

**ANÁLISIS JURÍDICO-POLÍTICO DE LA TRANSVERZALIZACIÓN DEL
PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS ELECTORALES**

Luis Alberto Hernández Morales*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Igualdad y no discriminación* III *Derechos políticos, sufragio y procesos electorales.* IV. *Reflexiones finales.* V. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN

Un síntoma inequívoco de la recepción del ideario de los derechos humanos en muchas sociedades contemporáneas, lo constituye el hecho de que incluso entre quienes rechazan al disfrute generalizado de los derechos humanos, aceptan premisas sobre su institucionalización jurídica. Discusiones públicas sobre libertades las personas y los alcances del poder del Estado, que antaño se daban solo en los planos moral o político, ahora de manera ineludible discurren dentro de las coordenadas constitucionales del Estado de Derecho¹.

La incorporación de ciertas aspiraciones al Derecho positivo con la calidad de derechos fundamentales y la generalización de otros derechos e instituciones, no solo han modificado las condiciones del debate público sobre los derechos, sino también los términos de la contienda jurídica en torno a su efectiva implementación. Aunque el reconocimiento jurídico al sufragio activo desde el extranjero o la paridad de género en la integración de órganos, continúan siendo polémicos y aún se pone en duda su legitimidad como reivindicaciones políticas, el punto de inflexión relevante está en que las discusiones sobre el ejercicio efectivo de los derechos, en la actualidad, se operan dentro del marco de la teoría constitucional.

En ese tenor, el presente ensayo plantea un análisis jurídico-político de la transversalización del principio de no discriminación en los procesos electorales, y con ese propósito, primero se vinculan las nociones jurídicas de igualdad y no discriminación con una definición integradora de los "derechos políticos" y con el real del derecho al sufragio activo y pasivo por parte de quienes están en una situación de vulnerabilidad, y finalmente con resoluciones de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

II. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Las nociones de igualdad y de no discriminación, además de un principio transversal a todo orden jurídico, son derechos fundamentales de las personas. Como principio, la igualdad y la no discriminación definen al sistema legal como un constructo para el cual resultan incompatibles las normas discriminatorias, al tiempo que obligan a expulsar del ordenamiento este tipo de regulaciones y a erradicar las prácticas discriminatorias. Ambos conceptos, como principio, ordenan un igual tratamiento de las personas tanto en la distribución de derechos y obligaciones como en el ejercicio de estos. Como derechos, la igualdad y la no discriminación, en relación a cada persona constituyen expectativas exigibles de recibir el mismo

* Profesor de la Facultad de Derecho Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California.

¹ La garantía de la libertad personal y la limitación del poder del Estado son un contenido de teoría constitucional que está incorporado en la noción de Estado de Derecho. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, traducción Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 45.

trato que quienes de hecho se encuentran en una situación similar y de recibir un trato distinto por una desigualdad material cuando ello sea lo equitativo; en otras palabras, significan poder tener y ejercer todos los derechos en igualdad y sin ser objeto de un trato discriminatorio².

Es importante advertir que los tratos diferenciados *per se* no están prohibidos. Categóricamente, las distinciones son legítimas, y por extensión no discriminatorias, cuando son razonables, proporcionales y objetivas. Solo son discriminatorias las exclusiones, distinciones o privilegios que con motivo de alguno de los criterios considerados "categorías sospechosas", tienen por objeto o resultado la anulación o el menoscabo de los derechos fundamentales, ya sea en su reconocimiento o en su ejercicio³; es así como la Suprema Corte, al respecto, en su doctrina ha reiterado que el estudio de casos que involucren la posible existencia de un tratamiento diferenciado ha de transitar por tres ejes:

"1) la necesidad de adoptar ajustes razonables para lograr una igualdad sustantiva y no meramente formal entre las personas; 2) la adopción de medidas especiales o afirmativas, normalmente llamadas "acciones afirmativas"; y, 3) el análisis de actos y preceptos normativos que directa o indirectamente (por resultado), o de forma tácita, sean discriminatorios. En el tercer supuesto, cuando una persona alega discriminación en su contra, debe proporcionar un parámetro o término de comparación para demostrar, en primer lugar, un trato diferenciado, con lo que se busca evitar la existencia de normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación: i) una ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas; o, ii) efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares." ⁴

La discriminación, en ese sentido, puede ser directa e indirecta. Según la propia Suprema Corte, la "[discriminación] directa se presenta cuando la ley da a las personas un trato diferenciado ilegítimo; mientras que la indirecta se actualiza cuando la discriminación se genera como resultado de leyes, políticas o prácticas que, en apariencia, son neutrales, pero que impactan adversamente en el ejercicio de los derechos de ciertos grupos o personas"⁵. En el Derecho internacional de los derechos humanos, por su parte, las normas de igualdad y de no discriminación, estructuralmente, operan como cláusulas autónomas cuando la igualdad ante la ley

² Precisamente la consustancialidad entre igualdad y dignidad humana es lo que axiológica y conceptualmente convierten en inaceptable el trato a un individuo o a grupo determinado en un modo privilegiado o discriminatorio, según sea considerado superior o inferior; Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al.* (coord.) *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM, 2013, p. 265.

³ Las cláusulas sospechosas, de acuerdo a la literalidad del numeral primero constitucional, son el "*origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana*".

⁴ Tesis: 1a./J. 44/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 56, Julio de 2018, Tomo I, página 171.

⁵ Tesis: 1a. CCCVI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I, Pag. 579.

y la igual protección de la ley, en sí mismas conllevan una aplicación del principio de no discriminación más allá del ámbito de un catálogo concreto de derechos; y, como cláusula subordinada, si se relaciona a un catálogo en específico. Asimismo, tales normas son de estructura abierta, si los motivos que prohíben la discriminación están indefinidos, y de tipo restringida, cuando para evaluar una violación, antes hay que determinar si ese motivo está o no en la disposición no discriminatoria⁶.

III. DERECHOS POLÍTICOS, SUFRAGIO Y PROCESOS ELECTORALES

Los derechos políticos, al igual que el resto de los derechos fundamentales, se relacionan con la igualdad y la no discriminación, como principio y como derechos. Aunque los derechos políticos reductivamente se suelen confundir con los derechos del ciudadano o, aún peor, con un conjunto de derechos político-electorales, existen razones ideales y empíricas para sustentar que los derechos con incidencia en lo político, desbordan la noción formal de ciudadanía y/o del funcionamiento de los sistemas electorales. Un entendimiento sustantivo del régimen democrático lleva a concebirlo tan representativo como deliberativo y, por ende, participativo, lo cual enriquece la categoría de derechos políticos⁷.

Transverzar el principio de no discriminación en los procesos electorales, al dotar a los derechos de las personas de plena eficacia, no puede ignorar que los derechos políticos no sólo son los derechos indispensables para el funcionamiento de la acción electoral de la democracia procedimental, ni solo los derechos de la ciudadanía, sino también otros derechos públicos que posibilitan y potencializan la participación de todos en una comunidad, incluso de quienes aun careciendo de la condición de ciudadanos tienen tales intereses cívicos⁸.

Los derechos políticos, en una concepción pluralista del Derecho, son aquellos derechos individuales y colectivos de los integrantes de una comunidad que funcional y fácticamente están vinculados a la legitimidad y a la legitimación de relaciones interpersonales determinadas (sean estas entre gobernados y poderes públicos, entre particulares y/o entre poderes públicos como Estados)⁹; en las

⁶ Bayefsky, Anne, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 3-7.

⁷ En la democracia sustancial, la legitimidad de una forma de gobierno no está dada por el simple consenso, sino también por la calidad de ese consenso, si deriva del diálogo, la reflexión y el compromiso de quienes participan en su construcción. *Vid.*, Ulloa, Ana Lilia, "Democracia sustancial y coto vedado de los derechos humanos", en *Isonomía*, México, 10 de abril de 1999, p. 193.

⁸ De acuerdo a la teoría de la acción comunicativa, "no existen argumentos racionales para excluir de la participación, en los procesos de toma de decisiones, a todos aquellos grupos o personas interesados en participar en el proceso de construcción social del problema, y de elaboración de respuestas siempre falibles y, por ello, modificables"; Vergara Estévez, Jorge, "La concepción de la democracia deliberativa de Habermas", en *Quórum Académico*, Maracaibo, 2005, número 2, p. 83.

⁹ "[L]a legitimación se sitúa en el plano del ejercicio, consiste en la posibilidad del hacer o de generar un resultado a partir de ese hacer; o incluso puede interpretarse el legitimar como la posibilidad de que un agente, o agentes, generen un efecto legitimador sobre algo o, finalmente, y en términos de causalidad, puede entenderse a la legitimación como el resultado o producto de una causa, la de legitimar." Jongitud Zamora,

cuales lo político, como advierte Sartori, no indica un tipo de comportamiento, si no un nivel, un contexto en la toma de decisiones colectivizadas¹⁰.

En las estructuras dadas por la forma de gobierno representativo, el sufragio es el derecho que por excelencia incide en lo político, al hacer funcionar el proceso decisorio dentro de una colectividad humana, a través de la participación individual y colectiva de las personas. El sufragio activo es la participación que expresa el interés individual del elector y el sufragio pasivo es la participación que permite al individuo ser una de las opciones en la elección de los representantes, pero el ejercicio de ambos sufragios solo puede realizarse colectivamente y ese ejercicio por definición es una toma de decisión colectivizada dentro de una comunidad.

En una situación similar se encuentran otros derechos que también atañen a lo político en la medida en que su ejercicio canaliza una participación en la toma de decisiones soberanas en el contexto de una comunidad estructurada. Tal es el caso de derechos colectivos como el "derecho a la libre autodeterminación de los pueblos" y el "derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación", así como de algunos derechos individuales ligados a nuevos fenómenos políticos como "el sufragio adolescente", "el sufragio indígena" y el "sufragio de los extranjeros".

Los "derechos políticos", en un sentido integrador, son todos y cada uno de los derechos cuyo ejercicio hace partícipes a sus titulares de lo político, y son una categoría de derechos con dos dimensiones imbricadas: los genéricos "derechos de participación política" y los específicos "derechos político-electorales"¹¹. Así, por "derecho al sufragio", lejos de su definición formalista, cabe entender el derecho de una persona a votar y/o ser votado en una elección; resultando solo elementos accesorios de este concepto, la edad, la nacionalidad y la condición ciudadana del titular, el nivel (comunitario, local, regional o nacional) o tipo de elección (de nombramiento de representantes, de consulta, de referendo o de plebiscito) en la que se participa, así como el origen del reconocimiento jurídico (internacional, constitucional, legal, administrativo o consuetudinario). Solo así, la transverzalización del principio de no discriminación en los procesos electorales, respecto los derechos políticos, en general, y el derecho al sufragio, en particular, supondrá una superación de las coordenadas conceptuales del individuo mayor de edad, nacional y ciudadano, y evitar la lógica del monismo jurídico.

Jacqueline, "Legalidad, legitimidad y legitimación. Implicaciones éticas", en Cáceres Nieto, Enrique (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, p. 356.

¹⁰ Para resolver el problema de la identidad de lo político, antes hay que entender cómo se han ido diferenciando y organizando estructuralmente las colectividades humanas, y solo después identificar a lo político como aquello que atañe a las decisiones soberanas colectivizadas, tomadas en niveles políticos; *Elementos de teoría política*, trad. de María Luz Moran, Madrid, Alianza, 1999, pp. 244-247.

¹¹ Mientras los "derechos político-electorales" son solo los derechos consustanciales a lo procesal electoral (votar, ser votado, asociarse para asuntos políticos, afiliarse a partidos, etcétera); los "derechos de participación política" son los derechos político-electorales más los derechos de participación política que tienen una intervención contingente en lo electoral (acceso a la funciones públicas, dirección de los asuntos públicos, revocación de mandato, iniciativa de ley, libertad de expresión, etcétera).

IV. REFLEXIONES FINALES

La operación de las anteriores categorías se puede constatar en resoluciones de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Por ejemplo, es un criterio de la Sala Superior, establecido como obligatorio con la jurisprudencia 37/2014, que la práctica o tradición de una comunidad indígena de excluir del sufragio fuera de las excepciones expresamente permitidas, resulta incompatible con el derecho a la no discriminación, entendido como norma subordinada y abierta; asimismo, la Sala Superior al resolver el recurso de apelación SUP-RAP-726/2017, como medida afirmativa para asegurar la representación indígena, garantizó que los partidos políticos postularan en forma obligatoria a personas indígenas en trece distritos en los que al menos un 60% de la población se autoadscribe como indígena; y, también al resolver el recurso de reconsideración SUP-REC-7/2018, a manera de ajuste para lograr la igualdad sustantiva entre hombre y mujeres, consideró válido que en la postulación de fórmulas encabezadas por hombres, la posición de suplente puede ser ocupada, de manera indistinta, por un hombre o una mujer.

Transversalizar el principio de no discriminación en los procesos electorales, por consiguiente, implica que en cada una de sus etapas y en los diferentes ámbitos de incidencia de lo político, la instrumentalización de la igualdad haga partícipes a las personas y comunidades, tanto de la titularidad de derechos como de su efectivo ejercicio y disfrute.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

- BAYEFSKY, Anne, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, traducción Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo *et al.* (coord.) *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM, 2013.
- JONGITUD ZAMORA, Jacqueline, "Legalidad, legitimidad y legitimación. Implicaciones éticas", en CÁCERES NIETO, Enrique (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, trad. de María Luz Moran, Madrid, Alianza, 1999.
- ULLOA, Ana Lilia, "Democracia sustancial y coto vedado de los derechos humanos", en *Isonomía*, México, 10 de abril de 1999.
- VERGARA ESTÉVEZ, Jorge, "La concepción de la democracia deliberativa de Habermas", en *Quórum Académico*, Maracaibo, 2005, número 2.
- Tesis: 1a./J. 44/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 56, Julio de 2018, Tomo I, página 171.
- Tesis: 1a. CCCVII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I, Pag. 579.
- Jurisprudencia 37/2014, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 7, Número 15, 2014, páginas 64 y 65.
- Sentencia SUP-RAP-726/2017.
- Sentencia SUP-REC-7/2018.