

## **Las acciones afirmativas en la postulación de candidaturas**

Roberto Lara Chagoyán

### **Problema a resolver**

El pasado 10 de marzo de 2021, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) resolvió los recursos de apelación SUP-RAP-47/2021 y SUP-RAP-49/2021 acumulados. El problema a resolver fue el siguiente: ¿Para cumplir con las acciones afirmativas, los partidos políticos o coaliciones deben contar a las personas que se ubiquen en más de un grupo en situación de vulnerabilidad, en cada uno de dichos grupos, o bien deben contarlas dentro de una sola categoría?

Los extremos relevantes del problema son los siguientes. Por una parte, el Instituto Nacional Electoral (INE), mediante el acuerdo INE/CG108/2021 de 15 de febrero de 2021, optó por la primera de las disyuntivas: que los partidos políticos o coaliciones deben contar a las personas que se ubiquen en más de un grupo en situación de vulnerabilidad, en cada uno de dichos grupos. Por su parte, el partido MORENA se inconformó con dicha interpretación y consideró que la forma jurídicamente correcta de entender la aplicación de fórmulas de acciones afirmativas sería la de contar a quienes se ubiquen en más de un grupo en situación de vulnerabilidad dentro de una sola categoría.

### **Decisión judicial**

La Sala Superior determinó que los agravios de MORENA resultaban fundados, por lo que ordenó modificar el acuerdo impugnado para que el INE establezca que las acciones afirmativas se deberán computar por fórmula y no por persona; asimismo, que se ordene que en caso de que una misma persona se ubique en más de un grupo en situación de vulnerabilidad, deberá colocarse únicamente dentro de una fórmula, lo cual se definirá a partir de la autodeterminación de la persona en cuestión y de lo que decida en conjunto con el partido o coalición correspondiente.

## Razones que sustentan la decisión

### 1. *La finalidad de las acciones afirmativas*

Para la Sala Superior las medidas afirmativas son acciones temporales diseñadas para personas que forman parte de grupos que se engloban a partir de esas categorías sospechosas, tales como las discapacidades, la raza, el color, el idioma, la identidad cultural, el origen étnico; el sexo, el género, las preferencias/orientaciones sexuales, la identidad y la expresión de género. La finalidad de estas medidas es incorporar a personas que pertenecen a dichos grupos a los espacios de representación y toma de decisiones, otorgándoles un trato preferente con respecto al resto de las personas.

Así, para la Sala Superior, si esa es la finalidad de las acciones afirmativas, entonces "...deben interpretarse y aplicarse procurando siempre su mayor beneficio, por lo que tal interpretación sólo puede conducir a su optimización progresiva y, en un momento dado, incluso a su desaparición" (pp. 19 y 20). Ello, a decir de la Sala, "...no es más que una manifestación del principio *pro persona* reconocido a nivel constitucional y convencional" (p. 19).

En suma, la Sala Superior consideró que para maximizar el principio de igualdad, las acciones afirmativas deben ser interpretadas a partir del principio *pro persona*, de tal suerte que cuando una misma persona se ubique en más de una categoría sospechosa deberá colocarse únicamente dentro de una fórmula.

### 2. *Restricciones a la representación*

Una segunda razón esgrimida por la Sala Superior es que el acuerdo impugnado impide a los partidos políticos cumplir sus fines como vehículos de acceso al poder y a la representación. Lo anterior, porque al colocar a una misma persona en dos diferentes acciones afirmativas por su pertenencia a dos categorías sospechosas, podría decirse que el partido o coalición agotó dos oportunidades de representación. Por ejemplo, si a una persona perteneciente a la comunidad LGBTQ+, indígena y

migrante le fuera asignada una candidatura, ello significaría que el partido postulante empleó en un solo momento acciones afirmativas para indígenas, comunidad LGBTQ+ y migrantes. Por ello, el tribunal determinó que cuando se presente un caso similar, lo más adecuado, en aras del principio de representación, es que solo se considere el cumplimiento de una sola acción afirmativa (la que la persona en condición de vulnerabilidad señale junto con su partido).

### 3. *Vulneración del derecho al sufragio activo*

Para la Sala Superior, el acuerdo impugnado violenta también el derecho al sufragio activo de la ciudadanía que pretenda votar por personas integrantes de grupos en situación de vulnerabilidad. Lo anterior, porque el número de candidaturas integradas por personas pertenecientes a grupos históricamente excluidos y subrepresentados se reduciría y, por ende, el electorado contaría con menos opciones para decidir a quién favorecer.

### 4. *La identidad de la persona candidata como punto de partida*

Finalmente, la Sala advierte que MORENA no tiene razón al afirmar que corresponde en exclusiva al partido o coalición la decisión de dónde colocar la candidatura, ya que ello podría lastimar la identidad y el reconocimiento de la persona candidata; es ella —y no el partido— quien debe estar en posibilidades de proyectar su identidad en las múltiples áreas de su vida.

### **Voto concurrente**

El magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera votó a favor del sentido y de los efectos del fallo, pero se apartó de las consideraciones, particularmente de la metodología adoptada por la mayoría. Para él, el principio *pro persona* no constituía la vía argumental para llegar a la decisión, sino que a su juicio debería haberse aplicando un *test* de progresividad.

Para el magistrado, el principio *pro persona* no debe entenderse en términos cuantitativos, es decir, no se satisface de mejor manera al preferir el ejercicio de derechos de un mayor número de personas sobre el de una sola, ya que, por el contrario, la protección de los derechos fundamentales es con frecuencia contramayoritaria.

De este modo, habría sido más adecuado, a decir del juzgador, que en la sentencia se hubiera aplicado un *test* de progresividad. La Sala debió haberse planteado cómo se podría maximizar el derecho que se desea proteger. La respuesta habría sido, según el magistrado, buscar que un mayor número de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad puedan ejercer su derecho a ser votadas. Consecuentemente, la respuesta dada por la Sala (ubicar a la persona candidata en un solo grupo) habría respondido a un test de este tipo, especialmente si se toma en cuenta que el principio de igualdad es de cumplimiento progresivo.

### **Comentario personal**

La decisión adoptada por la Sala Superior favorece, sin duda, el propósito de las acciones afirmativas, a saber: la satisfacción del principio de igualdad, en tanto que maximiza las posibilidades de que determinadas personas pertenecientes a más de un grupo en condiciones de vulnerabilidad alcancen una curul y, por ende, la sociedad esté mejor representada.

En general, las razones ofrecidas por la Sala son aceptables (con la excepción de la apelación al principio *pro persona*), ya que, efectivamente, 1) era necesario hacer efectiva la finalidad de las acciones afirmativas, que no es otra que la satisfacción del principio de igualdad; 2) gracias a la interpretación dada en la sentencia, el principio de representación política se ve favorecido si se lo compara con el acuerdo impugnado; 3) derivado de lo anterior, el derecho al sufragio efectivo tiene mayores posibilidades de ser satisfecho; y 4) la identidad de la persona no puede salir de la ecuación.

Con todo, existe un pequeño desacuerdo entre la mayoría y el magistrado Fuentes Barrera, con respecto a la primera de las razones que conviene comentar. Ambas posturas están de acuerdo en que el derecho político en juego debía maximizarse a través de una interpretación del acuerdo impugnado que resultara acorde con los fines que persiguen las acciones afirmativas. La cuestión es determinar si el *principio pro persona* era o no la mejor razón a favor de dicha maximización. A mi juicio, no. El principio *pro persona*, tal y como yo lo entiendo, es en realidad una meta-principio (o una carga de la argumentación en la terminología de Robert Alexy) que tiene lugar cuando, por ejemplo, se presenta un empate en un ejercicio de ponderación, o cuando la regla-resultado de la ponderación no resulta aplicable para un nuevo caso.<sup>1</sup>

En efecto, en este caso la fundamentación de la decisión no tendría que haber pasado por el principio *pro persona*, a menos de que se tuvieran buenas razones para no aplicar algún precedente del tribunal o a menos de que se hubiera presentado una colisión de principios en la que se hubiera dado un empate. Ninguna de las dos cosas ocurrió.

Desde mi punto de vista, la sugerencia del magistrado Fuentes Barrera de utilizar un *test* de progresividad constituye una condición suficiente pero no necesaria para fundamentar la decisión. Es decir, es un camino posible pero no es el único ni necesariamente el más claro. A mi juicio la metodología sugerida en el voto concurrente es poco clara sobre todo en la parte en la que se responde de forma un tanto mecánica a la pregunta de cómo maximizar el derecho que se desea proteger; en el voto se contesta: “buscando que un mayor número de personas de esos grupos puedan ejercer ese derecho”. Como se ve, esta respuesta, además de ser obvia, coincide con la de la mayoría, por lo cual la única diferencia entre ambas soluciones es que el *pro persona* no sirve para maximizar pero el test de progresividad sí.

---

<sup>1</sup> Véase: Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, N° 1 – 2010, p. 4. Sobre la carga de la argumentación, véase: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienmza e Isabel Espejo, 2ª., ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 191 y ss.; y Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 225-238.

Concuero con el magistrado en el sentido de que el principio *pro persona* no necesariamente se satisface a partir de un criterio estrictamente cuantitativo, pero difiero con él cuando afirma que dicho principio no sirve para maximizar. Si bien en este caso no tiene aplicación, ello no significa que en otros casos no ayude a maximizar. Piénsense, por ejemplo, en un desempate en una ponderación a través de la aplicación del principio *pro persona*. En estos casos se puede hablar con propiedad de maximización.

En fin, la fundamentación del fallo podría haberse orientado a partir de un argumento teleológico, es decir, analizando cuál es el fin de las acciones afirmativas en el contexto del problema planteado. La respuesta, bastante obvia por lo demás, habría sido que el principio de igualdad queda satisfecho de mejor manera si se atiende no solo a un mayor número de casos, sino sobre todo a la variedad de posibilidades de representación de personas que pertenecen distintos grupos en situación de vulnerabilidad.

Entiendo que las diferencias entre las tres posturas aquí comentadas (la del fallo, la del voto y la mía) pueden ser sutiles. Sin embargo, nunca está demás recordar la máxima de Guillermo Ockham según la cual si para explicar un fenómeno determinado tenemos dos o más hipótesis, lo más razonable es aceptar la más simple, es decir, la que presenta menos supuestos no probados.