de cualquier derecho que se encontrara basado en la idea o el principio de libertad.

Heredera de los más importantes movimientos sociales y políticos del siglo XVIII, la libertad constituye no solo uno de los principios básicos en que se sustentan las democracias constitucionales actuales, sino el valor fundamental de todas las sociedades avanzadas. La libertad como derecho se encuentra recogida en todas las constituciones modernas. Su incorporación suele hacerse de manera fragmentada, por medio de libertades específicas que inciden en los distintos ámbitos de la vida cotidiana. Las libertades de expresión, de culto, de asociación, de procreación, son ejemplos representativos de esas libertades específicas (Bernal 2005, 247). No obstante, la idea de un único y gran derecho de libertad se mantiene presente en el Estado constitucional. Un derecho de libertad general que es a la vez la suma de todas las libertades y su horizonte natural. Un derecho que tiene destellos fue-

ra de los linderos de lo normativo. Un derecho que se manifiesta incluso en un sentido negativo, en el sentido del “no”, del “no ejercicio”.

La libertad conforma el espacio de decisión oponible, en principio, a toda acción del Estado y de los propios individuos. Por lo mismo, su ejercicio está sujeto a muy pocos límites. Algunos de ellos son consustanciales a la existencia misma de los derechos. Y consisten justamente en los derechos de otros. Estos límites son, por tanto, empíricos, reales, impuestos por la misma dinámica de la relación entre personas distintas con derechos iguales. Los otros límites son formales. Están fijados por el orden jurídico. Se requiere justificar su imposición de manera amplia y adecuada, con base en principios y valores fundamentales del Estado mismo. Por ello se exige que estos límites se establezcan en los textos constitucionales —o por lo menos debería ser así—. La protección y el mantenimiento de los bienes colectivos, como la seguridad nacional, la salud general o el bien común, se utilizan como razones para lograr esa justificación. Aunque estas no siempre sean suficientes.

La idea de libertad se entiende con mayor facilidad si se relaciona con actos que se realizan, es decir, si se le entiende en su sentido positivo. Pero la libertad va mucho más allá. Implica también la decisión de no realizar ningún acto específico. En esto reside su sentido negativo o, en términos más cortos, la libertad negativa. Pero esta dimensión no siempre es tomada en cuenta. Por lo menos no en el ámbito público. A diferencia de la vida privada, en la vida pública las decisiones giran alrededor de lo que es posible hacer, de lo que se permite y de lo que se prohíbe por el derecho, pero escasamente se discute lo que se puede no hacer. La diferencia es sustancial aunque las palabras y los términos sean confusos. Las prohibiciones implican indudablemente un no hacer, pero expresado en términos de deber: el deber de no hacer lo que se prohíbe. En cambio, la libertad de no hacer es la expresión de un permiso, de un derecho, de una elección. Todos los derechos que se sustentan en la idea o el principio de libertad gozan de esta doble dimensión. La de hacer y la de no hacer. Y esto es precisamente lo que hizo notar la Sala Regional en su sentencia cuando analizó las dimensiones del derecho político-electoral a ser votado.

A lo largo de la historia de las instituciones políticas, particularmente en los momentos de crisis, la libertad positiva se ha impuesto sobre la libertad negativa. La explicación es simple: las distintas doctrinas religiosas y morales que se avivan en esos momentos tienden a exaltar las acciones buenas y razonables, dejando a un lado la consideración y la valoración de las no acciones (Bernal 2005, 248). El valor moral del actuar es lo que verdaderamente importa. La conducta y los actos son los únicos que pueden ser calificados como moralmente valiosos. La libertad, incluso la protegida por el derecho, debe limitarse a tales actos positivos.

Pero la idea actual de libertad, situada en el constitucionalismo contemporáneo, ya no puede ser la de la positiva. Tampoco la de la libertad limitada por la semántica de los textos, aun de los constitucionales. La libertad de ahora es la que se encuentra incluida en los textos, sí, pero también en los contextos; en una realidad tan amplia que comprende no solo el orden constitucional, sino también el orden humano. La libertad entendida en este sentido es bidimensional; es, al mismo tiempo, positiva y negativa. Las personas no solo son libres para hacer lo que consideren adecuado, sino también para dejar de hacer algo precisamente por la misma razón: por considerar que su no hacer es lo mejor. La libertad positiva reconduce a la libertad negativa. La consideración de opciones está en la base de las decisiones libres, pero la no acción (libertad en sentido negativo) forma una parte importante de ese conjunto de opciones. Al final, el no hacer o el dejar de hacer constituyen también decisiones libres y racionales.

La dimensión negativa de la que se ha hablado está presente en todos los derechos cuyo principal fundamento es la libertad. Incluso puede decirse que tal dimensión está presente en todos los derechos, en cualquiera de ellos, puesto que la libertad, en términos amplios, está indisolublemente unida al concepto mismo de derecho (es decir, derecho subjetivo). En las últimas décadas, la teoría y la práctica jurídicas han intentado darle concreción y eficacia real a la idea de libertad negativa. En algunas constituciones actuales se ha incorporado al catálogo de derechos fundamentales el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ejemplos paradigmáticos son las constituciones

española, colombiana y mexicana. Pero en esta última el derecho no se encuentra regulado de manera directa en el catálogo general. Su reconocimiento se hace de forma tangencial en los artículos 19 y 29, los cuales sí forman parte del capítulo relativo a los derechos humanos y sus garantías.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido considerado como la expresión más clara, aunque no completa, de la libertad negativa y de las libertades no específicas. Conforman una cláusula general y residual de la libertad (Bernal 2005, 251). Como cláusula general desarrolla la dimensión negativa de la libertad. Como cláusula residual configura una especie de fórmula de completitud del orden jurídico (Bernal 2005, 251), con base en la cual lo que no se encuentra expresamente prohibido está permitido y puede, consecuentemente, hacerse de manera libre.

Con esta lógica, cualquier cosa, dentro de los límites de las prohibiciones jurídicas, puede ser incorporada en la cláusula. Los individuos serán libres para hacer o no hacer todo lo que deseen, todo lo que de manera autónoma deseen. Y los órganos del Estado estarán impedidos para restringir arbitrariamente esa libertad, es decir, para imponer obstáculos heterónomos a la voluntad libre de tales individuos. Este último aspecto hace que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tenga como presupuesto jurídico y empírico la autonomía de la voluntad.

## **V. Epílogo. Constitucionalismo y función judicial.**

### **A manera de conclusión**

Uno de los rasgos que caracteriza al moderno estado constitucional y democrático de derecho es la exigencia de que los operadores jurídicos, fundamentalmente los jueces, desarrollen sus funciones esenciales de acuerdo con los cánones de la racionalidad y la no discrecionalidad. Esta exigencia tiene profundas raíces en el modelo de Estado liberal; sin embargo, su proyección en las democracias constitucionales actuales la ha dotado de elementos adicionales que la alejan, en cierta forma, del modelo original. La exigencia de no discrecionalidad

mantiene alguna relación con la idea primigenia de decisiones judiciales ceñidas a los textos legales. Solo que, ahora, el ceño es mucho más dúctil.

La exigencia de la racionalidad, por otro lado, expresa la necesidad de justificar adecuadamente las decisiones; es decir, de proveerlas de razones suficientemente sólidas para motivar su aceptación. Desde luego, las razones que en el nuevo modelo alimentan esta clase de justificación no se reducen a las que se desprenden inmediatamente de los textos legislativos y sus palabras, sino que incluyen las que se localizan en un estrato más profundo, esto es, aquellas que subyacen a los referidos textos e, incluso, al sistema jurídico en su conjunto.

La inclinación hacia una nueva racionalidad y la flexibilización del concepto de discrecionalidad han permitido, por un lado, activar la labor creativa de los jueces eliminando la carga ideológica negativa que pesaba sobre ella y, por el otro, darle sentido al constitucionalismo contemporáneo que se erige como el modelo explicativo de la realidad jurídica dinámica y antiformalista que prima hoy en día. En esta realidad, los impartidores de justicia participan en la evolución no solo por medio de determinaciones que integran y completan el orden jurídico, es decir, que ofrecen soluciones a casos relevantes no regulados por él, sino por interpretaciones novedosas que lejos de restringir semánticamente el orden lo expanden, adecuándolo, justamente, a las transformaciones de esa realidad.

Pero aun en este nuevo contexto histórico la tarea interpretativa que los jueces realizan requiere sujetarse a controles estrictos que impidan el abuso y provean de certeza jurídica a los ciudadanos. Estos controles inciden, fundamentalmente, en el aumento de los niveles de racionalidad demandados; racionalidad que, por cierto, se manifiesta de modo natural por medio de la coherencia que se imprime a las soluciones de casos análogos. De esta manera, se considera que los jueces deciden racionalmente si ofrecen las mismas respuestas interpretativas a situaciones problemáticas semejantes. Las respuestas son, por tanto, altamente predecibles, lo que reduce en forma considerable los márgenes de subjetividad decisional o, en términos más usuales, de discusión judicial.

Los sistemas jurídicos contemporáneos han incorporado a su diseño básico esquemas sofisticados de predictibilidad de soluciones. Estos estandarizan las interpretaciones aumentando, de este modo, los grados de predicción. La jurisprudencia, en el *civil law*, y el precedente obligatorio, en el *common law*, constituyen los ejemplos más representativos de este tipo de esquemas. La operatividad de ambos en la práctica jurídica actual es evidente. Los jueces y abogados suelen utilizar la jurisprudencia y los precedentes como normas obligatorias, en el caso de que cuenten con esta naturaleza, o como elementos esenciales de su razonamiento, cuando no la posean.

El empleo de la jurisprudencia y el precedente es de suma importancia para la fundamentación de las decisiones de los órganos a los que se les impone el deber de seguirlos, pero es aún más relevante para la justificación de las determinaciones de los órganos que tienen la potestad de crearlos y modificarlos. En este documento se ha analizado la fuerza normativa y discursiva de un precedente, de una sentencia destacada, emitida por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial correspondiente a la V Circunscripción Plurinominal. Se han examinado sus aspectos estructurales, pero también su horizonte contextual. Se ha podido situar en el contexto del constitucionalismo de los derechos. Es por ello que, sin duda, puede ser considerada una sentencia propia de un Estado garantista.

## VI. Fuentes consultadas

- Aguiló Regla, Josep. 2000. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. España: Ariel Derecho.
- Alemaný García, Macario. 2005. "El concepto y la justificación del paternalismo". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28: 265-303.
- . 2014. *Las dimensiones de los derechos*. En prensa.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier. 2002. Estado de derecho, crisis de la ley y estado constitucional. En *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, ed. Virgilio Zapatero, 256-89. España: Universidad de Alcalá.

- Asís Roig, Rafael de. 1992. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Debate.
- Atienza Rodríguez, Manuel. 1994. "Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 1 (octubre): 52-69.
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- CE. Constitución Española. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm> (consultada el 21 de julio de 2014).
- CPC. Constitución Política de Colombia. Disponible en <http://www.constitucioncolombia.com/> (consultada el 21 de julio de 2014).
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2014. México: Porrúa.
- Ezquiaga Ganuzas, Javier. 2006. *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México: TEPJF.
- Fernández, Eusebio. 1984. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate.
- Garzón Valdés, Ernesto. 1994. "Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 1 (octubre): 152-89.
- Guastini, Riccardo. 1999. *Estudios sobre interpretación jurídica*. Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Porrúa/UNAM.
- Huerta Ochoa, Carla. 2008. *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. México: IIJ-UNAM.
- Jurisprudencia 9/2001. DEFINITIVIDAD Y FIRMEZA. SI EL AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS IMPUGNATIVOS ORDINARIOS IMPLICA LA MERMA O EXTINCIÓN DE LA PRETENSIÓN DEL ACTOR, DEBE TENERSE POR CUMPLIDO EL REQUISITO. *Compilación Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral 1997-2012*, volumen 1, 254-5.
- Kelsen, Hans. 1991. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. México: Porrúa/UNAM.
- Laporta, Francisco. 1987. "El concepto y la justificación del paternalismo". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 4: 23-46.

- Martínez Pujadle, Antonio. 1992. Los derechos humanos como derechos inalienables. En *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, ed. Jesús Ballesteros. España: Tecnos.
- Méndez Baiges, Víctor. 1996. Sobre derechos humanos y democracia. En *El límite de los derechos*. Barcelona: EUB.
- Pérez Luño, Antonio. 1996. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? En *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, coord. Antonio Pérez Luño. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez Vázquez, Carlos. 2006. "Derecho y literatura". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 24 (abril): 135-54.
- Prieto Sanchís, Luis. 1990. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- . 2003. *Estudio sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. 1995. "El sujeto de derecho". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 3 (octubre): 167-89.
- . 1996. "Dogmática Jurídica y Teoría Moral". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 4 (abril): 29-42.
- Taruffo, Michele. 2002. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.
- Vázquez, Rodolfo. 1994. "Consentimiento y extracción de órganos". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 1 (octubre): 192-200.