

**VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 85/2009 POR EL TRIBUNAL PLENO EL ONCE DE FEBRERO DE 2010.**

En el Tribunal Pleno consideramos que la previsión del artículo 216 de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Baja California<sup>1</sup>, en cuanto establece que, para que los partidos políticos puedan autorizar a sus militantes o simpatizantes, la realización de actividades proselitistas para la obtención de una candidatura, es necesario que existan dos o más precandidatos en busca de la nominación al mismo cargo de elección popular, resulta constitucional, aunque disiento de las consideraciones que apoyan la resolución.

El sustento del fallo radica en la convicción de la mayoría de que, con la limitación señalada, no hay una incidencia en el derecho fundamental a ser votado, ya que el artículo 35 de la Constitución Nacional no establece un derecho a ser precandidato.

Por el contrario, estimo que el derecho a ser precandidato está incluido en el de voto pasivo, por lo que, sí hay una injerencia

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 216.- Corresponde exclusivamente a los partidos políticos autorizar a sus militantes o simpatizantes la realización de actividades proselitistas en busca de su nominación a un puesto de elección popular, de manera previa al evento de postulación o designación de candidatos, conforme a sus estatutos, acuerdos de sus órganos de representación y prescripciones de esta Ley. (REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], P.O. 30 DE OCTUBRE DE 2009)  
Para que los partidos políticos puedan otorgar la autorización a que se refiere el párrafo anterior, es necesario que existan dos o más precandidatos en busca de la nominación a un mismo cargo de elección popular; ello sin perjuicio del derecho de los propios partidos políticos consignado en la parte final de la fracción I del artículo siguiente.

sobre ese derecho, de tal forma que el estudio debió hacerse a la luz de si esa restricción supera el estudio de proporcionalidad y, como consecuencia de ello, reconocer la validez de la norma impugnada.

El artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de votar y ser votado y, si bien como se señaló durante la discusión, no existe un derecho expreso a ser precandidato, tampoco lo hay para ser candidato sin que se dude que éste se encuentra comprendido por dicho numeral iusfundamental.

De tal forma que, si de conformidad con el artículo 116, fracción IV, inciso e) constitucional, en los Estados, salvo los casos de elecciones por usos y costumbres reconocidos en el artículo 2º, Apartado A de la propia norma, los partidos políticos tienen el derecho exclusivo para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular, es claro que todo aquél que contiene en una elección, necesariamente es un candidato partidario y, para llegar a ello, con excepción de los candidatos designados, debió ser precandidato.

Esto es, dentro de un sistema como el nuestro, en el que los partidos políticos son el único medio para acceder a una postulación y cristalizar la posibilidad de ser votado, cualquier limitación que se imponga en la etapa de precandidatura puede trascender al derecho de voto pasivo, por ello, para calificar la

constitucionalidad de la restricción es necesario analizarla de manera concreta y no hacer una calificación *a priori*.

Lo anterior no implica, como se mencionó durante el debate recurriendo a un argumento apagógico que, el que las precandidaturas se encuentren dentro del radio de protección del artículo 35, fracción II constitucional, toda persona tenga la potestad frente a los partidos políticos para ser admitidos como precandidato o candidato en cualquier contienda.

Ello, ya que por disposición del artículo 116, fracción IV, inciso j) de la Constitución Nacional<sup>2</sup>, los Estados deben fijar las reglas para las precampañas y campañas, y a su vez, los partidos políticos, dentro de su libertad de auto-organización pueden establecer los procedimientos y requisitos para el registro como precandidatos y la posterior elección de candidatos.

No obstante, esta libertad de configuración no es absoluta ni torna incontrolable la regulación, pues dentro de un sistema

---

<sup>2</sup>Artículo 116.- El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

(...) IV. Las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral garantizarán que:

(...) j) Se fijen las reglas para las precampañas y las campañas electorales de los partidos políticos, así como las sanciones para quienes las infrinjan. En todo caso, la duración de las campañas no deberá exceder de noventa días para la elección de gobernador, ni de sesenta días cuando sólo se elijan diputados locales o ayuntamientos; las precampañas no podrán durar más de las dos terceras partes de las respectivas campañas electorales; (...).”

constitucional y democrático se exige, como fuente de legitimación, la justificación de toda decisión de la autoridad.

La concepción de Estado de derecho en el que la instancia legislativa concentra la producción jurídica y supone una reducción del derecho a lo dispuesto por la ley<sup>3</sup> como paradigma de validez de la actuación estatal ha sido superado.

En la actualidad la concepción del Estado de derecho y de los estados han evolucionado a lo que se conoce como Estado constitucional de derecho, en el que la Constitución es la que se ubica en el estrato más alto del sistema y condiciona al resto del ordenamiento jurídico, por lo que cualquier acto de autoridad no sólo debe ser conforme con la ley sino con las reglas, principios y valores que emergen de la norma fundamental.

En este modelo, la Suprema Corte a través del control constitucional está llamada a jugar un papel de la mayor importancia y de gran responsabilidad, en tanto le corresponde examinar y reconocer la validez o no de los actos de los otros poderes de gobierno.

Es cierto que el ejercicio de ese control en un sistema democrático, puede presentar dificultades en la fijación de sus límites para hacerlo compatible con el principio de soberanía popular y, precisamente por ello, se torna necesario fijar

parámetros previsibles de actuación obligando a ejercer un control responsable, debiendo ponderar a la luz de la situación en que se actúa, y de las consecuencias sociales de la decisión.

Los actos de las autoridades estatales gozan de presunción de validez, lo que implica que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser la última opción. Este límite no hace incontrolable la actuación del legislador, pero impone una mayor carga al Tribunal en el ejercicio del control de constitucionalidad.

En este contexto, al revisar la constitucionalidad de las injerencias de los poderes públicos en los derechos fundamentales, es útil la utilización de una herramienta como el juicio de proporcionalidad, lo que genera previsibilidad en la actuación del Tribunal en esa trascendental función,

Si bien, en el ejercicio jurisdiccional de nuestro país este instrumento es de muy reciente aplicación y no existe una doctrina de este Tribunal<sup>4</sup>, tiene gran arraigo en otros países de diversa tradición jurídica entre sí.

---

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 33.

<sup>4</sup> Se ha hecho uso de él en algunos casos, pero no en forma sistemática ni hay uniformidad en cuanto a la intensidad con que debe ser aplicado. Como ejemplo de algunos asuntos se citan los rubros de las siguientes tesis: P./J.130/2007 "GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA."; 1ª./J.37/2008 "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)."; 1ª./J.55/2006 "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL."

En el derecho inglés de tradición *common law* existe el principio de la *reasonableness* desde el siglo XVIII y “a partir de la segunda posguerra se consolidó como el principio de la ‘*manifest unreasonableness*’, susceptible de ser aplicado por la *Jurisdicción*”.<sup>5</sup>

En Estados Unidos ha atravesado distintas etapas desde el *Bill of rights* (1791), hasta la actualidad en que se ha reconocido como garantía constitucional el principio de razonabilidad.

Así, “desde fines del siglo XIX el debido proceso sustantivo consistió básicamente en una garantía de la razonabilidad de las decisiones de cualquiera de los órganos del Estado: es irrazonable toda decisión que afecta los derechos fundamentales protegidos por la Constitución”<sup>6</sup>.

Ya el paradigmático juez Marshall al fijar su postura en *McCulloch v. Maryland* (1819) interpretando la cláusula referida a leyes “necesarias y convenientes” estableció la siguiente fórmula:

*“Si el fin es legítimo y está dentro del alcance de la Constitución, son constitucionales todos los medios que*

---

<sup>5</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 52 y 53. Este autor señala que de acuerdo con dicho principio, los jueces sólo pueden anular las decisiones discrecionales dictadas por los poderes públicos, cuando superen cierto umbral de irrazonabilidad, que haga incomprensible sus finalidades y su sentido.

<sup>6</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Universidad Austral-Ábaco de Rodolfo de Palma, 2004, p. 35.

*sean apropiados y estén claramente adaptados a tal fin y no estén prohibidos, siendo consistentes con la letra y el espíritu de la Constitución.”<sup>7</sup>*

Por su parte, en la tradición continental europea es el Tribunal Alemán el precursor de la proporcionalidad y a través de su doctrina jurisprudencial ha establecido que dicho principio “*constituye la piedra angular de la fundamentación de las decisiones de control constitucional sobre los actos que intervienen en los derechos fundamentales.*”<sup>8</sup>

No pretendo hacer, en este voto, un trabajo exhaustivo sobre el principio de proporcionalidad ni enunciar todos los países en que ha sido y es utilizado como parámetro de constitucionalidad<sup>9</sup>, sino únicamente justificar mi posición a la luz de la experiencia comparada.

Así, en el caso, al verse inmiscuida la afectación de un derecho fundamental, el estudio debía hacerse a partir de un análisis de proporcionalidad de la medida<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> OEA, *Selección de Fallos sobre Derechos Constitucional de la Corte suprema de los Estados Unidos*, versión castellana anotada por el profesor Fernando N. Barrancos y Vedia, Washington, D.C., Secretaría de Asuntos Jurídicos, 1986, p. 3.

<sup>8</sup> BERNAL, op cit., p. 55.

<sup>9</sup> Entre ellos podemos señalar a España, Francia, Italia, Austria, Hungría, en nuestro continente Canadá, Colombia, Argentina. Así como Tribunales Internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>10</sup> En el proyecto se proponía hacer dicho estudio en relación con la alegada intrusión a la vida interna de los partidos políticos, tema con el que no tenía relación el análisis referido, pues la norma impugnada no incidía con el ámbito interno de dichos institutos.

La intensidad del control de constitucionalidad mediante la utilización del test de proporcionalidad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada.

El test estricto de constitucionalidad consiste en un endurecimiento del control que se basa en la necesidad de proteger ciertos derechos fundamentales<sup>11</sup>.

El test de intensidad leve únicamente tiene como finalidad verificar que el legislador no adopte decisiones arbitrarias, sino que tengan un cierto fundamento racional, lo que descansa en el principio democrático y la presunción de constitucionalidad que existe sobre decisiones legislativas, presumiendo que éstas están fundadas en un mínimo de racionalidad<sup>12</sup>.

El test intermedio se utiliza cuando la medida puede afectar el goce de un derecho que no sea fundamental.

---

<sup>11</sup> Por ejemplo cuando las normas presentan problemas de discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, o afectan a un grupo marginado o discriminado.

<sup>12</sup> La Corte Colombiana en la sentencia C-637/2001 explica que ha utilizado este test en casos en que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, 5) cuando se trata del análisis de una norma preconstitucional derogada que aún no surte efectos en el presente, y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

En esta misma sentencia afirma que “aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador

Ahora, para la elección de la intensidad del test a aplicar debe tomarse en cuenta el tipo de limitación que impone la norma. No se trata de una limitación directa en cuanto que no hay restricción absoluta hacia los precandidatos únicos para acceder a la candidatura; sin embargo, la diferente regulación para los precandidatos únicos y los que no lo sean puede generar inequidad, por lo que se trata de una intromisión indirecta.

Ello, pues si bien es cierto que el objetivo de las precampañas es el posicionamiento ante el electorado partidario a fin de obtener la candidatura para un determinado cargo político dentro de un partido, al ser la única forma de ejercer el derecho de voto pasivo, no puede perderse de vista que su trascendencia fáctica es mucho mayor, al otorgar notoriedad a la persona que será candidato, no sólo al interior del partido, sino también hacia la colectividad, ya que la propaganda, las entrevistas y su aparición en los medios<sup>13</sup>, tiene trascendencia a todo el electorado.

---

en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.”

<sup>13</sup> ARTÍCULO 217.- Para los fines de la presente Ley, se entenderá por:

I. Precampaña Electoral: es el conjunto de actividades reguladas por esta Ley, y los estatutos, acuerdos y lineamientos emanados de los partidos políticos de conformidad con aquella, que realizan los precandidatos a ser postulados por un partido político a un cargo de elección popular, dentro de un proceso de elección interna convocado por aquel, con la finalidad de promover su imagen y capacidad como la mejor para obtener la candidatura; así como aquellas que relicen (sic) de manera institucional los partidos políticos para la difusión de sus procesos de selección interna, en radio y televisión;

II. **Actos de Precampaña:** son las acciones que tienen por objeto mejorar la imagen de los precandidatos, con el fin de obtener la nominación como candidato del partido político, para contender en una elección constitucional. Entre otras, quedan comprendidas las siguientes:

- a) Reuniones públicas o privadas;
- b) Asambleas;
- c) Debates;
- d) Entrevistas en los medios;

Así, la imposibilidad de participar en actos de precampaña, genera una desventaja respecto de quienes sí tienen una presencia pública, lo que podría trascender al resultado de la elección, por ello, resulta necesario analizar si la restricción introducida para los precandidatos únicos es constitucional o no.

En estas condiciones, toda vez que la afectación al derecho pasivo de voto se presenta de forma indirecta, debe hacerse un análisis intermedio.

La proporcionalidad de una medida se analiza a la luz de tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*.

El subprincipio de adecuación o idoneidad<sup>14</sup> consiste en el análisis del fin buscado por la medida. Debe existir un fin, no debe estar prohibido constitucionalmente y entre el medio y el fin debe haber una relación, de forma tal que el medio contribuya a la obtención del fin.

---

e) Visitas domiciliarias, y

f) Demás actividades que realicen los precandidatos;

III. Propaganda de precampaña electoral: el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la precampaña electoral producen y difunden los precandidatos y sus simpatizantes, con el propósito de presentar y difundir sus propuestas ante los militantes del partido por el que aspiran ser nominados, y

IV. Precandidato: Los ciudadanos que deciden contender al interior de un partido político con el fin de alcanzar su nominación como candidato a un puesto de elección popular.

<sup>14</sup> Incluso en algunas sentencias el Tribunal Constitucional Español lo ha denominado “juicio de razonabilidad”.

El de necesidad consiste en determinar si el medio elegido por el legislador es eficaz para la consecución del fin buscado. De acuerdo con este subprincipio toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho, entre las que sean igualmente idóneas. La intensidad de este subprincipio dependerá del grado de aplicación del test, pues salvo que se trate de una intervención intensa en un derecho fundamental, se estudia como un control de evidencia<sup>15</sup>.

Y al analizar el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, debe determinarse si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar (lo que los norteamericanos denominan *balancing test*).

A la luz de esos principios, realizaré el análisis de la medida legal.

---

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional Español en su sentencia STC 55/1996, sostuvo: “En rigor el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la constitución garantiza (...), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento.”

Por su parte, la Corte Suprema Argentina de manera más restrictiva ha señalado: “El verdadero razonamiento del Tribunal es éste: no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir, si el elegido es o no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin.” Citado por CIANCIARDO, op. cit., p. 81.

El fin perseguido por la norma no está prohibido por la constitución y tiene una finalidad constitucionalmente válida en cuanto que según se advierte de la iniciativa de reforma del grupo parlamentario integrado por los Partidos Acción Nacional, Nueva Alianza y Encuentro Social, fue evitar inequidad en la contienda, con lo que estiman se trataría de facto del inicio anticipado de la campaña, respecto de los contendientes de otros partidos que sí se ven envueltos en una pugna por conseguir la candidatura.

La equidad en las contiendas es un fin socialmente relevante que se encuentra reconocido a nivel constitucional en los artículos 41 y 116.

Ahora ¿supera la medida el juicio de necesidad? En la aplicación de este sub principio, al no tratarse de una afectación directa al derecho fundamental, no es necesario utilizar un test estricto, por lo que es suficiente con la verificación de que la disposición legal es eficaz para la consecución del fin planteado.

En este sentido, si lo que se pretendía es que uno de los precandidatos, el que no tiene contendiente al interior del partido, no utilice los tiempos de precampaña como campaña anticipada, a fin de que no se encuentre en un plano de ventaja respecto de los otros competidores, entonces el medio es apto para el cumplimiento del fin.

Y finalmente, el análisis de proporcionalidad *stricto sensu* a fin de determinar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende conseguir, en otras palabras, que las desventajas ocasionadas no sean desproporcionadas respecto de los objetivos a alcanzar<sup>16</sup>.

En el caso, este último análisis también es superado en tanto que sí existe una relación razonable entre las desventajas que pudiera ocasionar la restricción y los objetivos de la misma.

Las desventajas se traducen en el menor conocimiento público que eventualmente pudiera haber del precandidato al momento de iniciar la etapa de campaña, respecto de cualquier otro que hubiere contendido en una precampaña, pues ésta proporciona cierta difusión, pero si con esta limitación se consigue mayor equidad en la contienda, esto es, que al momento del inicio de lo que ya resulta propiamente la contienda electoral de cara a la sociedad, todos los candidatos inicien en igualdad de circunstancias, es más factible considerar que se logre de esta manera que si uno de ellos, hubiera atravesado la etapa de precampaña sin el desgaste que implica la confrontación con otras persona que buscan la misma posición, máxime que no se genera un daño excesivo al precandidato único, puesto que se encontrará en la misma aptitud que los demás de hacer proselitismo.

---

<sup>16</sup> Así lo definió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C.-180/96 sentencia del 5/5/1998, citado por CIANCIARDO, Idem, p. 94.

En consecuencia, al superar el análisis planteado, estimo que la medida es constitucional, por lo que coincido con la decisión plenaria, pero por las razones antes señaladas.

**MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**