

# Gobernanza electoral: el papel de las juezas y los jueces constitucionales en la formulación de políticas públicas

*Electoral Governance:  
the role of constitutional judges in the policy formulation*

Martha Alejandra Tello Mendoza (México)\*

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2020.

Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2020.

## RESUMEN

El presente texto busca problematizar la idea de que las juezas y los jueces constitucionales no deberían hacer políticas públicas. Se aborda esto desde la filosofía del derecho y la ciencia política; se concluye que el paradigma actual orilla a que sean personas actoras relevantes del proceso de políticas públicas. Se argumenta que esto ha sido vital para la democracia mexicana y se pone como ejemplo la determinación de la Sala Superior de incorporar el voto para las personas en situación de prisión preventiva.

**PALABRAS CLAVE:** gobernanza, juezas y jueces constitucionales, políticas públicas, voto en prisión.

## ABSTRACT

In this article I seek to problematize the idea that constitutional judges should not engage in policymaking. I develop this idea from the vantage

---

\* Politóloga, máster en filosofía política y jurídica contemporáneas, profesora-investigadora en la Escuela Judicial Electoral. [alejandra.tello.m@gmail.com](mailto:alejandra.tello.m@gmail.com).

point of philosophy of law and political science, concluding that judges should be relevant actors in the policy making process of most democracies, and that this role has been crucial for Mexican democracy. To illustrate my argument, I use the case of the Mexican Electoral Court of the Federal Judiciary ruling that people in preventive detention should be allowed to vote.

KEYWORDS: governance, policy, constitutional judges, vote of people in preventive.

## *El papel de las juezas y los jueces constitucionales en la formulación de políticas públicas*

**E**n los últimos años ha vuelto a tener relevancia el debate acerca del papel de las juezas y los jueces constitucionales en las democracias contemporáneas, debido a resoluciones que invalidan las decisiones tomadas por el órgano de representación política al establecer las directrices por seguir ante la ausencia de la norma como uno de los muchos efectos jurídicos de sus sentencias, lo que preocupa, sobre todo, a los filósofos políticos y del derecho.

Se dice que este activismo judicial<sup>1</sup> pone en jaque la tradicional división de poderes y merma la legitimidad democrática que pertenece, en esencia, al Poder Legislativo. Asimismo, se desconfía de la posible discrecionalidad de las juezas y los jueces, quienes pueden tomar decisiones arbitrarias al amparo del discurso de los derechos humanos. En México, en materia electoral y ante una cada vez mayor judicialización de la política, este debate también ha estado presente en las sentencias electorales.

Si bien se está de acuerdo en que no es deseable que las juezas y los jueces determinen la esencia de un ordenamiento jurídico y que existe el riesgo de que excedan sus facultades, estos no son, desde una concepción propia, argumentos suficientemente sólidos para echar abajo la necesidad de que los tribunales electorales realicen un control de la regularidad constitucional de las leyes en la materia a fin de garantizar los derechos políticos, resolver los conflictos comiciales y contribuir a la gobernanza electoral.

Se considera que ni la falta de legitimidad democrática ni la posible arbitrariedad son argumentos suficientemente sólidos frente a la necesidad de interpretación constitucional que demandan los complejos problemas

---

<sup>1</sup> De acuerdo con Monia Clarissa Henning Leal y Marco Feoli Villalobos, el activismo judicial ha de entenderse como una postura del juez frente al cumplimiento de sus funciones judiciales (López, 2018, p. 174).

del sistema político, por un lado, para la reivindicación de los derechos políticos históricamente relegados de ciertos grupos de la sociedad y, por otro, como niveladores de la alta conflictividad electoral que aún existe en el país.

Pretender que las juezas y los jueces se limiten a la literalidad de la Constitución es un enfoque no solamente empobrecido de la democracia, sino que, además, deja de lado la compleja dinámica de los sistemas políticos actuales.

Se sostiene que, más que un peligro, la intervención de las juezas y los jueces en la materia ha sido de suma relevancia para la gobernanza electoral en México, así como para el proceso de políticas públicas vinculadas con los derechos político- electorales. Esto, de ninguna manera quiere decir que se esté de acuerdo en que ellos asuman todas las decisiones, lo cual iría en contra del enfoque de gobernanza y constitucionalismo dialógico que se busca resaltar aquí. Se estima que el punto de equilibrio de toda decisión judicial tendría que buscar no la deferencia de la persona legisladora, como defienden los críticos del activismo judicial, sino la voz de las personas afectadas por los problemas públicos por resolver, quienes al final del día son las dueñas originarias de la soberanía y solicitan la intervención de las juezas y los jueces ante la limitación y la violación sistemática de sus derechos políticos.

Aunado a lo anterior, Robert Alexy sostiene que la ciudadanía no solo cuenta con ese espacio de representación electoral ante el Congreso, sino también de representación argumentativa ante las cortes constitucionales. Las dimensiones de la representación son parte de una democracia deliberativa, que va más allá de la democracia representativa, así como de una nueva manera de entender la dinámica de la resolución de los problemas públicos.

Uno de los errores recurrentes tanto de la ciencia política como del derecho ha sido estudiar los mismos problemas sin comunicación alguna. En este artículo se busca sostener un diálogo interdisciplinario que pueda contribuir, de alguna manera, a esta discusión.

## *Juezas y jueces como reguladores de políticas públicas*

El papel de las juezas y los jueces constitucionales en el proceso de las políticas públicas sigue siendo objeto de controversia y ambigüedad. Por un lado, desde los estudios tradicionales de las políticas públicas no se le ha dado un peso tan relevante al ámbito jurídico que inherentemente existe en estas. Grenfieth de Jesús Sierra Cadena afirma que, de 1960 a 1980, el derecho quedó prácticamente excluido en los estudios acerca de políticas públicas (2009, p. 32).

Por otro lado, como sostiene Laurence J. O'Toole, algunos estudios respecto a la implementación de las políticas públicas restringen la noción a las acciones de los responsables formales de su ejecución, excluyendo a las personas actoras no designadas oficialmente, aunque sean participantes indispensables desde el punto de vista técnico o político o, en el caso que ocupa, jurídico, como el de las juezas y los jueces constitucionales (1993, p. 417).

Desde el ámbito del derecho, Sierra Cadena sostiene que esta resistencia a incluir a las juezas y a los jueces como personas actoras relevantes del proceso de políticas públicas tiene que ver con una visión racionalista, absolutista y cerrada del derecho. Se concibe que estas personas actoras políticas no tendrían que involucrarse ni contaminarse en los procesos políticos sino limitarse a la racionalidad y al mandato de la norma jurídica. En otras palabras, desde esta visión, las juezas y los jueces tendrían que dedicarse a resolver problemas jurídicos y no a hacer políticas públicas.

Asimismo, existe una importante oposición desde el plano de la filosofía política y del derecho. Si bien la problemática que se plantea desde esta área no aborda específicamente al papel de las juezas y los jueces constitucionales en cuanto al proceso de políticas públicas, sí lo hace de forma indirecta como una consecuencia no deseada del control de constitucionalidad.

Autores como Jeremy Waldron (2018) sostienen que la invalidez de una norma por un tribunal constitucional es lisa y llanamente un insulto para la democracia. En ese sentido, descalifica todo activismo judicial y considera que es completamente antidemocrático que un grupo reducido de juezas y jueces echen abajo todo el trabajo de negociación y cabildeo que implica aprobar una ley en el parlamento. El argumento probablemente más fuerte de Waldron es que, a fin de cuentas, las juezas y los jueces también deciden por una regla de mayoría en caso de no existir unanimidad.

Al respecto, Jorge Ernesto Roa Roa (2019), retomando la postura de Carlos Nino respecto a esta controversia, resume los principales reproches que se le hacen al *judicial review*:

i) desconoce el principio de división de poderes, ii) carece de las condiciones necesarias para obtener resultados correctos, a menos que se funde en una teoría del elitismo epistemológico que afirme que los jueces son un grupo de ciudadanos iluminados y especialmente dotados de condiciones intelectuales y de imparcialidad, y iii) los tribunales constitucionales son un cuerpo aristocrático que actúa con base en sus propios intereses y solo protege a las minorías cuando los intereses de estas coinciden con los intereses de los integrantes del propio tribunal. (Roa, 2019, p. 235)

Manuel Atienza también explica por qué el control de constitucionalidad es una idea (y una realidad) problemática, ya que “parece contradecir el núcleo del Estado de derecho, del rule of law; el principio de legalidad y de soberanía popular, el gobierno de las leyes (frente al de los hombres —los jueces—)” (Gama, 2019, p. 13).

Aunque muchos de estos reproches pudieran ser sugestivos, en la concepción individual existen más argumentos de peso para otorgar legitimidad a las juezas y los jueces constitucionales como personas actoras relevantes en el proceso de políticas públicas tanto desde el punto de vista teórico como empírico.

## *Enfoque sistémico*

Sierra Cadena tiene razón al afirmar que, por años, la ciencia política y el derecho han estado incomunicados entre sí, como si ambos en la realidad fueran mundos totalmente ajenos e independientes uno del otro. El autor explica que esto cambia cuando el enfoque sistémico es usado en ambas disciplinas.

Desde la teoría de sistemas, los subsistemas político y jurídico son parte de uno social mucho más amplio, que incluso trasciende la tradicional visión de Estado-nación ante un escenario de mundialización. Ambos producen una serie de entradas (*inputs*) y salidas (*outputs*) que se retroalimentan (*feedback*) mutuamente no solo entre ellos, sino entre todos los subsistemas que componen el sistema social (cultural, económico, etcétera). Desde esta visión, uno no puede funcionar sin el otro y sus relaciones se determinan mutuamente.

Así, las juezas y los jueces constitucionales no pueden concebirse como personas actoras completamente aisladas de toda realidad sociopolítica. Para Sierra Cadena, estas regulan el proceso de políticas públicas en un subsistema tanto político como jurídico, sumamente complejo e interdependiente entre sí. Asimismo, sostiene que las cortes constitucionales funcionan como termostatos encargados de regular la temperatura frente a lo que se ha entendido como *decisiones difíciles*. En ese sentido, se propone una visión de jueza y juez activo frente a la visión tradicionalista del pasivo.

Como sostiene Henrik López Sterup, la dinámica actual ha “forzado al juez constitucional a revisar la relación entre las realidades sociopolíticas y la aplicación del derecho” (2018, p. 173). Usando este enfoque, se sostiene que las juezas y los jueces son seres inmaculados, neutrales y aislados en una torre de marfil, ajenos a todo el proceso de las políticas públicas.

Vale la pena recordar que las cortes constitucionales surgen ante una necesidad de control del poder político, que además tiene diferentes particulares, según el país. En Colombia, y en muchos países de América Latina, estas han tenido un papel fundamental ante la preponderancia del

Poder Ejecutivo (presidencialismo) frente a los otros poderes y a la histórica lealtad de los poderes legislativos; no al pueblo, sino al presidente. Por ello, no deben extrañar afirmaciones como las de Rodrigo Uprimny Yepes al respecto de que ahora “ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido resueltos por el sistema político empiezan a ser decididos por los jueces” (López, 2018, p. 172).

Ante las debilidades estructurales del sistema y la imposibilidad de que las leyes de un gobierno centralizado resuelvan las más profundas demandas de la sociedad en la vida real, el control de constitucionalidad ha tenido una vital relevancia para ajustar el desequilibrio de poderes y atender desigualdades históricas. De ahí que no pueda pretenderse que las juezas y los jueces constitucionales sean personas actoras neutrales encargadas, simplemente, de aplicar la ley desde una visión formalista en extremo. En este sentido, Sierra Cadena habla de las juezas y los jueces constitucionales como las personas encargadas de interpretar la Constitución no solo desde el mandato de la ley, sino desde una interpretación ideológica y política que depende de factores como su formación jurídica y su modo de entender la democracia actual.

El derecho constitucional toma así la plaza de un derecho global, capaz de portar sobre sí toda la estructura jurídica del Estado. Y el juez constitucional, en consecuencia, juega el rol de regulador del sistema jurídico-político, o de *feedback*, si se interpreta a la sociedad y al Estado desde una visión y metodología sistémica. (Sierra, 2009, p. 15)

En otras palabras, desde el punto de vista sistémico, el control de constitucionalidad y, por ende, el posicionamiento de las juezas y los jueces constitucionales como reguladores del proceso de políticas públicas atiende una realidad compleja que desafía las concepciones tradicionales, como la deferencia a las personas legisladoras y el mismo concepto de Estado-nación ante una mayor internacionalización del derecho y la economía.



Si bien quienes se oponen al activismo judicial podrían tener razón de que no sería el modelo ideal para un gobierno, lo cierto es que no se sitúan en supuestos de idealidad en estos momentos y que la inacción de las juezas y los jueces frente a la incapacidad del sistema político para procesar, por sí mismo, mayores demandas de partición e inclusión podrían, incluso, llevar a crisis más difíciles de resolver y a una continua y sistemática violación de los derechos humanos.

### *Teoría del fallo legislativo y representación argumentativa de las juezas y los jueces*

Aunque pudiera parecer ajena, la visión de Sierra Cadena tiene una fuerte conexión con varios argumentos que, desde la filosofía política y el derecho, buscan dar contestación a los clásicos reproches al control de constitucionalidad y al activismo judicial.

Autores como Jeremy Waldron ponen una fe prácticamente ciega en el proceso de creación de una norma desde el parlamento, al oponerse rotundamente al llamado gobierno de los jueces y negar su legitimidad democrática como si los resultados de los procesos legislativos estuvieran exentos de error, o como si la representación electoral fuera una carta en blanco que se le concede a la persona legisladora al momento de su elección.

Sin embargo, estudiosos como John Hart Ely, Carlos Santiago Nino, Bruce Ackerman, Ronald Dworkin, Mattias Kumm y Philip Pettit identifican, por un lado, las imperfecciones de la representación electoral, lo que también puede llamarse teoría del fallo legislativo y, por otro, dónde yace la legitimidad democrática de las juezas y los jueces.

Ely sostiene que hay dos problemas principales del proceso parlamentario: primero, cuando se cierran o se bloquean los canales de cambio político y, segundo, cuando la mayoría afecta los derechos de una minoría subrepresentada. En el primer caso, las legisladoras y los legisladores actúan conforme a su interés para permanecer en el cargo y con independencia de la voluntad popular. El segundo fallo ocurre cuando las personas

legisladoras actúan de manera sistemática en contra de los derechos de una minoría sin representación en el Congreso. Como sostiene Roa (2019), cuando al menos uno de estos dos errores se produce, es muy probable que las y los representantes no hayan actuado en función de los intereses del pueblo, sino en contra.

Ante esto, surge la necesidad de que exista un árbitro externo que garantice las reglas del juego. Este no puede ser el propio legislador, porque “cuando el sistema político falla, los menos indicados para percatarse de esa situación y no reconocerla son los propios representantes” (Roa, 2019, p. 231).

Por su parte, Carlos Santiago Nino, a pesar de su fe en el proceso deliberativo del congreso, aceptó que las juezas y los jueces deben intervenir de forma excepcional cuando el órgano legislativo incumpla las precondiciones que dan superioridad epistémica al proceso democrático y cuando se ponga en peligro la eficacia de las decisiones adoptadas por la persona legisladora. Lo primero sucede cuando se incumplen las reglas del juego legislativo o se adoptan decisiones perfeccionistas que violan la autonomía moral; lo segundo, al modificar elementos sustanciales de la constitución histórica. De acuerdo con este filósofo, en estos casos la intervención judicial es inocua, porque solo puede tener como efecto una ampliación de la democracia (Roa, 2019).

De manera muy similar, Thomas Ginsburg puntualiza que los tribunales constitucionales se convierten en:

- 1) Un foro donde es posible, para el partido en oposición, continuar la lucha que perdió electoralmente.
- 2) Un foro donde la minoría pueda plantear aquello que nunca será debatido en el parlamento (López, 2018).

Ackerman, a diferencia de Nino y Ely, sostiene que incluso en tiempos de normalidad ni el Ejecutivo ni el legislador representan adecuadamente

la voluntad del pueblo. En ese sentido, considera que las deficiencias del proceso político no son fallos ocasionales sino estructurales (Roa, 2019).

Por ello, Mattias Kumm considera que la conversación socrática que se instaura en las cortes constitucionales es una respuesta adecuada frente a algunas patologías que afectan los sistemas políticos más desarrollados, como la corrupción, la crisis de representación o la influencia de intereses económicos hegemónicos en las decisiones políticas.

En cuanto al argumento de la legitimidad democrática, asumir que solo puede transmitirse por medio de las urnas es casi como afirmar que la democracia abarca únicamente los procesos electorales o es simplemente una regla de mayoría. Se sostiene que este argumento proviene de una visión muy limitada y pobre de la democracia.

Por otro lado, la noción de “legitimidad democrática” deja atrás las diferentes fuentes de legalidad formuladas desde la teoría política y la sociología y que no necesariamente obedecen a la tradicional división de poderes. Tan solo Max Weber (2002) hablaba de tres fuentes de legitimidad que toda autoridad tiene: la carismática, la tradicional o la legal.

Siguiendo los argumentos más básicos de la filosofía política, desde que los dueños del derecho originario de soberanía (Hobbes, 2007) deciden cuestionar el uso que de ella han hecho sus representantes, dotan de la legitimidad a las juezas y los jueces. Ni el mismo Hobbes, que ha sido tachado de absolutista, consideraba que los súbditos debían aceptar todas las decisiones del rey en contra de su voluntad. Este filósofo inglés ha sentado las bases incluso de la legitimidad del derecho a la resistencia. Por estas y otras razones, parece limitada la idea de que las personas juezas no gozan de ella.

Asimismo, siguiendo los argumentos de Roa (2019), los diferentes sistemas de designación de las juezas y los jueces en el mundo dotan, de forma directa o indirecta, de algún grado de legitimidad que proviene del voto popular a estos. En primer lugar, hay estados en los que son electos popularmente, cuestión que desecha por completo este argumento. En

segundo lugar, hay puestos en los que son designados por el gobierno y refrendados por la ciudadanía, lo que otorga legitimidad de origen de primer grado. En tercer lugar, hay países en que algún órgano legislativo los elige, como el Senado, lo cual los dota de legitimidad indirecta, dado que es la ciudadanía la que vota por quienes designan a las juezas y los jueces constitucionales. Finalmente, al ser estos sujetos de rendición de cuentas, gozan también de un mayor grado de legitimidad social.

Mas allá de lo anterior, en esta investigación se retoman los argumentos de Robert Alexy respecto a que las juezas y los jueces constitucionales, sea cual sea la forma de su designación, cuentan con legitimidad democrática derivada de lo que este filósofo del derecho llama representación argumentativa.

Alexy afirma que la ciudadanía tiene dos ámbitos de representación: el Congreso y la corte constitucional. La representación argumentativa que se da en las cortes constitucionales ocurre cuando las juezas y los jueces ocupan métodos como la ponderación o el principio de proporcionalidad a fin de garantizar que los argumentos acerca de la validez de una norma sean correctos o razonables. Según Alexy, la conjunción de las dos dimensiones de la democracia solo se puede realizar en el modelo de democracia deliberativa (Roa, 2019).

Así, el control de constitucionalidad puede ser concebido como un espacio de representación de tipo argumentativo en el que se permite que la ciudadanía canalice sus preocupaciones constitucionales frente al resultado final del procedimiento legislativo. Además, Alexy considera que es un procedimiento sumamente necesario porque el legislativo no puede controlar sus propios actos:

Si los jueces tienen una herramienta para estructurar los argumentos que respaldan sus sentencias, eso quiere decir que los ciudadanos disponen de un parámetro racional para evaluar esas decisiones y aceptar o rechazar fundadamente la decisión de un tribunal constitucional. (Citado en Roa, 2019)

Adicionalmente, retomando a autores como Pettit, la existencia del *judicial review* reflejaría la idea republicanista de la libertad como no dominación que afirma que las personas no deben someterse a aquellas leyes que razonablemente no habrían consentido. Ante esto, Roa concluye que los tribunales son escenarios de representación en los que las juezas y los jueces pueden ser controlados por la ciudadanía y que sus decisiones pueden tener un grado deliberativo cualitativamente superior a las decisiones legislativas (Roa, 2019).

En otras palabras, la deliberación judicial es concebida por estos autores como un lugar en el que se puede poner a prueba la racionalidad de las decisiones tomadas por un órgano de representación que, desde un enfoque sistémico y sociológico, presenta diversas patologías que mermarían la democracia en caso de no controlarse.

Esto no quiere decir que se apoye un poder absoluto y sin freno de las juezas y los jueces, sino que, como sostiene Sierra Cadena, estos deben recurrir al principio de autolimitación para evitar que su trabajo interpretativo y regulador caiga en una arbitrariedad producto de un exceso de discrecionalidad. Retomando a Alexis de Tocqueville, Sierra sostiene que las juezas y los jueces no deben actuar a menos de que exista un litigio que active la necesidad de su intervención. Al respecto, Roa (2019, p. 30), citando a Francisco Tomás y Valiente, menciona “la existencia de un órgano jurisdiccional que solo habla cuando se le pregunta y cuando pregunta quién puede hacerlo”. Además, la obligatoriedad de que las personas juezas expliquen, justifiquen, examinen y transparenten cada decisión desincentiva el abuso de sus facultades.

Por otro lado, existen también grandes diferencias en cuanto a los efectos de las sentencias de las cortes constitucionales. Leopoldo Gama (2019) habla de un modelo equilibrado de control de constitucionalidad en el que las juezas y los jueces no tienen la última palabra, como sucede con el sistema canadiense. Si bien se coincide con el autor en que este sería el modelo ideal, en una investigación realizada por quien suscribe acerca de los

derechos de las personas indígenas en Canadá (Tello, 2017), se observó que el hecho de que los jueces canadienses suspendieran temporalmente el efecto de sus sentencias y se llevaran a cabo las adecuaciones legislativas correspondientes privilegiaba la consulta y el diálogo con las comunidades indígenas por parte del Congreso; sin embargo, este modelo se basa en la cooperación de los tres poderes.

Tomando en cuenta la situación del sistema político mexicano, el modelo canadiense sería de difícil aplicación en México. Además, el hecho de que en este país norteamericano la deliberación pública se haga por medio de la tradicional división de competencias entre los poderes no implica que no exista la posibilidad de constitucionalismo dialógico por otros medios. Se es proclive a pensar que la necesidad de intervención de la jueza o el juez constitucional dependerá del grado de complejidad de los problemas públicos por resolver y de las relaciones de cooperación existentes con los otros poderes públicos. Como sostiene Néstor Sagües (2019), lo importante no es quién deba garantizar los derechos, sino que se garanticen. Por otro lado, es importante tener en cuenta que no hay modelos ideales de gobernanza electoral (Repol, 2019).

La tesis de quien suscribe es que, para el caso mexicano, dada la alta complejidad y conflictividad existentes en el sistema político-electoral, el papel de las juezas y los jueces como reguladores de políticas públicas en materia electoral ha contribuido de manera positiva a la gobernanza electoral por el alto déficit y las patologías de la representación legislativa.

Como sostiene Manuel José Cepeda Espinosa, “las reformas constitucionales, concebidas como medios para conseguir la paz, han prestado considerable atención a la revisión constitucional como instrumento para asegurar el respeto de los acuerdos básicos que se reflejan en el texto constitucional” (citado en López, 2019, p. 173).

## *Políticas públicas y gobernanza electoral*

Un error recurrente es considerar una política pública como cualquier decisión que provenga de algún ente gubernamental. Las personas críticas del activismo judicial suelen decir, con cierta ambigüedad e imprecisión, que las políticas públicas son aquellas decisiones que toman las juezas y los jueces al margen de la ley y fuera de su competencia. Por ello, autores como Kenerth Holland se oponen al activismo judicial que, en su opinión, ocurre cuando los jueces hacen políticas públicas en lugar de limitarse a resolver problemas jurídicos (citado en López, 2019, p. 174).

Sin embargo, desde la concepción personal, no debe hacerse esta falsa dicotomía entre ley y política pública porque es imprecisa acerca de lo que son las políticas públicas; además, no es más que la aislada, absolutista y racional visión del derecho que Sierra Cadena (2009) cuestiona desde el punto de vista sistémico.

Las políticas públicas son algo más que una simple decisión unilateral tomada por cualquier ente del Estado. Mauricio Merino las define como “una selección y una definición de problemas. Consisten en la utilización de los medios que tiene a su alcance el Estado para decidir en qué asuntos intervendrá y hasta qué punto y con qué medios lo hará” (2013, p. 15).

Pero las políticas públicas, a diferencia de una gubernamental, no solo buscan ejecutar decisiones de una autoridad pública, sino que además, como afirma Merino, se refieren “siempre e invariablemente al espacio público” (2013, p. 16). Son decisiones que solo pueden justificarse en la medida en que contribuyan al bien común y a la consolidación del espacio público.

Merino es muy claro cuando asevera que las políticas públicas no son

líneas de acción desconectadas de una definición previa y lo más precisa posible de un determinado problema público, de una argumentación más o menos clara sobre el modo en que la autoridad pública intervendrá para resolverlo y de un compromiso con los resultados en un lapso específico. (2013, p. 16)

En otras palabras, es necesario que además de seleccionar un problema con claridad a partir de las causas, se ofrezca una fórmula precisa y coherente de solución.

Lo más importante de la definición de las políticas públicas es que también supone la incorporación de los distintos individuos o los grupos sociales involucrados en la solución del problema seleccionado (Merino, 2013). Por ello, Ives Meny y Jean Claude Thoening sostienen:

Una política pública es el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental [...]. Desde el punto de vista del análisis, una política se presenta bajo la forma de un conjunto de prácticas y de normas que emanan de uno o de varios actores públicos. En un momento dado, en un contexto dado, una autoridad adopta prácticas de determinado género, actúa o no actúa. Estas prácticas se pueden señalar concretamente: formas de intervención, reglamentación, provisión de prestaciones, represión, etc., por lo que una política pública se presenta como un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico. (Citados en Merino, 2013, p. 16)

En México, para lograr ciertos niveles de credibilidad y confianza no han bastado los ajustes desde el ámbito legislativo para dar cabida, por un lado, al alto grado de conflicto que aún se observa en los procesos electorales y, por otro, dar cauce a las demandas de mayor participación y representación de grupos históricamente subrepresentados. En otras palabras, a pesar de la excesiva regulación en la materia, no se han logrado solucionar distintos problemas públicos vinculados con la democracia electoral.

Aquí entra la noción de la gobernanza electoral. Para Luis Aguilar es un concepto que se refiere a la descomposición del sujeto clásico de la gobernación de la sociedad: el gobierno, y hace referencia a la recomposición en el proceso actual de dirección mediante la construcción de nue-



vas relaciones entre este y las nuevas personas actoras colectivas, que suelen ser reticentes a la unilateralidad directiva del gobierno por considerarla insuficiente y, eventualmente, contraproducente. Con el lenguaje dialéctico de otros tiempos, se podría decir que la gobernanza representa un nuevo nivel conceptual y práctico que niega, conserva y rebasa la forma gubernamental(lista) anterior de dirigir la sociedad (Aguilar, 2015).

En ese sentido, la gobernanza alude a las nuevas formas de solución de los problemas públicos fuera de los enfoques unilaterales y tradicionales que han defraudado históricamente las expectativas y las demandas sociales. Significa tomar en cuenta la visión de las personas actoras involucradas en la sociedad para resolver los problemas públicos que les afectan, dado que las acciones unilaterales no han rendido frutos.

Este término también ha sido usado en el derecho electoral para referirse precisamente a las formas como los sistemas electorales gestionan la organización de sus comicios. De acuerdo con Shaheen Mozaffar y Schedler, la gobernanza electoral abarca la interacción de las reglas constitucionales, legales e institucionales y las prácticas organizativas que determinan:

- 1) Las reglas básicas de los procedimientos por utilizar en las elecciones y la contienda electoral.
- 2) La organización de campañas, el registro de las personas votantes y el escrutinio de los votos el día de los comicios.
- 3) La resolución de disputas y la certificación de los resultados (es decir, la confección, la aplicación y la conciliación de disputas sobre reglas) (citados en Hartlyn, McCoy y Mustillo, 2009, p. 17).

Siguiendo a estos autores, el papel protagónico que desempeñan los jueces constitucionales en los procesos electorales tiende a ser más visible en las democracias emergentes, en las que los procesos administrativos son débiles y los niveles de desconfianza entre las personas actoras políticas, altos.

## *Deliberación judicial y gobernanza electoral en México*

Durante más de 70 años, el presidencialismo mexicano, sustentado, entre otros elementos, en un sistema de partidos hegemónico y rasgos autoritarios, limitó la participación política de la oposición, la ciudadanía y la sociedad civil. En un proceso que Soledad Loaeza (2011) llama de gradualismo político —cuando en términos de Robert Dahl era más costoso reprimir la oposición que permitirla— se fue concediendo paulatinamente, primero, que llegaran más legisladoras y legisladores opositores al Congreso; segundo, que el partido hegemónico perdiera mayoría, y tercero, que pudiera darse una alternancia política en la silla presidencial.

A pesar de esta apertura, las cúpulas partidistas han dejado fuera de las discusiones públicas a las mujeres, las y los jóvenes, las niñas y los niños, las personas adultas mayores o con alguna discapacidad, indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, por años, las leyes han sido creadas desde el punto de vista de un muy reducido sector de la población.

Si bien ha habido importantes reformas para ampliar el espectro de la representación política, siguiendo la teoría del fallo legislativo y los argumentos de Bruce Ackerman, las personas legisladoras han estado lejos de representar los intereses de aquellas personas históricamente dejadas fuera de la ecuación política. No es gratuito que menos de 20 % de la población confíe en los partidos políticos y en las diputadas y los diputados (Instituto Nacional Electoral y El Colegio de México, 2015). Ante esto, parece irrisoria la fe ciega de las autoras y los autores, desde el punto de vista teórico, en la legitimidad democrática de la persona legisladora.

Si bien es conocido que el modelo institucional desarrollado en América Latina para dar cauce a la democracia representativa no es el ideal —esto es, la creación de organismos autónomos encargados de organizar los procesos y un tribunal electoral que revisa la legalidad y la constitucionalidad de los comicios, porque son modelos basados en la desconfianza, que conllevan altos costos operativos—, lo cierto es que su desarrollo

atiende precisamente a una necesidad de gobernanza electoral ante un pasado de fraudes comiciales proveniente de un sistema que se autocalificaba.

Ante la gran complejidad que implica el déficit de cultura de la legalidad y la desconfianza política, se han construido instituciones independientes del gobierno que permiten garantizar un piso mínimo de credibilidad en los procesos electorales. Esto ha tenido como consecuencia una excesiva regulación normativa, una alta especialización técnica de las y los profesionales que conforman estos organismos, así como un inevitable y elevado costo.

No obstante, este modelo ha permitido garantizar cierta estabilidad en los procesos de renovación de los poderes públicos y, sobre todo y más importante, escuchar la voz de aquellas personas que históricamente han sido dejadas fuera en la repartición del pastel del sistema electoral mexicano.

El establecimiento de un sistema de medios de impugnación en el que no solo los partidos políticos y las candidatas y los candidatos puedan solicitar la revisión de la legalidad y la constitucionalidad de los actos electorales y de las mismas normas, sino también cualquier ciudadana o ciudadano no es en modo alguno un mecanismo que debilite la autoridad del parlamento; por el contrario, ha ayudado a identificar las contradicciones y las disfuncionalidades del sistema, como lo sugiere el enfoque sistémico y la teoría del fallo legislativo.

Como sostiene O'Toole,

en los espacios políticos densos, la regla es que participen en la implementación múltiples organizaciones; esta misma regla también quiere seguirse en el caso de los problemas públicos complicados, a menudo imbricados con otros problemas adicionales, así como en los sistemas políticos en lo que el poder y, frecuentemente, la autoridad, son compartidos por diversas unidades. (2014, p. 414)

## *El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y su papel en la gobernanza electoral. El caso de las personas en situación de cárcel*

Si bien se considera que en un futuro lo ideal es que se reduzca el grado de litigiosidad electoral y que los procesos comiciales dejen de ser el principal foco de atención, en lo que ello ocurre, la existencia de organismos públicos autónomos encargados de organizar las votaciones, así como la de tribunales electorales que resuelvan los diferentes conflictos en la materia, pero, sobre todo, que garanticen el ejercicio pleno de los derechos políticos constituyen elementos indispensables de la gobernanza electoral de México.

Desde su creación en 1996, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha tenido un papel crucial en la gobernanza electoral no solo como resolutor de complejos problemas jurídicos entre dos fuerzas políticas que afirman ser las legítimas ganadoras de una contienda electoral, sino, sobre todo, como garante de los derechos políticos de minorías o grupos que históricamente han sido dejados fuera de la esfera pública, como las mujeres, las personas indígenas, afrodescendientes, de la comunidad sexogenérica, con alguna discapacidad, en situación de calle, entre otras. Pero, más allá del enfoque de tutela de los derechos humanos ¿en qué casos la justicia electoral ha contribuido a resolver problemas desde un enfoque de políticas públicas?

Siguiendo la metodología de Charles F. Sabel y William H. Simon (2004), para este artículo se seleccionó la sentencia emblemática SUP-JDC-352-2018 al respecto del derecho al voto activo de personas en presión preventiva, ya que:

- 1) Afecta a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos.

- 2) Involucra a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos.
- 3) Implica requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no solo a las y los demandantes específicos del caso.

En esta sentencia, la Sala Superior ordenó al Instituto Nacional Electoral (INE) implementar una primera etapa de prueba para garantizar el voto activo de las personas presas no sentenciadas. Se ordenó que, de manera paulatina y progresiva, el INE implementara un programa antes de 2024 a fin de garantizar el derecho a votar de las personas en prisión preventiva. Si bien fueron dos personas los actores de este juicio ciudadano:

- 1) En realidad es un problema público que afecta a todas las personas en prisión preventiva.
- 2) Involucra a varios órganos públicos, como los centros penitenciarios y todas las autoridades electorales administrativas del país.
- 3) La sentencia del TEPJF implica una orden de cumplimiento para el INE, quien será el órgano encargado de planear, ejecutar, controlar y evaluar la política pública ordenada.

Se considera que esta sentencia es un buen ejemplo de un caso llevado ante un tribunal constitucional y resuelto con un enfoque de políticas públicas, no solo porque el Tribunal Electoral no se limitó a activar la representación argumentativa de dos personas que por más de 15 años han esperado que se les administre justicia, sino porque se está buscando resolver un problema público de un grupo al que no se le están garantizando sus derechos políticos de manera sistemática por medio de un programa concreto.

Para ir más allá del caso específico, los argumentos y la justificación de esta sentencia son también un buen ejemplo de una concepción activa de la persona jueza constitucional que está viendo más allá de una visión absolutista, formalista y aislacionista del derecho.

En primer término, la necesidad de buscar que se garanticen los derechos de las personas en situación de cárcel más allá de una declaración discursiva del reconocimiento de sus derechos políticos —que en nada serviría para su efectivo ejercicio— es una obligación constitucional y convencional del Estado mexicano.

Como se señala en la sentencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, en el caso de las personas privadas de libertad bajo prisión preventiva, el derecho al voto está garantizado por el artículo 23, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, se ha señalado tal obligación a los estados.

Asimismo, el artículo 1 constitucional establece que todas las autoridades del país tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas.

Como se señala en la sentencia, citando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),

para proteger cualquiera de esos derechos no solo se requieren abstenciones, sino, en todos los casos, es precisa la provisión de garantías normativas y de garantías institucionales como la existencia de órganos legislativos que dicten normas y de órganos aplicativos e instituciones que aseguren su vigencia, lo que implica, en definitiva, la provisión de recursos económicos por parte del Estado y de la sociedad. (Sentencia SUP-JDC-352-2018, 2019)

Llama la atención que en la sentencia se habla de la necesidad de la organización del aparato y de las políticas públicas entendidas como “el conjunto de decisiones y acciones estratégicamente realizadas para solu-

cionar problemas o deficiencias públicas mediante acciones orientadas a obtener el mayor bienestar posible y de la forma más eficiente” (Sentencia SUP-JDC-352-2018, 2019). En otras palabras, en la sentencia se está consciente del enfoque que debe darse a este problema desde las políticas públicas, más allá del derecho.

Si bien una minoría de magistradas y magistrados disintió del criterio mayoritario, se considera que el enfoque sistémico y de políticas públicas, además del de derechos humanos, usados en la sentencia, abona positivamente a la gobernanza electoral del país.

Aun cuando pudiera ser controversial el activismo judicial de la sentencia, es importante tomar en cuenta los siguientes elementos:

- 1) El TEPJF no intervino en este problema público hasta que dos ciudadanos tzotziles acudieron ante él en busca de una representación argumentativa.
- 2) El programa que se ordenó implementar paulatinamente no estableció cómo, cuándo ni dónde, sino que dejó esto a cargo de la autoridad administrativa electoral en plenitud de sus atribuciones. Incluso, desde la teoría del activismo judicial, este sería un activismo débil comparado con el judicial, que diseña la esencia de la política pública.
- 3) Si bien el Tribunal Electoral establece un plazo como límite para garantizar el derecho al voto, incluso en varios tribunales en los que se sostiene que las cortes son deferentes con el legislador, se les ha impuesto un periodo de 2 o 3 años para realizar las adecuaciones normativas correspondientes (Tello, 2017).
- 4) Se ordena tomar en cuenta la pluralidad de los centros de reclusión femeniles y varoniles con perspectiva de género e intercultural.
- 5) Se ordena la colaboración con otras autoridades competentes para activar un diálogo interinstitucional.
- 6) Esta sentencia, además, parte del precedente de la SCJN para que el Instituto Mexicano del Seguro Social estableciera un programa piloto,

a efectos de que las personas trabajadoras del hogar tuvieran acceso al régimen especial de seguridad social.

### *Reflexiones finales*

Conscientes de que este documento no agota la discusión y de que existen muchos argumentos en contra de lo que se ha expuesto, se considera de suma importancia mostrar algunos de los argumentos más sobresalientes que justifican la intervención de las juezas y los jueces constitucionales en políticas públicas para empujar, de alguna manera, la conversación interdisciplinaria entre el derecho y la ciencia política.

¿De qué serviría contar con tribunales constitucionales que no pudieran entablar un diálogo con otros enfoques y puntos de vista?, ¿de qué serviría contar con tribunales constitucionales facultados para plantear argumentos acerca de los mayores ideales de igualdad y justicia de una sociedad, pero incapacitados para aplicarlos a la realidad?, ¿sería como enviar a la guerra a un soldado sin fusil?

Si se cree en la reinserción social, qué mejor práctica que las personas privadas de su libertad puedan seguir teniendo esa conexión con su comunidad política por medio del voto. Como afirma Hanna Arendt “quien abandona su polis o es desterrado pierde no sólo su hogar o su patria sino también el único espacio en que podía ser libre; pierde la compañía con sus iguales” (2008, p. 155).



## Referencias

- Aguilar Villanueva, Luis Fernando. (2014). *La implementación de políticas públicas*. Miguel Ángel Porrúa.
- Aguilar Villanueva, Luis Fernando. (2015). *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica.
- Arendt, Hannah. (2008). *La promesa de la política*. Paidós.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2024). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Convención Americana de Derechos Humanos. (2024). [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Gama Leyva, Leopoldo. (2019). *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Marcial Pons.
- Hartlyn, Jonathan, McCoy, Jennifer, y Mustillo, Thomas M. (2009). La importancia de la gobernanza electoral y la calidad de las elecciones en la América Latina contemporánea. *América Latina Hoy*, 51, 15-40.
- Hobbes, Thomas. (2008). *Leviatán* (tomo I). Gernika.
- Instituto Nacional Electoral y El Colegio de México. (2015). *Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México. Resumen ejecutivo*. [https://portalanterior.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Resumen\\_Ejecutivo\\_23nov.pdf](https://portalanterior.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Resumen_Ejecutivo_23nov.pdf)
- Mata Pizaña, Felipe de la, Gómez Pérez, Mara, y Loza Otero, Nicolás (coords.). (2019). *Justicia electoral y derechos humanos. Incidencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la protección de derechos humanos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Merino, Mauricio. (2013). *Políticas públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*. Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Loaeza, Soledad. (2011). La tradición del reformismo político en México y Jesús Reyes Heróles. En Luis Medina, David Pantoja Morán, Fernando Serrano Migallón, Enrique González Pedrero, Eugenia Meyer, Laura

- Angélica Moya López, Raudel Ávila Solís, Soledad Loeza, Roberto Blancarte y Alberto Arnaut Salgado, *Homenaje a Jesús Reyes Heróles* (pp. 261-281). El Colegio de México.
- López Sterup, Henrik. (2018). Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), 171-92. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa-4-num-41-2018-941173/>
- O'Toole, Laurence. (1993). Recomendaciones prácticas para la implementación de las políticas que involucran a múltiples actores: una evaluación del campo. En Luis F. Aguilar Villanueva, *La implementación de las políticas* (pp. 415-470). Porrúa.
- Reformas políticas. (2019, 8 de noviembre). *Reformas políticas en América Latina. Gobernanza electoral*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://reformaspoliticas.org/reformas/gobernanza-electoral/>
- Roa Roa, Jorge Ernesto. (2019). *Control de constitucional deliberativa. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Garavito, César. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Siglo XXI.
- Sabel, Charles F., y Simon, William H. (2004). Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117, 1055-1056.
- Sagües, Néstor. (2019). *Master class: la justicia constitucional en Iberoamérica* [video]. YouTube. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=3&v=TP4XmAC5LKA&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=TP4XmAC5LKA&feature=emb_logo)
- Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*. Universidad del Rosario.

- Sentencia SUP-JDC-352-2018, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2019). [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JDC-0352-2018.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JDC-0352-2018.pdf)
- Tello Mendoza, Martha Alejandra. (2017). El papel de los tribunales en la reivindicación de derechos indígenas. Casos relevantes de la experiencia canadiense [The role of tribunals in the demands of native's political rights. Important cases in the canadian experience]. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 1(20), 49-93. [https://www.te.gob.mx/editorial\\_service/media/pdf/Revista\\_Justicia\\_Electoral\\_20.pdf](https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/Revista_Justicia_Electoral_20.pdf)
- Waldron, Jeremy. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI.
- Weber, Max. (2002). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica. <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/a5d2dde34be6ec9627a48d390a9d219d.pdf>