

Propuesta de metodología para determinar la efectividad de una medida afirmativa en favor de grupos en situación de vulnerabilidad

*Methodological proposal
to determine the effectiveness
of an affirmative measure
in favor of groups in
vulnerable situations*

Sandra Liliana Prieto de León (México)*

Fecha de recepción: 16 de abril de 2024.

Fecha de aceptación: 16 de abril de 2024.

* Ex consejera electoral del Instituto Electoral del Estado de Guanajuato. Maestra en Derecho Procesal Judicial, en Derecho Electoral y en Justicia Constitucional. sandra_prietodl@gmail.com.

RESUMEN

Este artículo aborda la encrucijada a la que se enfrentan las autoridades jurisdiccionales electorales mexicanas al dictar medidas afirmativas en favor de grupos en situación de desventaja o discriminación, debido a que no existen parámetros en el ámbito internacional o nacional que deban atender para decantarse entre distintas opciones viables. Esto genera la percepción social de que estas medidas afirmativas se adoptan con base en el pulso político del momento, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en sede administrativa electoral, sus determinaciones no se acompañan de estudios o trabajos previos que abonen en la toma de decisión de esas autoridades. Por ello, en este trabajo se intenta explicar por qué es importante establecer previamente una metodología para motivar que las acciones afirmativas que se emitan sean efectivas para atender las problemáticas que estos grupos viven en el contexto en que se pronuncian.

PALABRAS CLAVE: derechos político-electorales, grupos en situación de discriminación o en desventaja, igualdad, acciones o medidas afirmativas, motivación.

ABSTRACT

This essay addresses the crossroads faced by Mexican electoral jurisdictional authorities when issuing affirmative measures in favor of disadvantaged or discriminatory groups, due to the fact that there are no parameters at the international or national level that must be addressed to choose between different viable options. This generates the social perception that these affirmative measures are adopted based on the political pulse of the moment; since, unlike what happens in the electoral administrative headquarters, its determinations are not accompanied by previous studies or work that contribute to the decision-making of these authorities. Therefore, this paper tries to explain why it is important to establish a methodology to motivate that the affirmative actions that are issued will be effective in addressing the problems that these groups experience in the context in which they speak.

KEYWORDS: political and electoral rights, discriminated or disadvantaged groups, equality, affirmative action, motivation.

Introducción

En México, desde hace poco más de una década, distintas autoridades administrativas y jurisdiccionales electorales dictan medidas afirmativas para garantizar que las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación o en desventaja puedan ejercer plenamente sus derechos humanos de índole político-electoral. Esto, a partir de que la mayoría de los órganos legislativos no regularon en las leyes u ordenamientos secundarios los mecanismos ni las modalidades para garantizar su participación política, ya que solo se estableció su reconocimiento en los principios o postulados contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). De modo que, ejerciendo sus atribuciones constitucionales, estas autoridades electorales siguen emitiendo las acciones afirmativas para dotar de contenido esos derechos, así como asegurar su vigencia y eficacia en el sistema jurídico del país.

Sin embargo, en la actualidad, lamentablemente, continúa generando controversia el despacho de medidas afirmativas para generar condiciones realistas de participación política de las personas pertenecientes a los grupos en situación de discriminación o en desventaja, las cuales se dictan con la finalidad de que auténticamente tengan oportunidades de acceder a los cargos de elección popular. Se cuestiona, por ejemplo, si la implementación de tales medidas es injusta para el resto de la población que no pertenece a dichos grupos.

Al respecto,

aquellos que las han defendido desde la discusión pública, el activismo político, la legislación o las sentencias judiciales, han articulado diferentes argumentos justificatorios dirigidos a demostrar que esas políticas se sostienen con base en otros principios que también deben ser ponderados. [Saba, 2021, p. 83]

Lo cierto es que poco a poco se ha ido avanzando con la sociedad y, particularmente, con los partidos políticos y los medios de comunicación en la concientización de que la asignación de estos espacios en la postulación de candidaturas y en la conformación de los órganos de elección popular atiende al mandato constitucional de igualdad y no discriminación. Pues, tratándose de una sociedad tan plural, es necesario generar condiciones reales para que exista representatividad de todas las personas y los grupos en los órganos en los que se toman las decisiones acerca del rumbo del país. Incluso se sostiene que, a mayor diversidad en los órganos deliberativos, “mejores serán las decisiones que se tomen y mayor será la presunción de validez de esas decisiones” [Saba, 2021, p. 84].

Por lo anterior,

la igualdad, la inclusión, los derechos humanos y la eliminación del racismo y la discriminación son un asunto de todas las personas; son el ideal al que debemos no solamente aspirar sino que debemos lograr como sociedades para beneficio de todas y todos. Es un imperativo ético y una deuda histórica que podemos superar. [Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2016, p. 46]

De ahí que las medidas afirmativas encuentran plena justificación en el principio de igualdad presente en el ordenamiento jurídico mexicano, así como en el marco normativo internacional, que obligan y vinculan a las naciones del mundo.

En atención a ese contexto, ese tipo de medidas afirmativas en materia comicial, primero, se dictaron desde la sede jurisdiccional frente al reclamo legítimo de las personas integrantes de esos grupos que acudieron ante estas instancias a exigir el reconocimiento efectivo de sus derechos político-electorales y la implementación de condiciones auténticas para ejercerlos, de manera que las autoridades jurisdiccionales electorales instruyeron a las autoridades administrativas en la materia para cumplir sus determinaciones, ya fuera para asignar espacios en la postulación de candidaturas, o bien en otros casos asumieron plenitud de jurisdicción y recompusieron no solo la postulación de candidaturas, sino la integración de los órganos de elección popular para asegurar el ejercicio de sus derechos político-electorales en su vertiente de acceso a los cargos públicos de elección popular.

Luego, las autoridades administrativas comiciales interpretaron la eficacia directa de la CPEUM para justificar la emisión de esas medidas afirmativas en sede administrativa, en muchas ocasiones sin sustento auténtico para determinar si la medida efectiva concreta que se habría de implementar era la más adecuada para atender las necesidades específicas de una agrupación en el contexto histórico y social vigente. Cabe precisar que estas medidas han sido analizadas por parte de los órganos jurisdiccionales electorales y, ante la ausencia de sustento, han sido revocadas para que se modifiquen en cuanto a su sentido y alcance por parte de las autoridades administrativas, y, en otras ocasiones, ante la falta de soporte y debido a la inminencia del vencimiento de los plazos electorales, se ha instruido a estas para que realicen estudios respecto a la pertinencia de su emisión.

En ese sentido, desde la academia se han realizado diversos análisis acerca de la legitimidad, la necesidad y la pertinencia de las medidas afirmativas ante la omisión o deficiencia legislativa, pero poco o nada se ha explorado en torno a la motivación de la toma de decisiones, que lleva a la autoridad a elegir entre las distintas opciones disponibles. Esto es, para su dictado, sí se justifica con argumentos de razonabilidad y

proporcionalidad, pero no por qué se dicta de esa manera, con ese contenido; tampoco hay claridad respecto a los parámetros que se deben adoptar para ello.

Al respecto, cabe señalar que tradicionalmente las autoridades administrativas y jurisdiccionales electorales han empleado la herramienta del test de proporcionalidad como método interpretativo para verificar si la medida afirmativa que se despacha es acorde a la CPEUM, por lo cual llevan a cabo el análisis a la luz de los elementos que lo integran: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Y es ahí cuando las técnicas de interpretación y motivación de las decisiones jurisdiccionales cobran una especial relevancia.

Ello, pues —a diferencia de lo que ocurre cuando se aplica el test de proporcionalidad como instrumento de control de constitucionalidad de los actos legislativos, en donde la autoridad jurisdiccional que analiza la intervención en los derechos fundamentales atiende al amplio margen de apreciación que tienen las legislaturas para diseñar las normas en México—, tratándose del examen de las medidas afirmativas que se dictan como actos administrativos o jurisdiccionales, la intensidad de aplicación del test de proporcionalidad debe ser mayor, ya que en estos casos se requiere de una motivación reforzada.

De ahí que la tesis que se sostiene en este trabajo consiste en que las autoridades jurisdiccionales electorales, para despachar en plenitud de jurisdicción medidas afirmativas en favor de personas pertenecientes a grupos en situación de discriminación o en desventaja, deben realizar una motivación reforzada, a fin de determinar las razones que acogen para decantarse por cierta opción respecto de las distintas posibilidades viables y, en ese sentido, se propone una metodología para justificar su toma de decisión.

Por lo anterior, este trabajo parte del marco normativo mexicano que regula el principio de igualdad y no discriminación como piedra angular que orienta la actuación de las autoridades del Estado mexicano. Luego, precisa la concepción y el alcance de las medidas afirmativas en el caso de este país. Posteriormente, se establecen algunas consideraciones respecto a las distintas autoridades electorales que dictan una medida afirmativa y el ejercicio interpretativo que llevan a cabo para su despacho, partiendo, entre otros aspectos, de los elementos y momentos que consideran para ello. Finalmente, a modo de propuesta, la metodología para motivar que aquellas que se emitan serán efectivas y suficientes para atender las problemáticas que estos grupos viven en el contexto en que se pronuncian.

Principio de igualdad y no discriminación

Existen diversas investigaciones en las que se profundiza acerca del sentido y alcance del principio de igualdad y no discriminación, que se realizan tanto en el ámbito académico como por distintas autoridades, en las cuales el análisis comprende el estudio del origen y fundamento de los derechos humanos, las dimensiones de la igualdad, las categorías sospechosas y la discriminación inversa, entre otros aspectos. Sin embargo, como en este artículo se efectúa un estudio acerca del caso mexicano, se harán las precisiones correspondientes a partir del marco normativo que regula el principio de igualdad y no discriminación como piedra angular que orienta la actuación de las autoridades del Estado mexicano.

Acercas del principio de igualdad, la CPEUM dispone, en el artículo 1, párrafo primero, que

en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1, párrafo primero, 2024)

Respecto del principio de no discriminación, la carta magna dispone lo siguiente:

Queda prohibida toda discriminación motivada por 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 y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1, párrafo quinto, 2024)

Como se advierte, la CPEUM salvaguarda los principios de igualdad y no discriminación y, por lo tanto, reconoce la igualdad de las personas ante la ley, pero eso “no significa que en cualquier circunstancia todos tengamos los mismos derechos. El ordenamiento jurídico concede legítimamente ciertas ventajas a quienes se encuentran en situaciones que así lo ameritan” (Barreda, 2015, p. 198), de ahí que “lo que implica el principio de igualdad ante la ley es que a las personas en igualdad de circunstancias se les aplique la ley equitativamente, sin privilegios ni discriminaciones. Este principio es fundamental en las sociedades democráticas” (Barreda, 2015, p. 199).

Esa interpretación acerca del principio de igualdad se trata de una visión más completa de la realidad, pues no basta el reconocimiento expreso en el sentido de que los derechos son de todas las personas, sino que tengan acceso a las mismas oportunidades a pesar de que las circunstancias individuales o las del grupo al que pertenezcan sean distintas o adversas a las de las demás personas.

De por sí en los diferentes ámbitos de la vida de las personas existen diversos obstáculos que impiden materializar el ejercicio efectivo de sus derechos humanos, como se ha dicho, a pesar de estar consignados en la CPEUM y regulados en cuanto a su ejercicio por el entramado legal. Tratándose de las personas que pertenecen a los denominados grupos en situación de discriminación o en desventaja, su posición empeora y se hace harto compleja, pues se enfrentan a la desigualdad estructural que merma sus posibilidades de mejorar sus condiciones de vida a pesar de que las normas establezcan obligaciones en ese sentido a las autoridades del Estado mexicano. Por ejemplo, acceder a servicios públicos en igualdad de condiciones que el resto de las personas se vuelve una tarea complicada, justo porque no se generan las mismas oportunidades.

Lo anterior se evidencia aún más cuando se trata de sus derechos político-electorales, puesto que, si no se satisfacen los bienes y servicios más básicos que deberían garantizarse como un piso mínimo, pareciera que las personas que pertenecen a estos grupos estarán más ocupadas en conseguir acceder a mejores condiciones de vida que en exigir que se materialice su participación política, lo que se evidencia con su escasa presencia histórica en la conformación de los órganos de elección popular, pues ni siquiera eran postuladas a una candidatura con la intención de acceder a un cargo de esa naturaleza.

Por lo antes expuesto, la doctrina y los precedentes jurisdiccionales permiten

la implementación de tratos diferentes justificados sobre la base de criterios habitualmente reconocidos como irrazonables (en el sentido de no funcionales en lo que se refiere a la relación del medio con el fin), pero que se encuentran autorizados constitucionalmente, porque persiguen el efecto de dismantelar una situación de exclusión y segregación. (Saba, 2021, p. 134)

Pues “al exigir razonabilidad en la distinción y desconocer el contexto de hecho en el que esa distinción opera, supone la inexistencia de grupos sojuzgados, excluidos o sometidos y contribuye a perpetuar situaciones de desigualdad estructural” (Saba, 2021, p. 135). Por ello, a fin de evitar clasificaciones arbitrarias, es necesario que se justifiquen los tratos diferenciados con base en la metodología prevista para la construcción del principio de no discriminación.

Para Owen Fiss, el principio de no discriminación se construye en tres pasos (Fiss, citado en Saba, 2021, p. 100). En el primer paso se reduce el ideal de la igualdad al principio de igualdad de trato (“las situaciones similares deben ser tratadas en forma similar”). El segundo paso consiste en considerar como un hecho aceptable que el Estado deba hacer distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente a como trata a otras. Y el tercer paso está dado por el método que debe seguir el juez para determinar cuándo la distinción es arbitraria, dado que ello no surge explícitamente de la cláusula que establece la protección de la igualdad en la Constitución.

De igual manera, Fiss sostiene que

el método tiene dos fases: a) la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada; y b) considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona con el fin o propósito que persigue el Estado. (Saba, 2021, p. 101)

Ahora bien, la aplicación de esos pasos y del método consiste en si un tratamiento distinto es o no una discriminación, pues, como ha quedado establecido, los tratamientos diferenciados siempre justificados sí están permitidos, incluso la obligación de trato diferente consiste en una garantía de la igualdad material que tiene por objeto establecer condiciones para que las personas que se encuentran en situaciones desiguales accedan a sus derechos humanos en igualdad de oportunidades que el resto de la población.

Sin embargo,

la obligación de tratamiento desigual no es una carta blanca, sino que, existen límites que se deben seguir para que una diferenciación se enmarque dentro de los parámetros de la justicia. Por esta razón, una diferencia de trato cruzará los límites, y por tanto será una discriminación, si no tiene justificaciones objetivas y razonables. En otras palabras, si es que no persigue un objetivo legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios que se empleen para tal diferenciación y el objetivo que se pretende. (Bolaños, 2016, p. 317)

En ese sentido, uno de los mecanismos más empleados para generar esas oportunidades se trata de las medidas afirmativas. Esta institución jurídica se abordará en los apartados siguientes.

Medidas afirmativas

Las medidas afirmativas son concebidas como

políticas impulsadas desde el Estado que tienen por finalidad revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo de ciertas actividades, prácticas o espacios de la comunidad a las cuales ese grupo no puede acceder como consecuencia de prácticas sociales impulsadas por el propio Estado o producidas por actos de particulares. [Saba, 2021, p. 133]

Por ello, ante el panorama sobre la identificación del plano de desigualdad estructural al que se enfrentan las personas pertenecientes a los grupos en situación de discriminación o en desventaja, la justificación del despacho de medidas afirmativas no atiende al

trato preferente como una compensación, sino como una estrategia tendiente a remover los obstáculos actuales que definen la suerte de los individuos que forman parte de ese grupo en el presente y que formarán parte de él en el futuro. [Saba, 2021, p. 87]

Al respecto, Saba sostiene que la justificación de las medidas afirmativas requiere la identificación de tres situaciones:

a) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable (afrodescendientes, mujeres, asiáticos, inmigrantes, descendientes de migrantes, pobres estructurales, ancianos, personas con discapacidad, etcétera); b) que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etcétera); y c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de uno o más esos (sic) ámbitos por un tiempo considerable, de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice. [Saba, 2021, p. 133]

Ahora bien,

las acciones afirmativas deben ser comprendidas no únicamente desde el ámbito de la creación legislativa, sino que también se requiere de la labor activa del Poder Ejecutivo vía ministerios y de los jueces y las juezas que, con su importante labor, son al final del día quienes pueden defender en el terreno de la aplicación o no, la validez o no, de las acciones afirmativas. [Bolaños, 2016, p. 336]

A pesar de ello, en México, particularmente a las autoridades electorales administrativas se les cuestiona en demasía su actuación para mejorar las condiciones de participación política de las personas que pertenecen a todos estos grupos, señalando que no existen disposiciones constitucionales o legales que les conminen a realizar de manera oficiosa acciones tendentes a provocar estas modificaciones, por ejemplo, por medio de la elaboración de estudios especializados con la finalidad de obtener información acerca de la situación sociodemográfica de los grupos históricamente discriminados. “En ese sentido, no es necesario, de hecho no es un prerrequisito para que el Estado desarrolle estas acciones afirmativas, que existan normas de derecho positivo que provoquen esa exclusión o segregación” (Saba, 2021, p. 133).

Sin embargo, el asidero jurídico para que las autoridades administrativas electorales dicten las medidas afirmativas en favor de personas pertenecientes a grupos en situación de discriminación o desventaja, sin duda, se encuentra en el artículo 1 de la CPEUM. En efecto, el párrafo segundo del artículo mencionado dispone que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” [Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1, párrafo segundo, 2024].

Por su parte, el párrafo tercero de dicho artículo establece que

todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1, párrafo tercero, 2024]

Por tanto, con base en la CPEUM, las autoridades del Estado mexicano, con independencia del ámbito de gobierno al que pertenezcan, así como su competencia y su especialidad, están constreñidas a realizar interpretación conforme o *pro personae* en todos los casos en los que se presente la colisión de derechos fundamentales entre sí o de estos con la norma fundamental, pues, además, se encuentran obligadas a generar acciones tendentes a crear condiciones para que se cumplan derechos fundamentales, de modo que se prioricen los derechos fundamentales a las personas, aun frente a las autoridades.

En ese sentido, en México, las autoridades, incluidas por supuesto las electorales, para medir la constitucionalidad de un trato diferenciado emplean la herramienta conocida como test de proporcionalidad, a partir de la interpretación conforme y *pro perso-*

nae, en aquellos supuestos en los que estén en conflicto los derechos fundamentales y demás valores constitucionales que exijan la consecución de fines legítimos. Para tal efecto, se atiende a la verificación de los elementos o subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, en cuanto al elemento de idoneidad, para que se estime que “las acciones afirmativas constituyen una medida objetiva en tanto que persigue una finalidad real y concreta, que además es medible en términos de resultados y eficiencia” (Bolaños, 2016, p. 318). Mientras que el elemento de necesidad —subprincipio en el que se ahondará más adelante— consiste en

verificar si es que existen medios alternativos a una acción afirmativa, y que estos puedan promover, al menos, igualmente el fin perseguido; obstaculizando en una menor medida los derechos fundamentales de terceros —no pertenecientes a los grupos beneficiados con las medidas—. (Bolaños, 2016, p. 319)

Finalmente, el elemento de la proporcionalidad en sentido estricto, en el que se “debe considerar si la restricción resulta estrictamente proporcional, de forma tal que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen con la restricción u obstaculización” (Bolaños, 2016, p. 319).

Consideraciones acerca de las medidas afirmativas en el ámbito político-electoral

Como ya se mencionó en las líneas que anteceden,

las sentencias del TEPJF que originaron el establecimiento de acciones afirmativas a través de cuotas, por parte del INE, son el resultado de un proceso histórico que conjuntó los elementos presentes en las demandas sociales de las últimas décadas: la defensa de los derechos humanos, las luchas por la paridad de género y contra la discriminación, la defensa de los intereses de los grupos y personas en situaciones diversas de desventaja. Por medio de procedimientos jurisdiccionales que iniciaron principalmente en el ámbito subnacional, se empezaron a construir las bases para la toma de decisiones por parte de la autoridad electoral administrativa. (El Colegio de México, 2022, p. 14)

De ahí que el rasero que se aplica para la revisión de la constitucionalidad de las medidas afirmativas por autoridades jurisdiccionales comiciales cuando se despachan por autoridades administrativas en la materia, y del que se lleva a cabo para emitir medidas en sede judicial electoral, sea muy distinto al que se efectúa por las juezas y los jueces cuando analizan el respeto de la garantía de igualdad en las medidas legislativas que dictan las legislaturas.

Al respecto, en México, por ejemplo, está vigente el criterio asumido por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que cuando las personas juzgadoras analizan el respeto a la garantía de igualdad no les

compete examinar la oportunidad del criterio adoptado por el legislador, ni su mayor o menor adecuación al fin que la norma persigue, ni decidir si la medida cuestionada es la mejor de las que podían aplicarse, pues le corresponde en definitiva apreciar situaciones distintas en las que sea procedente y tratar desigualmente a los destinatarios de la norma. [Tesis 2a. LXXXV/2008, 2008]

En ese sentido, es imperioso distinguir los diferentes momentos en que se puede dictar una acción afirmativa en materia de derechos político-electorales, así como las autoridades que pueden despacharlas, con la finalidad de determinar qué será lo que en cada supuesto debe motivarse para su dictado.

En México, tradicionalmente, las autoridades encargadas de los procesos comiciales son de dos tipos: administrativas y jurisdiccionales. Por supuesto que existen autoridades penales electorales y otras que, si bien no forman parte en estricto sentido de la organización ni calificación de los comicios, por ministerio de ley o incluso por mandato constitucional participan en diferentes actividades o también se encargan de garantizar el cumplimiento de ciertos aspectos en diversas etapas de los procesos electorales. Sin embargo, estas autoridades y sus atribuciones no se estudiarán en este trabajo, vienen a colación únicamente para que no se soslaye su existencia.

Retomando lo anterior, las autoridades electorales de carácter administrativo y jurisdiccional a las que se alude asumen su deber constitucional de realizar interpretación conforme o *pro personae* cuando se encuentren ante asuntos relacionados con normas relativas a los derechos humanos, lo cual implica que se favorezca a las personas en todo tiempo, otorgándoles la protección más amplia, acorde con la CPEUM y con los tratados internacionales de la materia.

Por lo anterior, ante la ausencia o, incluso, la deficiencia legislativa en el establecimiento de los mecanismos y las modalidades para garantizar la participación política de las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación o en desventaja, las autoridades electorales de carácter administrativo y jurisdiccional, en cum-

plimiento de sus obligaciones, deberes y atribuciones de índole constitucional, dictan medidas afirmativas para garantizar que estas personas puedan ejercer plenamente sus derechos humanos, respecto a los político-electorales, asiéndose de los principios o postulados contenidos en la carta magna, con la finalidad de dotar de contenido esos derechos, así como asegurar su vigencia y eficacia en el sistema jurídico.

En ese sentido, al estar plenamente justificada la actuación garantista de las autoridades administrativas y jurisdiccionales electorales, las acciones afirmativas que despachan son tendentes a generar condiciones para que se cumplan derechos fundamentales concretos, a fin de que se prioricen a las personas y sus derechos fundamentales aun frente a las autoridades e, incluso, respecto del resto de la población.

Ahora bien, es relevante señalar que, entre las medidas afirmativas que se han despachado en materia de participación política de las personas pertenecientes a los grupos en situación de discriminación o desventaja, se encuentra el acceso a los cargos de elección popular tanto individuales como en los órganos deliberativos, por medio del establecimiento de las cuotas de género, y de determinados espacios conocidos como curules o escaños para personas migrantes, discapacitadas, jóvenes y afrodescendientes. También en el ámbito laboral electoral se han dictado acciones afirmativas tendentes a potenciar la participación de las mujeres en espacios de toma de decisiones, particularmente, en los órganos deliberativos, así como en los puestos de dirección y ejecutivos encargados de la organización de los procesos electorales.

Lo anterior ha posibilitado el cambio tan ansiado en las estructuras sociales, pues se visibiliza cada vez más la presencia de personas integrantes de estos grupos históricamente discriminados, al generar auténticas condiciones de igualdad de oportunidades.

Una vez establecidas las consideraciones anteriores, se especifican los momentos en los que las autoridades administrativas y jurisdiccionales comiciales pueden despachar medidas afirmativas en materia de derechos político-electorales:

- 1) En sede administrativa, las autoridades han dictado medidas afirmativas para garantizar la participación política de personas pertenecientes a grupos en situación de discriminación o desventaja y, con ello, atender las peticiones concretas que estas les formulan. También, las despachan en cumplimiento a las resoluciones dictadas por las autoridades jurisdiccionales en la materia, cuando ante estas se postula el reconocimiento efectivo de sus derechos político-electorales.
- 2) En sede jurisdiccional, las autoridades despachan medidas afirmativas en varias vías. En atención a las postulaciones directas que se les presentan ante esta instancia judicial para el reconocimiento de derechos; por medio del dictado de resoluciones en el que se modifican las ordenadas por autoridades administrativas

electorales, o bien en plenitud de jurisdicción, al emitir otras distintas a las inicialmente decretadas por aquellas autoridades.

Como puede advertirse del anterior orden de ideas, a pesar de que en el sistema jurídico mexicano está ampliamente reconocida la atribución de esas autoridades para despachar medidas afirmativas a fin de promover y garantizar el acceso a las candidaturas a los cargos de elección popular, así como a los órganos deliberativos, aún queda pendiente la asignatura acerca de la elección de las diversas opciones de acciones afirmativas, lo cual se abordará en las líneas siguientes.

Metodología para determinar su efectividad en sede jurisdiccional

De las consideraciones anteriores, es posible concluir que no existe duda alguna respecto a que corresponde a la autoridad de la que se trate el justificar el dictado de la medida afirmativa por medio del análisis, incluso que es válido que acuda a la herramienta del test de proporcionalidad para verificar que esta cumpla con la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Sin embargo, lo que aquí se propone es distinguir de la justificación general del despacho de una medida afirmativa para atender una situación de desigualdad concreta, que es lo que tradicionalmente han efectuado las autoridades en los distintos ámbitos y niveles de gobierno, respecto de lo que lleva a la autoridad a decantarse por aplicar una medida concreta para tratar de paliar los efectos nocivos en el ejercicio de los derechos humanos, derivada de la desigualdad estructural. Cabe precisar que acerca de esta inquietud no existen parámetros actualmente, pues diversos autores abordan el tema de forma distinta.

Por ejemplo, para Saba es claro que, para elegir la medida afirmativa que se habrá de implementar,

la cuestión no se reduce a si el medio está relacionado con el fin o si no lo está, sino que el interrogante es acerca de *en qué medida* [énfasis añadido] el medio [o el criterio escogido] está relacionado con el fin o propósito del Estado. (Saba, 2021, p. 102)

En ese sentido, Roberto Saba explica un proceso de una etapa distinta al momento que se plantea, puesto que se refiere a la determinación de si una acción afirmativa es la única manera posible de alcanzar la igualdad material. Mientras que la inquietud que

aquí se sostiene tiene que ver con que, una vez definido que esa acción afirmativa es la única manera posible de alcanzar la igualdad material, se elija la modalidad en la que esta atiende de manera integral las circunstancias concretas.

Otro caso es el que plantea Elard Ricardo Bolaños Salazar cuando señala que la elección del medio puede implicar

un análisis tedioso, en el sentido de que obliga al legislador y a la legisladora —y posteriormente al juzgador y a la juzgadora— a ponerse en todos los escenarios e imaginar múltiples medidas para conseguir la igualdad material distintas (sic) a la adopción de las acciones afirmativas. (Bolaños, 2016, p. 319)

Acerca de este asunto, quien suscribe considera que se refiere —como en el caso de Saba— a la determinación de si una acción afirmativa es la única manera posible de alcanzar la igualdad material; por lo tanto, no aclara la inquietud que aquí se plantea, ya que se trata de un paso previo, pues Bolaños hace referencia a la elección del tipo de medida, no a la modalidad para la ejecución o implementación de esta.

El planteamiento que aquí se realiza consiste en que, una vez definido que esa acción afirmativa es la única manera posible de alcanzar la igualdad material, es necesario saber qué consideraciones debe tomar en cuenta la autoridad jurisdiccional electoral para elegir la modalidad que habrá de implementar, la cual atiende a completitud las circunstancias concretas.

En ese punto las autoridades electorales jurisdiccionales deben ser muy cuidadosas porque, a diferencia de otros tribunales, la toma de sus decisiones está sujeta permanentemente al escrutinio público y cualquier decisión que se tome, si no se encuentra debidamente justificada, puede generar la percepción social de que estas medidas afirmativas se adoptan con base en el pulso político del momento. Esto es así porque, a diferencia de lo que ocurre en sede administrativa electoral, sus determinaciones no se acompañan de estudios o trabajos previos que abonen en la toma de decisión de esas autoridades.

Cabe precisar que cuando se señala que quienes juzgan en materia electoral no pueden adoptar sus determinaciones con base en el pulso político del momento, no se hace referencia a aspectos partidarios en sentido estricto, sino a las opiniones de la sociedad en general, en las que se incluyen, por supuesto, las de los medios de comunicación, colectivos, agrupaciones políticas y tantas otras más que buscan incidir en favor o en contra del despacho de una medida afirmativa por razones tan diversas como legítimas, en atención a sus intereses en que el *statu quo* permanezca como se encuentra, o bien de que se generen condiciones auténticas para el ejercicio de los derechos político-electorales de las personas que pertenecen a los grupos en situación de discriminación o desventaja.

Por lo anterior, las autoridades jurisdiccionales deben contar con las herramientas para atender esta clase de asuntos, pues, ante estos casos difíciles,

un juez no llega a un punto en el que dice “se me ha acabado el derecho y debo legislar”. Sabe que tiene que decidir y que independientemente de lo que decida eso será [en el más amplio sentido de la expresión] derecho; y que es un juez, aun como legislador ocasional, sigue siendo juez. [Posner, 2008/2011, p. 102]

Tampoco deben amedrentarse manteniendo una

postura deferente hacia los órganos políticos que adopta la gran mayoría de los tribunales [que] ha sido una de las causas principales de la resistencia de los jueces a considerar aquellos casos en que el remedio previsible sería una orden *de hacer* [énfasis añadido] a los poderes políticos y, sobre todo, en el sentido de desarrollar una política pública o dismantelar una política existente. [Saba, 2016, p. 252]

Una vez hechas las anteriores precisiones, se reitera la cuestión que lleva a realizar este trabajo: una vez definido que esa acción afirmativa es la única manera posible de alcanzar la igualdad material, ¿qué consideraciones debe tomar en cuenta la autoridad jurisdiccional electoral para elegir la modalidad que atienda a completitud las circunstancias concretas? Lo que va a permitir arribar a lo anterior es, justamente, la motivación reforzada que realicen juzgadores y juzgadoras electorales en cada caso concreto a partir de una metodología.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que

la motivación no sigue un procedimiento lógico-demostrativo, sino argumentativo-inductivo. No tiene la capacidad constrictiva de imponerse a todos y de explicar todo; su fuerza está en la plausibilidad de las premisas, en la racionalidad del discurso argumentativo, en el alto grado de verosimilitud de la reconstrucción histórica propuesta. [Iacoviello, 1997/2022, p. 344]

Además, que

el fundamento de una lógica argumentativa es la racionalidad, es decir, la lógica del sentido común; el juez, para persuadir, debe hacer uso de máximas de la experiencia que sean verdaderamente “de experiencia”, esto es, que respondan al patrimonio cultural de la época [...] El juez debe exponer sus máximas en el campo de las reglas equiprobables o que, en cualquier caso, gocen de un significativo consenso y de una serie de plausibilidad. Si el juez se mueve en ese campo, su op-

ción será incuestionable, y no porque su error esté oculto, sino porque no habrá error. La lógica argumentativa es lógica no de lo cierto, sino de lo probable. (Iacoviello, 1997/2022, p. 345)

Por tanto, con la finalidad de dotar de contenido los derechos político-electorales de las personas integrantes de grupos en situación de discriminación o en desventaja, así como para asegurar su vigencia y eficacia en el sistema jurídico, se propone una metodología de siete pasos para justificar su toma de decisión en la elección de la modalidad que intente atender de manera integral las circunstancias concretas, una vez definido que esa acción afirmativa es la única manera posible de alcanzar la igualdad material.

Para tal efecto, se propone seguir la metodología siguiente:

- 1) Detectar los obstáculos que repercutan en el goce de los derechos humanos concretos y de las libertades fundamentales en juego de las personas que pertenecen a determinado grupo en situación de discriminación o en desventaja.
- 2) Identificar las distintas modalidades que permitan alcanzar la medida afirmativa elegida y confrontarlas con los obstáculos que se hayan detectado.
- 3) Cuestionar las distintas modalidades a partir del desequilibrio existente, a fin de visualizar las situaciones de desventaja. En ese sentido, se deberá cuidar que en ningún momento se arroje la carga de la prueba a la persona que alega la vulneración a sus derechos, pues, en todo caso, las autoridades deben verificar las circunstancias concretas.
- 4) En el caso de que existan estudios previos en la materia, aunque hayan sido elaborados por autoridades distintas a las que generen el acto, valorar y confrontar los resultados obtenidos.
- 5) Evaluar el impacto diferenciado de acuerdo con el contexto de desigualdad concreto del que se trate y elegir la modalidad; para ello, deberá aplicar los estándares de derechos humanos y examinar si es eficaz para garantizar el ejercicio del derecho de que se trate.
- 6) Analizar si la modalidad impone una carga desproporcionada o indebida, para lo cual deberá estudiarse la proporcionalidad que exista entre los medios empleados y la finalidad, esto es, el disfrute del derecho en cuestión.
- 7) Vigilar que la modalidad sea adecuada para lograr el objetivo esencial del derecho que se estime vulnerado y lograr el objetivo esencial de promover la igualdad y eliminar la discriminación en contra de las personas integrantes de grupos en situación de discriminación o en desventaja.

Por supuesto, no se omite mencionar que la metodología propuesta no riñe, sino que es complementaria de la aplicación de la herramienta interpretativa conocida como test de proporcionalidad; tampoco con la obligación constitucional de realizar interpretación conforme o *pro personae*. Esto implica que forme parte del escrutinio que se debe realizar a la acción afirmativa elegida para su aplicación en los casos concretos.

En el anterior orden de ideas, a partir del cumplimiento de la metodología propuesta se obtiene que será posible determinar si la modalidad de la acción afirmativa elegida es efectiva para dar cumplimiento a su finalidad, esto es, generar condiciones auténticas para la participación de personas integrantes de los grupos en situación de discriminación o en desventaja.

■ A modo de conclusión

Recapitulando, el dictado de medidas afirmativas tiene que continuar efectuándose hasta en tanto las legislaturas no promulguen medidas legislativas atinentes a reconocer y garantizar los derechos políticos y electorales de todas las personas.

En ese sentido, el establecimiento de parámetros para la elección del tipo de acción afirmativa que se despache es muy importante para evitar excesos, defectos y demoras en la meta que se pretende alcanzar: una sociedad igualitaria, en el más amplio y garantista sentido de la expresión.

De ahí que la elección en particular de la medida afirmativa dependerá del contexto histórico y social; por ello, la importancia de la interpretación y la motivación de las decisiones judiciales en materia comicial respecto a derechos de índole político-electoral para construir una sociedad cada vez más igualitaria.

Por lo anterior, la propuesta de metodología que se presenta tiene la finalidad de servir como una especie de guía para intentar asegurar que la toma de la decisión que hagan las personas juzgadoras acerca de la modalidad de medida afirmativa sea auténticamente efectiva para atender a completitud las circunstancias concretas de las vulneraciones que se pretende paliar.

Referencias

- Barreda Solórzano, Luis de la. [2015]. *La sociedad mexicana y los derechos humanos: Encuesta Nacional de Derechos Humanos, Discriminación y Grupos Vulnerables*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bolaños Salazar, Elard Ricardo. [2016]. Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general. *Revista Pensamiento Jurídico*, [44], 313-342. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60970>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [2024]. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- El Colegio de México. [2022]. *Estudio especializado sobre la efectividad en la aplicación de las acciones afirmativas y las barreras que enfrentan los grupos en situación de discriminación en la representación política en el proceso electoral federal 2020-2021. Informe final*. <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/147274/CGex202212-14-ip-22.pdf>
- Iacoviello, Francesco. [2022]. *La motivación de la sentencia penal y su control en casación* (Perfecto Andrés Ibáñez, trad.). Palestra. [Obra original publicada en 1997].
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. [2016]. *Pertinencia de las acciones afirmativas y las competencias interculturales para el efectivo ejercicio de los derechos humanos en Centroamérica. Memoria del encuentro*. Unesco Biblioteca Digital. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245928>
- Posner, Richard A. [2011]. *Cómo deciden los jueces* (Victoria Roca Pérez, trad.). Marcial Pons. [Obra original publicada en 2008].
- Saba, Roberto. [2016]. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo Veintiuno Editores.
- Saba, Roberto P. [2021]. Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad. En Ana María Ibarra Olguín (coord.ª), *Discriminación: piezas para armar* (pp. 83-139). Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-04/Libro_DISCRIMINACION-PIEZAS-PARA-ARMAR_19_ABRIL.pdf
- Tesis 2a. LXXXV/2008, IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD, Suprema Corte de Justicia de la Nación. [2008]. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/169490>