

Ajustes jurisdiccionales por razón de género en las listas de representación proporcional. Una acción afirmativa judicial*

*Judicial adjustments in party-lists on the basis of sex.
A judicial affirmative action*

Rafael Cruz Vargas (México)**

Fecha de recepción: 25 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 25 de agosto de 2020.

RESUMEN

El objetivo de hacer efectivos los derechos político-electorales de las mujeres, particularmente el de acceso a cargos de elección popular, ha llevado a la implementación de acciones afirmativas adicionales a las legislativas y reglamentarias en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Esta labor se concibe como una creación normativa judicial, cuyo análisis presenta problemáticas en los ámbitos argumentativo e institucional, desde una perspectiva de su corrección jurídica y del rol del TEPJF en el sistema de división de poderes. Por ello, se propone un análisis a partir de tres sentencias consideradas clave en el andamiaje de esta acción afirmativa de orden judicial.

PALABRAS CLAVE: igualdad, paridad de género, acción afirmativa, argumentación jurídica, división de poderes, activismo judicial.

* Este texto forma parte de la tesis del autor para obtener el título de máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.

** Abogado especialista en Juicio de Amparo por la Universidad Panamericana y máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. rafaelcruz@strategiaelectoral.mx.

ABSTRACT

Guaranteeing women's political rights, particularly the right of being elected to public office has produced the necessity of implementing affirmative actions different from legislative and or administrative ones through judicial action by the Mexican Electoral Court of the Federal Judiciary. This activity is conceived as normative judicial creation. Analyzing this circumstance presents problematics at an argumentative and institutional level from a perspective of legal correction and the roll that the Electoral Court seeks to play in the checks and balances system. This essay proposes an analysis through the study of three key sentences in the legal development of this judicial affirmative action.

KEYWORDS: equality, gender parity, affirmative action, legal argumentation, checks and balances, judicial activism.

Planteamiento del problema

El desarrollo de la democracia mexicana ha impuesto la necesidad de implementar una serie de acciones afirmativas en favor de la participación política de las mujeres, particularmente las llamadas cuotas de género, consistentes en la exigencia a los partidos políticos, establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) o la ley, de postular un mínimo determinado de candidaturas femeninas en los comicios en que participen y, con ello, fomentar la ocupación de cargos de elección popular por mujeres.

Actualmente, tanto la CPEUM como la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y la Ley General de Partidos Políticos obligan a los partidos a postular mujeres en 50 % de las candidaturas en una elección, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional. Cabe mencionar que en México existe un sistema electoral mixto.

De la representación proporcional, se exige que las listas se integren de manera alternada, de modo que a la candidatura de un género le tiene que seguir una del género opuesto, por lo que está prohibido enlistar dos candidaturas del mismo género consecutivamente. Entonces, luego de la aplicación de la fórmula determinada por la ley para la asignación de cargos por este principio electivo, aplicable para los órganos legislativos federales y locales, así como para los ayuntamientos en los municipios, se lograría una integración cercana a la paridad.

Ahora bien, en muchas ocasiones, a pesar de estas acciones afirmativas, es posible que la elección no resulte en una integración paritaria o cercana a la paridad entre los géneros, sino en una mayoría significativa a favor de uno por diversos factores, como el número de curules o cargos asignados a cada partido político o las victorias obtenidas por mujeres y hombres por el principio de mayoría relativa, entre otros. En este sentido, se pueden verificar tres escenarios distintos, en los que la elección resulta en:

- 1) Una integración paritaria (50 % hombres y 50 % mujeres).
- 2) Una elección cercana a la paridad.
- 3) Una mayoría marcada o significativa a favor de uno de los géneros.

De inicio, surge una problemática derivada de la falta de concreción respecto de la directriz constitucional de la paridad, pues pareciera que la exigencia se enfoca únicamente en la postulación de candidaturas por parte de los partidos políticos, mas no se dice nada respecto de la integración de los órganos colegiados de elección popular (los poderes ejecutivos federal y locales quedan excluidos al ser unipersonales); entonces, ¿esa paridad en las candidaturas debe traducirse en una paridad en la integración del órgano? En dado caso, ¿esta paridad debe ser total o parcial, es decir, es admisible una integración cercana a la paridad (escenario 2)? Finalmente, si el resultado de una elección en la que a pesar de que se cumplieron las medidas previstas legal, constitucional y reglamentariamente es el de una integración marcada o significativamente mayoritaria en favor del género masculino, ¿cuál es el curso que se debe seguir?, ¿es aceptable tolerar esta diferencia o se debe corregir? En este último caso, ¿cómo debe corregirse?

En la línea jurisprudencial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) analizada, se identifican las siguientes respuestas:

- 1) La paridad en la postulación de las candidaturas, para hacer efectivo el principio de igualdad, debe traducirse en la integración de los órganos colegiados de elección popular.
- 2) Cualquier integración con mayoría del género femenino no solo es tolerable, sino, además, encomiable.
- 3) En cambio, ante una mayoría en favor del género masculino, se debe analizar la posibilidad de realizar los ajustes adecuados para reducirla, a fin de conseguir la paridad total, o bien lo más cercana a esta.

En virtud del último punto, el TEPJF ha estimado procedente efectuar las sustituciones necesarias en el orden de las listas de candidaturas postuladas por los partidos políticos por el principio de representación proporcional, a fin de reducir la diferencia en el número de integrantes de cada género. Así, el objeto de este trabajo es evaluar la pertinencia de tales ajustes, la argumentación vertida por el órgano jurisdiccional electoral para justificar su efectuación y el modo de llevarlos a cabo, en razón, particularmente, de los siguientes aspectos:

- 1) ¿Cuál es el porcentaje máximo de la integración que puede ocupar el género masculino?
- 2) ¿Dicho porcentaje se abstraigo conforme a criterios objetivos?
- 3) ¿Cuáles son los criterios para determinar qué lista debe ser objeto de ajustes?

Esta práctica, vertida a partir de una línea jurisprudencial sutilmente demarcada por el TEPJF, pretende ser abordada desde distintas aristas: por un lado, la naturaleza de las acciones afirmativas de género y la viabilidad de su creación jurisdiccional y, por otro, sus posibles efectos en principios como la certeza electoral y la efectividad del sufragio. Para ello, se ofrece un marco introductorio del sistema electoral mexicano, a fin de ilustrar los aspectos generales de la representación proporcional y la forma de asignación de los cargos o curules conforme a este principio electivo, para luego pasar al análisis de cuatro sentencias, en las que se advierten los posibles extremos de la práctica jurisdiccional respecto a realizar sustituciones en las listas de candidaturas, a efectos de que los órganos de elección popular queden integrados de forma paritaria (procedencia de los ajustes, improcedencia de los ajustes por paridad cercana a la total o improcedencia del ajuste por afectar a una persona perteneciente a otra minoría o grupo excluido), de entre las cuales se atenderán dos criterios contradictorios en cuanto al modo en el que debe operar la sustitución y, finalmente, se rea-

lizará una propuesta de reforma legislativa, a fin de arrebatar esta facultad al órgano jurisdiccional, pues, de esta manera, se ofrece mayor certeza al respecto, atendiendo a la última reforma a la Constitución, de mayo de 2019, en la que se exige necesariamente la paridad en las candidaturas a todos los cargos de elección popular. Sin embargo, aún queda la duda acerca de la integración final de los órganos legislativos y los ayuntamientos.

Marco introductorio.

La representación proporcional en México

En el Estado constitucional actual es fundamental el establecimiento de mecanismos de control y de racionalización del poder, no solo en lo que respecta a la actuación de los representantes populares, sino también en procesos de su elección, en los que tienen cabida los sistemas electorales (Solorio 2008).

En la terminología de Dieter Nohlen,

los sistemas electorales determinan las reglas a través de las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas y mediante las cuales *es posible convertir los votos en escaños* parlamentarios (en caso de elecciones legislativas) o en cargos de gobierno (en caso de elecciones para presidente, gobernador, alcalde, etc.) (Nohlen 2012, 3).[§]

Siguiendo con el mismo autor, en cuanto a la conversión de escaños se debe tomar en cuenta la regla de decisión, es decir, la regla según la cual “se decide quiénes son los ganadores y quiénes son los perdedores en una elección” (Nohlen 2012, 12), que se distingue entre la regla mayoritaria —en sus versiones de mayoría absoluta y relativa— y la regla proporcional.

En el caso de la regla mayoritaria, la adjudicación de los escaños depende de que un candidato obtenga la mayoría de los votos exigida, ya

[§] Énfasis añadido.

sea de carácter relativo o absoluto. Se le conoce como sistema de todo o nada, pues solo se toma en cuenta en la adjudicación a los vencedores de la elección, cancelando cualquier efecto de la votación emitida en favor del resto de las opciones políticas.

En el caso de la regla proporcional o sistema de representación proporcional, la adjudicación de escaños resulta del porcentaje de votos que obtienen las distintas candidaturas o partidos; es decir, de la proporción que representa cada opción política en relación con el universo de votos que se emitieron en la elección. A diferencia del sistema de mayoría, en el que la votación en favor de las opciones perdedoras carece de cualquier efecto, “aquí se otorga —al menos de manera aproximada— un mismo valor de logro a cada voto” (Nohlen 2012, 13). Entre los diferentes procedimientos existentes para poder efectuar el cálculo de la proporción que representa cada candidatura o partido político, se encuentra el de cociente, mediante el cual se establece un cociente electoral o una cuota mínima de votos para obtener un escaño —calculado a partir de la división del total de la votación emitida entre el número de escaños a adjudicar—. De esta manera, a cada partido se le atribuyen tantos escaños como el número de veces que cabe el cociente en el total de los votos obtenidos.

En México, para las elecciones parlamentaria y municipal,¹ se ha adoptado un sistema mixto o paralelo, en el que una parte de los escaños se distribuye en circunscripciones uninominales conforme a las reglas de mayoría relativa y de representación proporcional sobre la base de listas, por lo que el resultado total de la elección se conforma a partir de dos resultados parciales separados (Nohlen 2012, 43). Aunado a la elección que se lleva a cabo en cada distrito electoral o en cada municipio, se presenta una lista adicional de acuerdo con la regla proporcional.

¹ La elección de los poderes ejecutivos federal y de las entidades, al ser unipersonal, se lleva a cabo conforme a la regla de mayoría relativa.

El sistema de representación proporcional implementado en México puede analizarse a partir de las siguientes características (Nohlen 2012, 43): fórmula electoral, circunscripción electoral, forma de presentación de candidaturas y bases constitucionales y restricciones legales.

- 1) **Fórmula electoral.** Se combinan las fórmulas de cociente electoral y resto mayor. El cociente electoral es el resultado de una división, que tiene como dividendo el total de votos válidos y como divisor, el número de puestos de representación proporcional que se asignan ($\text{votos válidos} \div \text{número de cargos} = \text{cociente natural}$) y se determinará el número de cargos para cada partido según el resultado de dividir el monto de los votos obtenidos entre el cociente ($\text{votación obtenida} \div \text{cociente natural} = \text{curules por partido}$), precisamente para calcular cuántas veces cabe el cociente en el total de votos obtenidos.

Si luego de aplicar el cociente electoral quedaran curules por distribuir, se utilizará el método del resto mayor, es decir, el remanente más alto de entre los restos de las votaciones de cada partido político.

- 2) **Circunscripción electoral.** Se trata del ámbito territorial que abarcará la elección. En el ámbito federal, la circunscripción para elegir a diputados y senadores es distinta:
 - a) **Diputados.** Los de representación proporcional se eligen en cinco circunscripciones electorales.
 - b) **Senadores.** Los elegidos por este principio resultan de una sola circunscripción nacional.

En el caso de las entidades federativas, la práctica general es que las diputaciones locales se elijan de una sola circunscripción estatal.

- 3) **Presentación de las candidaturas.** En el caso de la representación proporcional, las candidaturas se postulan mediante listas cerradas y bloqueadas por cada circunscripción, lo cual significa que el electorado no puede modificar los nombres que las integran ni el orden de prelación en que se presentan.

A partir de estas listas, se selecciona a las personas que pasarán a integrar el órgano de elección popular, empezando por los primeros nombres de la lista (por ser bloqueadas y cerradas).

- 4) Bases constitucionales y restricciones legales. Una de las instituciones que afectan en mayor medida el grado de representatividad y gobernanza democrática es precisamente el sistema electoral (Reynolds, Reilly y Ellis 2005). Si bien la doctrina moderna ha asociado la representación proporcional con la protección de las minorías parlamentarias (Solorio 2008), pues por esta vía acceden a cierto grado de representatividad a pesar de no constituir la fuerza política mayoritaria, también es cierto que es una vía de acceso a la representatividad de otro tipo de minorías (de género, étnica, socioeconómica, etaria, educativa, etcétera) en los procesos de toma de decisiones (Norris 2006).

El objeto principal de la representación proporcional es, entonces, mermar la representación de la mayoría, entendida en cualquiera de sus sentidos, dando cabida a la diversidad, de manera que los órganos de elección popular sean un reflejo lo más fiel posible de la pluralidad presente en las sociedades actuales.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, particularmente al resolver la acción de inconstitucionalidad 6/98, atendiendo más bien a la lógica de la protección de minorías parlamentarias, determinó que el principio de representación proporcional persigue como objetivos primordiales (Solorio 2008): la participación de todos los partidos políticos en la integración del órgano legislativo, según su representatividad; una representación aproximada al porcentaje de votación total de cada partido; evitar un alto grado de sobrerrepresentación de los partidos dominantes; garantizar de forma efectiva el derecho de participación de las minorías, y evitar los efectos extremos de la voluntad popular derivados del sistema de mayoría relativa, aspectos que luego denominó como bases constituciona-

les de la representación proporcional,² mismas que han servido de criterio uniformador para evaluar la constitucionalidad de la regulación de las entidades federativas.

Actualmente, conforme a la evolución legislativa y jurisprudencial, se podrían añadir dos bases más: evitar que las minorías políticas se encuentren subrepresentadas y el mayor respeto posible a la paridad de género, tanto en la postulación de candidaturas como en la integración de los órganos de elección popular (congresos y ayuntamientos); es decir, en un avance para la concepción de la representación proporcional como mecanismo de inclusión de minorías, no como fuerzas políticas o ideológicas, sino como grupos excluidos, iniciando el reconocimiento con el grupo de las mujeres, en el entendido de que su presencia puede favorecer la transformación de la agenda política sin considerar el origen partidista (Johnson-Myers 2017), así como la pertenencia a un grupo o clase (Saba 2016).

*Acciones afirmativas de género.
Ubicación en la tipología de normas, implementación
en el sistema electoral mexicano y ajuste jurisdiccional
por razón de género en las asignaciones
de representación proporcional*

Para abordar conceptualmente las acciones afirmativas en general, y las acciones afirmativas por razón de género en particular, es pertinente elaborar una orientación previa en lo relativo al principio de igualdad y su tránsito de la igualdad formal a la igualdad sustancial o material. Para ello, resultan ilustrativos los cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias propuestos por Luigi Ferrajoli (2014), a partir de los cuales describe las cuatro posturas que ha adoptado el derecho positivo en relación con las diferencias presentes en una sociedad plural.

² En la jurisprudencia P./J. 69/98, de rubro MATERIA ELECTORAL. BASES GENERALES DEL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL.

El primero de los cuatro modelos es la indiferencia jurídica de las diferencias. El derecho, en este caso, simplemente ignora las diferencias, no ofrece ningún tipo de valoración positiva ni negativa al respecto; no vela por su protección y mucho menos reconoce derechos u obligaciones específicos con fundamento en ellas. En este contexto libérrimo, en el que las diferencias se dejan a la autordenación, la consecuencia natural es que esta ordenación se dé en virtud de relaciones de fuerza y los grupos débiles queden sujetos al poder de los más fuertes.

El segundo modelo es el de la diferenciación jurídica de las diferencias, cuya expresión resulta en la jerarquización de las distintas identidades, pues si bien las diferencias son reconocidas por el derecho, se hace en función de la valorización de unas para la desvalorización de las otras. Tiene expresiones radicales como los autoritarismos supremacistas y también manifestaciones más sutiles por medio de la sanción de las diferencias como desigualdades, es decir, como fuente de privilegios y discriminaciones encubiertos.

Posteriormente, Ferrajoli describe como tercer modelo la homologación jurídica de las diferencias. Por una asunción totalizante, las diferencias ya no son valorizadas ni desvalorizadas, sino desplazadas o reprimidas. Por el afán de neutralizar las diferencias y subsumirlas en una supuesta identidad, se reconocen iguales derechos a todas las personas, ignorando cualquier dato de pertenencia a un grupo que pudiera dar lugar a particularidades.

Finalmente, el autor presenta un cuarto modelo: la igual valoración jurídica de las diferencias. Este es presentado como el modelo ideal, basado en un principio de igualdad en el reconocimiento de derechos que se complementa con un sistema de garantías suficientes para asegurar su efectividad. Se trata de un reconocimiento de las diferencias que, además, propugna su tutela y protección, pues se les valoriza. En sus propias palabras,

reconoce todas [las identidades presentes en una sociedad] y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya

concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás (Ferrajoli 2014, 76).

El cuarto se distingue del tercer modelo, pues no tiene este ánimo neutralizador o uniformador de las diferencias, sino que atiende a cada una a partir de sus propias particularidades —trato igual no significa trato idéntico (Saba 2016)—, ofreciendo en el trato a cada persona la consideración de todos aquellos rasgos que la hacen diversa y aquellos que la hacen como todas las demás.

En tanto sea una auténtica norma jurídica, siempre cabe la posibilidad de que esta concepción de la igualdad sea violada, por lo que se debe acompañar de las garantías que aseguren su efectividad. Las garantías de igualdad se pueden clasificar en negativas o de conservación de la igualdad (como valoración igual de las diferencias) y en positivas o de transformación en aquellas situaciones en las que se asuma la necesidad de remover discriminaciones por la simple pertenencia a un grupo.

En general, Ferrajoli define las garantías en los siguientes términos:

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional [...] las garantías liberales [...] consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales [...] consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen (Ferrajoli 2014, 25).

Sin embargo, dicha clasificación resulta insuficiente para considerar aquellas garantías que requieren de una acción positiva de remoción de obstáculos o barreras inherentes al ejercicio de los derechos fundamentales por la simple pertenencia a un grupo. En este sentido, la anulación

o invalidación y la coerción o sanción de actos u omisiones del Estado simplemente no bastan ante situaciones de sujeción o exclusión de un grupo, sino que resulta necesaria la implementación de medidas positivas destinadas a facilitar su acceso a personas que, por su pertenencia a un grupo identitario, *prima facie*, están impedidas para ello.

Como bien refiere Roberto Saba (2016), en las sociedades existen personas que padecen barreras para acceder a ciertos empleos, funciones, actividades y espacios físicos, o a la práctica del autogobierno, dada una situación de sometimiento (o exclusión) impuesta por el simple hecho de pertenecer a determinados grupos. En tales casos, las garantías liberales y sociales, como las describe Ferrajoli, no son suficientes para una igualdad efectiva, puesto que la causa se encuentra en un contexto prejurídico o extrajurídico de exclusión social o de sometimiento de estos grupos, surgida de arraigadas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias.

Así pues, si solo se limitara al cuarto modelo ferrajoliano, en el que existe reconocimiento, valorización, tutela y protección de las diferencias, a tal grado que se debe procurar su afirmación y autodesarrollo, y, en conjunto con su clasificación de las garantías, se asumiera que para hacer efectiva esta noción de igualdad el Estado debe anular y sancionar aquellas medidas que la violen, lo único que parece dejar en claro este criterio es que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas, siempre y cuando lo haga de forma no arbitraria, es decir, conforme a ciertos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en reconocimiento de sus particularidades (Saba 2016).

En ese orden de ideas, la cuestión central ya no es tanto la relación que guarda el derecho frente a las diferencias, un planteamiento parcialmente resuelto a partir del cuarto modelo ya explicado, sino que se refiere a la validez constitucional de los criterios escogidos para efectuar distinciones entre personas. Al ubicarse en el cuarto modelo de Ferrajoli, se atiende correctamente la necesidad de que el derecho reconozca las diferencias, las tutele y las proteja. Sin embargo, es en la transición hacia la efectividad de

esa concepción de la igualdad como norma (principio regulativo) cuando parece que las garantías propuestas por él no tienen los alcances suficientes, pues ya no se trata solo de que las distinciones se hagan de forma no arbitraria (reconociendo las diferencias), sino de analizar los criterios de distinción para verificar si se perpetúa o no una situación de exclusión y, en caso de hacerlo, pasar a la remoción de aquellas barreras u obstáculos estructurales (socioculturales, económicos o de cualquier otra índole) que impiden a las personas que pertenecen a determinados grupos el ejercicio pleno de sus derechos.

Es por esa razón que se requiere visitar los modelos de Ferrajoli y su suficiencia respecto a la identificación del carácter estructural o sociológico de las barreras y los obstáculos que enfrentan ciertos grupos en el ejercicio de sus derechos y en las medidas a implementar para su remoción, pues aparece la necesidad de un vínculo al poder público todavía mayor que el que suponen las garantías típicas, el cual resulte en una acción positiva de carácter transformativo (estructural).

Ahora surge la cuestión de cómo identificar a estos grupos que sufren una desigualdad estructural. Siguiendo a Owen Fiss (1976), al momento de analizar restricciones legales o administrativas relativas al acceso al ejercicio de derechos, de espacios o servicios que pudieran imponerse a partir de criterios inocentes (*facial innocent criteria*), el resultado material es la perpetuación de una discriminación previa en contra de algún grupo (o algunos grupos) en particular. En este sentido, se ofrecen los siguientes elementos para poder identificarlos:

- 1) Se encuentran en una situación de discriminación o exclusión.
- 2) La situación de discriminación o exclusión no se supera con medidas neutrales, puesto que estas no hacen más que perpetuarla.
- 3) Para superar la situación de discriminación o exclusión se requiere la transformación del contexto social en que viven.

Fiss usa como ejemplo el acceso a la universidad de las personas de raza negra; sin embargo, el ejemplo pertinente para el presente trabajo es el del acceso a los cargos públicos de elección popular de las mujeres. Hay que pensar en una constitución y una ley que exijan a los partidos políticos respetar la igualdad entre el hombre y la mujer en la postulación de sus candidaturas; en cumplimiento, dichos partidos abren sus convocatorias a las elecciones internas para mujeres y hombres, y, como criterio de selección, escogen la elección por la militancia y en el resultado se elige una gran mayoría de hombres. En una perspectiva individualista de la igualdad, los partidos podrían argumentar que nunca implementaron una medida explícitamente discriminatoria y que el criterio de selección es completamente imparcial y no toma en consideración el género de las y los participantes.

De acuerdo con esta comprensión, pareciera que la baja participación de la mujer en la política en realidad no tiene solución, pues, aun implementando medidas neutrales (inocentes), las candidaturas siguen siendo ocupadas por hombres. Se puede observar que su exclusión no se debe a un reconocimiento o desconocimiento, una valorización o desvalorización por parte del derecho, sino que encuentra una raigambre más profunda de tintes sociológicos. Por lo tanto, es posible identificar a las mujeres (entre otros grupos, indígenas, diversidad sexual, personas con discapacidad, etcétera) como un grupo en situación de desigualdad estructural,³ pues enfrentan barreras sociológicas (prejurídicas y extrajurídicas) para el ejercicio de sus derechos por el mero hecho de pertenecer a este.

Esta perspectiva de la desigualdad de grupos la asume Catherine Alice MacKinnon, al sostener que

la prohibición de la discriminación por sexo aspira a *eliminar la inferioridad social* de un sexo respecto del otro y a *desmantelar la estructura social* que sostiene una serie de prácticas que, en términos de Owen Fiss, se

³ Grupos sojuzgados, en palabras de Roberto Saba, o desaventajados, en las de Owen Fiss.

acumulan sobre las mujeres “desaventajadas” (MacKinnon citado en Saba 2016, 49-50).[§]

MacKinnon atina al señalar que la aspiración última es la de eliminar cualquier inferioridad social y dismantelar la estructura que sostiene prácticas que se acumulan sobre los grupos desaventajados. Por tal motivo, las acciones afirmativas se constituyen como garantías transformativas necesarias para hacer efectivo el mandato de igualdad (Ginsburg 1979). En efecto, la justificación básica para la implementación de las acciones afirmativas es la de compensar a los grupos por los daños sociales (*societal wrongdoings*) cometidos en su contra. La sumisión histórica a la que han sido sometidos es razón suficiente para su implementación (Galinsky 2004), pues no solo combate la discriminación en sí misma, sino que sienta las bases para la eliminación de sus efectos.

Según Isabel Torres, las acciones afirmativas

Establecen medidas temporales encaminadas a favorecer a determinados grupos de personas, con el propósito de corregir discriminaciones o desigualdades que resultan de los sistemas sociales, políticos o económicos (Torres 2008).

A partir de esta definición, se desprende que son beneficios reconocidos en favor de personas pertenecientes a determinados grupos que han sufrido una discriminación o desigualdad histórica, que resultan del contexto social, político, económico, cultural, etcétera. Son verdaderos privilegios de grupo otorgados con el objeto de corregir o dismantelar una situación (generalizada) de discriminación. Su particularidad quizá radica en que se usan los mismos criterios históricamente utilizados para perpetuar situacio-

[§] Énfasis añadido.

nes de desventaja, pero ahora utilizados para su desmantelamiento (como lo ha dicho la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-115/17).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Superior del TEPJF, en su tesis de jurisprudencia 11/2015, en la cual señaló que los elementos constitucionales de las acciones afirmativas tienen las siguientes propiedades:

- 1) Objeto y fin. Hacer realidad la igualdad material y, por tanto, compensar o remediar una situación de injusticia, desventaja o discriminación.
- 2) Destinatarias. Personas y grupos en situación de vulnerabilidad, desventaja o discriminación para gozar y ejercer efectivamente sus derechos.
- 3) Conducta exigible. Abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria.

Ahora bien, Ruth Bader Ginsburg (citada en Galinsky 2004), mediante su labor como abogada postulante ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y como jueza del mismo órgano, ha desarrollado algunos de los estándares de validez constitucional de las acciones afirmativas, pues, al configurar un trato diferenciado, debe estar plenamente justificado.

En primer lugar, tiene que evitarse la simulación por medio de un falso beneficio otorgado con motivo de la pertenencia a un grupo en desigualdad estructural que, en realidad, perpetúa prejuicios sociales con relación al grupo (*masquerade test*). Asimismo, su interpretación debe realizarse en beneficio de su implementación, pues, contrario a otros tratos diferenciados, en los que los criterios son utilizados en perjuicio de grupos en desigualdad estructural, en estos casos el beneficio se otorga a fin de ofrecer mejores condiciones para el ejercicio pleno de los derechos de sus integrantes. Finalmente, propone un test o análisis de pertinencia⁴ y tiene que llevarse a cabo en dos sentidos: por un lado, respecto de su pertinencia al

⁴ Este término fue utilizado por la Sala Superior al ordenar al Congreso de Hidalgo adoptar acciones afirmativas para hacer efectiva la postulación de personas con discapacidad a cargos de elección popular. "Ello, después de un análisis de pertinencia" (SUP-JDC-1282/2019, 43).

caso en concreto y, por el otro, una pertinencia temporal, atendiendo a la persistencia o no de la necesidad de su empleo, pues, como ya se vio, estas acciones son, por naturaleza, medidas transitorias.

Si se consideran todas estas circunstancias, es posible abordar la ubicación de las acciones afirmativas en la tipología de las normas jurídicas. De acuerdo con Manuel Atienza y Ruíz Manero (1996), las normas jurídicas se pueden clasificar en reglas y principios, y estos se subclasifican en principios en estricto sentido o regulativos y directrices. Cabe resaltar que, de acuerdo con estos autores, en el ordenamiento jurídico conviven las reglas y los principios sin jerarquizarse de manera propia, pero sí en cuanto a que los segundos normalmente subyacen u otorgan un sentido a las primeras.

En la terminología de Raz (1975), las reglas ofrecerían razones protegidas o excluyentes para la acción —las que, en principio, excluyen la deliberación para el destinatario— y los principios, razones subyacentes o de primer orden —(admiten conflicto con otras razones que tendrán que ser ponderadas para la solución del caso— (Ródenas 2012).

En los términos de esta clasificación, combinando la terminología de Ferrajoli, se podrían ubicar las acciones afirmativas en el catálogo de las reglas que operan como garantías del principio de igualdad. Por ahora solo se entablará este marco conceptual, pues las implicaciones de esta afirmación serán tratadas en apartados posteriores. Por el momento, únicamente es pertinente rescatar que las acciones afirmativas son garantías del derecho a la igualdad (estructural), pero que adoptan la forma de reglas y, por lo tanto, deben ser aplicadas como tales.

Ahora bien, queda claro que en materia político-electoral se tiene una deuda histórica con las mujeres, particularmente en lo que se refiere a su acceso a los cargos públicos de elección popular. Basta con observar los siguientes datos del caso mexicano (Strategia Electoral 2017). Esta desigualdad puede derivar de muchas causas, como la autoexclusión de las mujeres, los estereotipos, la dominancia masculina en los partidos políticos, la

concentración de recursos en manos de los hombres, etcétera (Gilas 2014), todas propias de la desigualdad estructural: prejurídicas y extrajurídicas. Como remedio de lo anterior, la acción afirmativa por excelencia aplicada en la materia electoral ha sido la cuota de género, misma que ha tenido una evolución histórica progresiva en cuanto a su intensidad, necesaria por el constante incumplimiento de los partidos políticos:

Según Michael Krennerich,

las cuotas son un mecanismo legal que implica reservar para los representantes de un grupo en particular un determinado número de candidaturas, escaños, puestos, etcétera. En el ámbito de la participación política, las cuotas de género buscan elevar el porcentaje de mujeres en el Parlamento o alcanzar el equilibrio de género y establecen una participación mínima de candidatas en las elecciones (Krennerich citado en Gilas 2014, 39).

De acuerdo con información del Instituto Nacional Electoral (2018), en 1993 se reformó el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, pero únicamente se conminaba a los partidos políticos a promover la participación política de las mujeres. Luego, en 1997 se estableció como tal una cuota consistente en, al menos, la postulación de 30 % de las candidaturas a favor de mujeres (sin sanción en caso de incumplimiento). En 2002, ante las estrategias de los partidos políticos para incumplir con la cuota, pues colocaban a las mujeres en calidad de candidatas suplentes, se obligó a que 30 % de candidaturas femeninas debía entenderse en calidad de propietarias y, además, en las listas de representación proporcional se exigió la colocación de una mujer por cada tres hombres. Finalmente, en 2014 se elevó a rango constitucional la obligación de la paridad en la postulación de las candidaturas (50/50), cuyo incumplimiento tiene como consecuencia la modificación del registro que soliciten los partidos políticos o, en su caso, la cancelación de la candidatura registrada —marco normativo vigente a la realización de este artículo—.

Debido, de nuevo, a las distintas estrategias evasoras de los partidos políticos, ha sido necesario desarrollar diversos mecanismos de defensa de la garantía, como la llamada paridad vertical, que obliga a los partidos a presentar en sus listas por representación proporcional candidaturas intercaladas por género (H-M-H-M, y así sucesivamente); la paridad horizontal, que exige a los partidos que en las elecciones por mayoría relativa registren candidaturas femeninas en sus distritos más competitivos, pues ocurría que eran postuladas para competir en comicios con pocas probabilidades de éxito, lo cual hacía imposible su acceso real a un cargo de elección; la obligación de los partidos de encabezar sus listas por representación proporcional con candidaturas femeninas, y, por último, la compensación de la disparidad surgida de la elección por mayoría relativa mediante ajustes directos o inmediatos en las listas de candidaturas por representación proporcional.⁵

Ahora bien, en el contexto de aquellos casos en los que la legislación y las disposiciones administrativas se han limitado a llevar su proceso electoral conforme a las acciones afirmativas relativas a la cuota constitucional (50 % de candidaturas de mujeres), ha sucedido que, a pesar de su implementación, no se logra la integración paritaria de los órganos colegiados de elección popular (congresos y ayuntamientos), sino que resultan con una marcada mayoría masculina.

En tales casos, el TEPJF ha llegado al extremo de remover candidaturas masculinas declaradas electas por el principio de representación proporcional, para sustituirlas por candidaturas femeninas y así alcanzar la integración paritaria. Los argumentos centrales en favor de esta práctica son, básicamente, los siguientes:

⁵ Esta es la medida más intensa hasta el momento. Tuvo su origen en lineamientos administrativos emitidos por los institutos electorales de varias entidades federativas, entre ellas, Nuevo León y Zacatecas.

- 1) Las mujeres conforman un grupo situado históricamente en condición de desventaja frente al colectivo masculino, situación que tiene un impacto en el ejercicio del derecho de las mujeres al acceso a cargos públicos de elección popular.
- 2) En ese sentido, son válidos y necesarios el establecimiento y la implementación de acciones afirmativas en favor de las mujeres, que sirvan de base para fomentar su participación en la vida política y para hacer realidad el ejercicio de este derecho.
- 3) Esa cuota de género debe generar sus efectos no solo en el registro de la lista de candidaturas, sino también en la asignación de escaños de representación proporcional. Luego, corresponde a los operadores de la medida vigilar y procurar su efectividad.
- 4) Al momento de efectuar las asignaciones por representación proporcional, la autoridad debe aplicar la perspectiva de género, conforme a la cual quien juzga está obligado a tomar en consideración las barreras de contexto sociocultural que han enfrentado las mujeres en el ejercicio y goce de sus derechos, así como a realizar un ejercicio de deconstrucción de la forma en la que se ha interpretado y aplicado el derecho.
- 5) Las acciones afirmativas previstas en la ley no han sido efectivas para conseguir que los órganos de elección popular se integren de forma paritaria; entonces, resulta necesario ajustar el orden de prelación de las listas registradas por los partidos y hacer las sustituciones suficientes para lograr la paridad en los casos en que no se alcance por otros medios, lo cual tiene como efecto derribar los obstáculos que generan la desigualdad de oportunidades de acceso a los cargos de elección que históricamente ha afectado a las mujeres.
- 6) Si bien los ajustes en la prelación de las listas registradas por los partidos políticos para la asignación de candidaturas por representación proporcional constituyen una afectación al derecho de autorganización partidista, este se encuentra sujeto a la observancia del principio de igualdad.

Como se puede observar, el TEPJF, materialmente, ha creado una acción afirmativa adicional, consistente en efectuar los ajustes necesarios en la asignación de escaños de representación proporcional efectuada por la autoridad administrativa electoral, a fin de que la paridad de género trascienda a la integración de los órganos colegiados de elección popular, como son los congresos federal y locales y los ayuntamientos, ante la insuficiencia de las que se pudieran haber establecido previamente mediante actos legislativos o administrativos.

Alcances y límites del ajuste jurisdiccional en razón de género. Tres casos

Previamente al análisis de los casos seleccionados para la evaluación argumentativa y de corrección de esta figura, se hará una pausa para conceptualizar las normas de origen judicial. De acuerdo con Aguiló (2015), las sentencias de un órgano jurisdiccional pueden ser vistas como resultados institucionales o como documentos normativos. En el primer caso, las sentencias encajan como resultado de lo que se conoce como actos jurídicos, mismos que presuponen una regla que confiere poder a ciertos sujetos para producirlas (los jueces); son declaraciones de la voluntad de los titulares del poder conferido por la norma y su eficacia se reconoce en términos de dos elementos disociados: su existencia, dependiente de que se haya seguido el procedimiento indicado por la norma para su creación, y su validez o regularidad, que atiende más bien a su contenido. En el segundo caso, como documento normativo, consta del fallo y de su fundamentación. El fallo es la decisión particular tomada en resolución del conflicto jurídico. La fundamentación es la parte demostrativa de la corrección de tal decisión, es decir, su justificación.

Ahora bien, las decisiones de los jueces deben estar encaminadas a ofrecer cierto grado de estabilidad o certeza, cuestión sugerida por la doctrina del *stare decisis*, la cual parte “del precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsi-

güentes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión” (Iturralde citada en Aguiló 2015, 166).

En este caso, se observa que no solo es la decisión concreta tomada la que vincula a futuro, sino también las razones que la justificaron (*ratio decidendi*). En ese sentido, dicha doctrina deja tres alternativas al juez o tribunal que deba decidir un caso similar:

- 1) Aplicar el precedente (*declare*).
- 2) Mostrar que el caso no es lo suficientemente similar en sus aspectos relevantes como para aplicarlo (*distinguish*).
- 3) Razonar en contra de lo vertido en el precedente y anularlo (*overrule*).

Continuando con Aguiló (2015), las reglas jurídicas se pueden clasificar entre normas de derecho objetivo, entendidas como las que el juez tiene el deber de recurrir por formar parte del ordenamiento jurídico vigente, y normas que el juez aplica, es decir, las que le sirven como premisa mayor o normativa de su razonamiento. Las consecuencias previstas en las normas del derecho objetivo, por ser de carácter general, son siempre *prima facie*, por lo que pueden ser derrotadas por otras al momento de su aplicación una vez consideradas todas las cosas (un ingrediente de aplicabilidad “a no ser que...”).

En efecto, en muchos casos, los jueces tienen que afrontar problemas de indeterminación del derecho objetivo que resuelven mediante diversos criterios que les permiten llegar a formular y justificar la norma que aplican al caso. Estos criterios, junto con la nueva norma, constituyen la norma de origen judicial. La justificación de dicha construcción deberá atender un compromiso de universalidad, es decir, el de tomar la misma decisión en todos los casos iguales y en todos los aspectos relevantes (Alexy 1989, 185). Lo anterior tiene como consecuencia que, ante casos iguales en los aspectos relevantes, los jueces se encontrarán ante las siguientes alternativas:

- 1) Resolver de la misma forma como se hizo en el caso anterior.
- 2) Mostrar que el nuevo caso presenta alguna propiedad que obliga a adoptar una solución diferente.
- 3) Mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que la norma universal aplicable no es la que ahí se estableció, sino una distinta.

Ahora bien, en concordancia con la tipología de las normas jurídicas ya tratada, que admite la convivencia de reglas y principios, dicha modificación judicial del derecho objetivo puede surgir tanto de la aplicación de reglas mediante los criterios interpretativos respectivos como de la ponderación de los principios inmiscuidos en el caso, como razones de primer orden o subyacentes, dependiendo del problema que suponga el caso: de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación (Atienza 2005). En este orden de ideas, se considera, entonces, que las reglas o normas de fuente judicial se integrarán de los siguientes elementos:

- 1) El supuesto de hecho que resultó relevante para la resolución del caso.
- 2) La decisión propiamente hablando, es decir, la situación jurídica creada.
- 3) La justificación.

Si bien estas normas están destinadas a modificar el derecho objetivo, lo cierto es que no se pueden pensar a partir de un pensamiento sistemático, como lo serían las normas de otro tipo de fuentes, sino que tienen que ser tratadas a partir de un pensamiento problemático (Viehweg 2016).

De esta manera, se observa que los jueces, al momento de hacer efectivo y aplicable el derecho (objetivo), suponen la introducción de nuevas normas. En la tradición jurídica mexicana se habla de la jurisprudencia para referirse al conjunto de razonamientos que han vertido los tribunales superiores o de alto rango, que genera un vínculo o una obligatoriedad para el resto de los jueces y tribunales de menor jerarquía. Sin embargo, este modelo de sistematización convive (cada vez más) con el modelo a partir

de precedentes del *common law*. La única diferencia sería que la jurisprudencia goza de mayor institucionalidad al haber sido objeto de una declaración a partir de una norma que confiere el poder para ello, mientras que el precedente único aún no ha sido reconocido como tal.

Una vez conceptualizado lo anterior, es posible entender la acción afirmativa relativa al ajuste en la asignación de representación proporcional por razón de género como una norma de fuente judicial, cuya explicación pasa por una comprensión cabal de la sentencia o de grupos de sentencias que le dieron lugar y que la han remodelado en cada acto de aplicación. La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha tenido la oportunidad de analizar diversos casos que han presentado circunstancias similares; sin embargo, su aplicación no ha sido uniforme, como lo hacen ver los casos que se estudian a continuación. Se trata del caso mediante el cual se creó la regla, otro en el que se decidió que la regla no era aplicable y otro en el que se decidió que el caso ofrecía una excepción a la regla.

Caso Coahuila. La creación de la regla (SUP-REC-936/2014 y acumulados)

El 6 de julio de 2014 se llevó a cabo la jornada electoral para la renovación del Poder Legislativo de Coahuila de Zaragoza para el periodo 2015-2017. El resultado de la elección por mayoría relativa arrojó que 8 hombres y 8 mujeres ocuparían las diputaciones para ese periodo, en virtud de que obtuvieron el triunfo las candidaturas registradas en común por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido Verde Ecologista de México (PVEM), Nueva Alianza, el Partido Socialdemócrata de Coahuila (PSI), el Partido Primero Coahuila (PPC), el Partido Joven, el Partido de la Revolución Coahuilense y el Partido Campesino Popular, a los cuales se les exigió postular 50 % de las candidaturas por este principio del mismo género.

En cuanto a su lista de candidaturas por el principio de representación proporcional, los partidos registraron solo una, alternando los géneros

masculino y femenino. Con excepción del Partido Socialdemócrata de Coahuila, todos los demás registraron en el primer lugar de la lista a una persona del género masculino. En la elección participaron 14 institutos políticos; sin embargo, el PRI fue excluido de la asignación por representación proporcional por haber alcanzado el máximo de 16 diputaciones permitidas por la legislación de aquella entidad en la elección por mayoría.

Luego del desarrollo de la fórmula de representación proporcional por la autoridad competente, la distribución entre los partidos que alcanzaron alguna diputación por este principio se dio como se indica en el cuadro 1.

Cuadro 1. Diputaciones por representación proporcional

Instituto político	Diputaciones por representación proporcional	Género	
		Masculino	Femenino
Partido Acción Nacional	4	2	2
Unidad Democrática Coahuila	1	1	0
Partido Primero Coahuila	1	1	0
Partido Verde Ecologista de México	1	1	0
Nueva Alianza	1	1	0
Partido Socialdemócrata de Coahuila	1	0	1

Fuente: Elaboración propia con base en la sentencia SUP-REC-936/2014 y acumulados.

De la elección por representación proporcional, resultaron electas únicamente 3 mujeres, frente a 6 hombres, lo que, en conjunto con la elección de mayoría relativa, dio un total de 14 hombres y 11 mujeres para ocupar las diputaciones en aquella entidad, 56 % y 44 %, respectivamente, en términos porcentuales.

Lo anterior fue disputado ante la instancia jurisdiccional electoral local por diversas candidatas que estaban registradas en las listas de aquellos partidos que encabezaron su lista de candidaturas masculinas. El Tribunal Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza decidió confirmar la asignación original, lo cual, a su vez, fue impugnado en segunda instancia ante la Sala Regional de Monterrey (SM-JRC-14/2014 y acumulados), en la que se

advirtió que las medidas adoptadas en la elección por representación proporcional (lista cerrada con candidaturas alternadas por género) resultaron en la elección de 6 hombres frente a 3 mujeres, debido a que la mayoría de los partidos encabezó su lista con una candidatura masculina y prácticamente todos alcanzaron una representatividad suficiente para que les fuera asignada una sola diputación (solo el Partido Acción Nacional [PAN] alcanzó más de una). Ante tal situación, la sentencia señaló:

Para corregir este escenario [...] las autoridades [...] deben dar un efecto útil a las normas que abogan por el derecho de la mujer a ocupar cargos públicos, adoptando todas aquellas medidas que resulten necesarias para corregir aquellos actos que en los hechos ocasionan lesiones a los derechos humanos.

[...] se debe señalar que al reconocerse igualdad de condiciones de candidatas y candidatos para acceder a una curul por el principio de representación proporcional, no se priva de un derecho adquirido al candidato que ocupe el primer lugar de la lista, pues [...] su derecho a detentar un escaño estará limitado en la medida que [...] se respete el principio de igualdad y las acciones afirmativas en materia de equidad de género.

En ese orden de ideas, podemos concluir que el orden de prelación en la lista estatal, tiene un carácter instrumental [...] sin perjuicio que el orden pueda ser modificado con el fin de hacer efectivo el derecho de las mujeres de acceder en condiciones de igualdad a una diputación (SM-JRC-14/2014 y acumulados, 42-4).

En este sentido, la argumentación de la Sala Regional Monterrey puede esquematizarse como sigue:

- 1) Si las medidas adoptadas de forma previa a la elección no son suficientes para asegurar una integración paritaria entre los géneros, debe corregirse mediante la alteración de las listas de prelación de candida-

- turas por representación proporcional, pues dicha situación viola el derecho de las mujeres al acceso a cargos de elección popular.
- 2) Dicha alteración no priva de derechos a las candidaturas masculinas, pues su derecho se encuentra limitado por la igualdad de género en la integración del Congreso.
 - 3) La lista de prelación solo tiene un carácter instrumental en cuanto a que otorga certeza jurídica al electorado; sin embargo, también está sujeta a la materialización del derecho de las mujeres de acceder a una diputación en condiciones de igualdad.
 - 4) La autodeterminación de los partidos políticos se ve afectada en un margen de objetividad y en grado mínimo, y también dicho principio se encuentra sujeto al de igualdad.

Para efectuar la corrección, la Sala procedió a comenzar la asignación del total de las curules de forma alternada, comenzando por una diputación del género femenino, como se muestra en el cuadro 2.

Cuadro 2. Reasignación de diputaciones

Instituto político	Diputaciones por representación proporcional. Género (número en la lista)
Partido Acción Nacional	Mujer (2)
Partido Acción Nacional	Hombre (1)
Partido Acción Nacional	Mujer (4)
Partido Acción Nacional	Hombre (3)
Unidad Democrática Coahuila ^A	Mujer (2)
Partido Primero Coahuila	Hombre (1)
Partido Verde Ecologista de México ^A	Mujer (2)
Nueva Alianza	Hombre (1)
Partido Socialdemócrata de Coahuila	Mujer (1)

^A Diputaciones modificadas por el criterio de alternancia.

Fuente: Elaboración propia con base en la sentencia SM-JRC-14/2014 y acumulados.

Como se observa, conforme al criterio de la alternancia, comenzando por una diputación femenina, se modificaron las diputaciones obtenidas

por los partidos Unidad Democrática Coahuila y PVEM. Las obtenidas por el PPC y Nueva Alianza no fueron modificadas, pues, según la alternancia, les fue asignada una diputación masculina, lo cual respetó el orden original de su lista. Respecto del PSI, no hubo modificación, pues encabezó su lista con una candidatura femenina y, de todas formas, en el orden alternado tocaba una diputación igualmente femenina. El caso del PAN fue similar, pues, a pesar de invertir el orden de la alternancia, al haber obtenido 4 diputaciones, también le fueron asignadas 2 masculinas y 2 femeninas.

De esa forma, por representación proporcional fueron asignadas 5 diputaciones femeninas y 4 masculinas, para obtener un total de 13 mujeres y 12 hombres en la integración final del Congreso de Coahuila, invirtiendo la proporción entre los géneros, para quedar con 52 % de mujeres y 48 % de hombres.

Dicha resolución fue impugnada para que, en una tercera instancia, el problema fuera resuelto por la Sala Superior de forma definitiva (SUP-REC-936/2014 y acumulados), la cual compartió con la Sala Monterrey los argumentos de fondo respecto a la necesidad de corregir la situación de disparidad surgida de la elección; sin embargo, difirió en lo relativo al modo de efectuar el ajuste al considerar que

la Sala responsable omitió armonizar de manera correcta la paridad de género con el derecho de autodeterminación de los partidos políticos y el derecho a ser votado de los ciudadanos inscritos en el primer lugar de las listas de candidaturas, en relación con el derecho a votar de la ciudadanía (SUP-REC-936/2014 y acumulados, 116).

En otras palabras, a consideración de la Sala Superior, no es posible afirmar de manera tajante que el principio de igualdad está por encima de la autodeterminación partidista. Entonces, en caso de conflicto, se debe llevar a cabo su ponderación.

En efecto, en su libertad de autodeterminación, los partidos políticos registran una serie de candidaturas ordenadas acorde con su propia normativa; sin embargo, es posible afirmar que dicho orden atiende a una percepción respecto de la popularidad, preferencia o liderazgo que tienen las candidaturas registradas frente a la ciudadanía y a su militancia. Esto genera en la ciudadanía una expectativa de que su voto en favor del partido beneficiará mayormente a las candidaturas registradas en los primeros lugares de la lista, pues existe una mayor probabilidad de que, de la fórmula de representación proporcional, estas integren el órgano respectivo.

De acuerdo con todas estas consideraciones, según la Sala Superior, para definir el procedimiento a seguir una vez determinada la pertinencia de efectuar los ajustes en razón de género, la autoridad deberá tener presente si el número de escaños por repartir es par o impar y las diputaciones alcanzadas por las mujeres mediante el principio de mayoría, pues estos elementos le servirán de sustento para determinar el número de diputaciones por el principio de representación proporcional que corresponderán a las mujeres, y solo en caso de ser necesario se podrá modificar el orden de prelación de las listas registradas por los partidos políticos. En el caso en concreto, la Sala Superior efectuó el siguiente razonamiento:

- 1) El Congreso de Coahuila se compone de 25 diputaciones (número impar), por lo que su integración paritaria se alcanza con 13 personas de un género y 12 del otro.
- 2) En la elección por mayoría relativa alcanzaron una diputación 8 mujeres y 8 hombres, de manera que para la paridad resulta necesario asignar por representación 4 de las 9 diputaciones en favor de candidaturas femeninas (para llegar a 12).
- 3) Luego de que en la asignación con respeto a la lista de los partidos políticos se incluyen 3 diputaciones en favor de mujeres, es pertinente hacer un ajuste adicional (para alcanzar las 4 necesarias).

- 4) El ajuste debe hacerse a la lista del partido que haya registrado en el primer lugar una candidatura masculina y haya obtenido el menor porcentaje de votación.

Según la Sala Superior, este último criterio ofrece un parámetro objetivo, pues responde a las reglas que rigen el principio electivo de representación proporcional, cuyo elemento definitivo es la votación obtenida por los partidos políticos. En tal virtud, ya que Nueva Alianza actualizó el supuesto de hecho señalado en la sentencia, la asignación por representación proporcional finalmente quedó como se muestra en el cuadro 3.

Cuadro 3. Asignación final de diputaciones

Instituto político	Diputaciones por representación proporcional	Género	
		Hombres	Mujeres
Partido Acción Nacional	4	2	2
Unidad Democrática de Coahuila	1	1	0
Primero Coahuila	1	1	0
Partido Verde Ecologista de México	1	1	0
Nueva Alianza ^A	1	0	1
Partido Socialdemócrata de Coahuila	1	0	1

^A Este partido actualizó el supuesto de hecho señalado en la sentencia respecto a la paridad.

Fuente: Elaboración propia con base en la sentencia SUP-REC-936/2014 y acumulados.

De acuerdo con lo anterior, el Congreso se integró con 13 hombres y 12 mujeres, que equivalen a 52 % y 48 %, respectivamente.

Dicha sentencia fue una de tres que dieron origen a la tesis de jurisprudencia 36/2015, de rubro REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PARIDAD DE GÉNERO COMO SUPUESTO DE MODIFICACIÓN DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE LA LISTA DE CANDIDATURAS REGISTRADA, en la cual se da cuenta de la facultad de la autoridad judicial de implementar una medida afirmativa especial en la asignación de escaños de representación proporcional, ya sea en legislaturas o en ayuntamientos municipales, a partir de

un ejercicio de ponderación entre el principio de igualdad y otros principios que pudieran estar involucrados.

En ese sentido, se puede observar que la construcción de la regla de fuente judicial pasó por la identificación de dos normas constitucionales implícitas: una regla de fin y una que confiere poderes, según su estructura (Atienza y Ruiz 1996).

La primera consiste en el mandato dirigido a la autoridad judicial para efectuar los ajustes necesarios una vez que advierta que las medidas tomadas previamente no fueron suficientes, con la finalidad de obtener una integración paritaria en el órgano de elección popular respectivo. Se trata de una regla de fin, pues el consecuente no califica una conducta, sino la obtención de un cierto estado de cosas: la paridad numérica. Efectivamente, cumple con la estructura característica de las reglas de su clase, que es la siguiente: si se da el estado de cosas X, entonces es [obligatorio, prohibido o permitido] para Z obtener [o procurar obtener] el fin [el estado de cosas] F. Donde el estado de cosas X es la insuficiencia de las medidas previas para alcanzar la paridad, Z es la autoridad judicial y F es, justamente, la paridad.

La segunda regla es aquella que confiere a la autoridad judicial la facultad de efectuar los ajustes en las listas de prelación de las candidaturas por representación proporcional, precisamente para dar cumplimiento al mandato de la primera regla; es decir, una regla que confiere poderes, teniendo en cuenta que si su estructura genérica, es así: si se da el estado de cosas X y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional [o cambio normativo] R. Donde el estado de cosas X es la situación de disparidad, Z es la autoridad jurisdiccional, Y es la acción de ajustar las listas de prelación en la asignación de escaños por representación proporcional y R es el efecto de tales ajustes. No es raro que convivan dos reglas de este tipo, una de fin y una que confiere poderes, pues, como bien refieren Atienza y Ruiz, “una cosa es conferir un poder (normativo) y otra cosa es regular (como facultativo, obligatorio o prohibido) el ejercicio de ese poder” (1996), sobre todo considerando que el estado de cosas buscado

por la regla de fin es compatible con el resultado institucional, cuya producción se regula por la regla que confiere poder.

Ambas normas, que, según la Sala Superior, se encuentran establecidas implícitamente en la Constitución federal, sirvieron de fundamento para la implementación de una acción afirmativa especial, de acuerdo con la cual se debían efectuar los ajustes necesarios para alcanzar una proporción entre las diputaciones de hombres y de mujeres lo más cercana a la paridad numérica (50 %-50 %).

Caso Zacatecas (SUP-REC-1150/2018).

La excepción de la regla

El Congreso del Estado de Zacatecas se integra por 30 diputaciones, de las cuales 18 son electas por mayoría relativa y 12, por representación proporcional. En los comicios celebrados en 2018, la asignación de escaños por este segundo principio llegó al conocimiento de la Sala Monterrey del TEPJF (SM-JDC-707/2018 y acumulados), misma que, ante la advertencia de que la asignación natural de las diputaciones por representación proporcional generaba una situación de disparidad, pues el Congreso se integraría por 18 hombres y 12 mujeres (60 %-40 %), en ejercicio de su facultad reconocida, como autoridad judicial, para realizar los movimientos necesarios a fin de corregirla y arribar a la integración paritaria de 15 hombres y 15 mujeres, se vio en la obligación de efectuar 3 ajustes a las listas del Partido del Trabajo, del PRI y del PAN.

Sin embargo, en este caso, la Sala Regional Monterrey realizó el ajuste de una forma peculiar, al que llamó método de abajo hacia arriba. Como se mencionó en el marco introductorio, la fórmula de representación proporcional está segmentada por etapas —generalmente, la etapa de cociente electoral y la de resto mayor—. El método se llama de abajo hacia arriba, pues consiste en iniciar los ajustes en las asignaciones que se den en la última etapa de la fórmula y proseguir con las siguientes. En el caso de Zacatecas, las etapas de la fórmula son:

- 1) Compensación por subrepresentación de aquellos partidos que, de la elección por mayoría, hayan obtenido una representatividad del Congreso menor a ocho puntos porcentuales en relación con el porcentaje de votación obtenida ($\%$ de representatividad en el Congreso $<$ $\%$ de votación $- 8 \%$).
- 2) Aplicación del cociente natural.
- 3) Resto mayor.

De esa manera, la Sala Monterrey realizó los ajustes por razón de género iniciando en las diputaciones masculinas efectuadas en la etapa de resto mayor, para luego pasar a las asignadas por cociente natural y finalizar con las asignadas en la etapa de compensación, en los siguientes términos:

- 1) La sustitución en las diputaciones por resto mayor se efectuó con el único diputado asignado en esta etapa.
- 2) El cociente natural se realizó en el candidato asignado, cuyo partido obtuvo el menor número de votos; como dicho partido obtuvo más de dos escaños en esta etapa, el ajuste se realizó en el candidato ubicado en el último lugar de la lista de prelación.
- 3) Finalmente, se hizo un ajuste más en el diputado asignado en la etapa de compensación en la lista del único partido que fue compensado.

Según la Sala Monterrey, esa forma de aplicación de la medida afirmativa armoniza las fases de asignación contempladas por el legislador y es congruente con la finalidad esencial del pluralismo político que persigue el sistema democrático mexicano. Al haberse efectuado los ajustes necesarios, el resultado fue la paridad total de 15 hombres y 15 mujeres.

No obstante, uno de los candidatos hombres que fue sustituido impugnó la decisión ante la Sala Superior (SUP-REC-1150/2018) con el planteamiento de que la Sala Regional Monterrey omitió realizar un examen de

protección especial y reforzada por su condición de persona con discapacidad. En efecto, el actor argumentó que, dada su condición, se tuvo que incluir en la balanza la consideración de que las personas con discapacidad también conforman un grupo en desigualdad estructural, por lo que debió tenerse en cuenta una acción afirmativa en su favor.

Esta situación representó una circunstancia completamente fuera del balance contemplado en las razones subyacentes de la regla de fuente judicial que mandata el ajuste por razón de género, pues, en tal caso, solo está considerada la protección en virtud del principio de igualdad en favor de las mujeres. El caso constituyó una verdadera excepción que dio lugar a la derrotabilidad de la propia regla (Ródenas 2012), pues definitivamente las razones que le dan pie a la obligación de considerar a una persona con discapacidad no fueron tomadas en cuenta al momento de la implementación de la acción afirmativa de ajuste por razón de género.

Caso Sinaloa (SUP-REC-1368/2018).

La aplicabilidad de la norma

En este caso, la Sala Superior simplemente afirmó que la regla no era aplicable, pues el supuesto de hecho no se actualizó y, por lo tanto, no se encontró ante la obligación de efectuar los ajustes correspondientes.

El Congreso de Sinaloa se integra por 40 diputaciones, de las cuales 24 son elegidas por mayoría relativa y 16 por representación proporcional. En los comicios celebrados en 2018, luego de la asignación por representación proporcional, resultó que el Congreso sería integrado por 19 mujeres y 21 hombres. En términos porcentuales, significaba que serían 47.5 % de mujeres y 52.5 % de hombres; es decir, una diferencia de 5 % entre un género y otro.

En un primer momento, el asunto fue conocido por la Sala Regional Guadalajara del TEPJF (SG-JDC-4049/2018 y acumulados), la cual decidió que esa diferencia era suficiente para considerar una situación de disparidad que debía ser corregida, pues la igualdad exigía, en este caso, la

necesidad de alcanzar una integración de 20 mujeres y 20 hombres. Para ello, dedujo que era necesario un único ajuste, que debía efectuarse en el partido con la votación más baja.

El candidato sustituido impugnó ante la Sala Superior (SUP-REC-1368/2018), la cual decidió revocar el ajuste a partir de un test o análisis de pertinencia. En su sentencia, por un lado, se reconoció que en el ordenamiento jurídico aplicable (el derecho objetivo) no se desprende un mandato en el sentido de que todos los órganos de gobierno deben estar conformados —de manera necesaria, inmediata e incondicional— por el mismo número de hombres y mujeres. En este sentido, se modifica el estándar en tanto ya no es el aspecto numérico lo que actualiza la acción afirmativa de ajuste jurisdiccional, sino la posibilidad de garantizar, en mayor medida, las condiciones para el disfrute de los derechos de las mujeres, lo cual se ha de analizar a partir de criterios distintos para considerar la pertinencia de su implementación.

En el caso concreto, cobraron gran relevancia las medidas previas adoptadas por el legislador en Sinaloa, así como por la autoridad administrativa electoral en la entidad, consistentes en:

- 1) Obligar la postulación paritaria de candidaturas, tanto de representación proporcional como de mayoría relativa.
- 2) En cuanto a la mayoría relativa, obligar a los partidos a realizar una distribución también en relación con la competitividad en cada distrito, para asegurar candidaturas con posibilidades reales de victoria a las mujeres.
- 3) En la representación proporcional, obligar la alternancia y, además, a encabezar la lista con candidaturas femeninas.

A diferencia de los casos anteriores, en los que la disparidad acaecida se daba o se veía reforzada luego de la asignación por representación proporcional, en este caso resultó de la elección por mayoría relativa que fueron electas 10 mujeres y 24 hombres. En cambio, por representación

proporcional fueron electas 9 mujeres y solo 7 hombres, situación que, de hecho, disminuyó la disparidad de la elección por mayoría relativa. Tales circunstancias llevaron a la Sala Superior a considerar que las acciones afirmativas de corte administrativo o legislativo surtieron los efectos para los cuales fueron adoptadas, por lo que no se actualizó la necesidad o pertinencia de adoptar una medida especial o adicional (de corte judicial).

*Evaluación en dos aspectos:
la argumentación y el rol del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación
(entre creación judicial y activismo judicial)*

Es necesario presentar una evaluación de esta línea jurisprudencial desde dos perspectivas: la corrección argumentativa y el papel asumido por el TEPJF.

En lo que se refiere a la corrección argumentativa, es preferible centrarse en las concepciones formal y material (Atienza 2013). Para intentar una evaluación de conformidad con la concepción formal, entendida como la argumentación como resultado, justamente es necesario identificar ese resultado. No el resultado institucional, sino el argumento como forma, como orden en el cual se presenta una serie de premisas. La corrección o incorrección dependerá de que las premisas seleccionadas, en el orden propuesto, estén en posibilidad de ofrecer la conclusión a la que se llegó, para lo cual se debe atender a las reglas de la lógica formal.

La forma típica de presentar un argumento, particularmente uno judicial, es la conocida como *modus ponens* o silogismo subsuntivo (Atienza 2013), integrado por una premisa mayor ($P \rightarrow q$), una menor (p) y la conclusión (C), en el que la premisa mayor es generalmente una norma jurídica estructurada en el supuesto de hecho P y su respectivo consecuente q , p es un caso concreto (que normalmente se identifica con el supuesto P) y la C es la resolución o decisión tomada, que puede estructurarse también a partir de un factor deóntico: prohibición, permisión u obligación.

Ahora bien, no se pretende hacer una evaluación respecto de la justificación alrededor de la aplicación de la acción afirmativa de ajuste jurisdiccional por razón de género, sino propiamente de la argumentación que justificó su creación judicial. En este sentido, el argumento parece tomar la forma siguiente:

Si las acciones afirmativas legislativas y administrativas no cumplen el objetivo de la paridad (P)

→ (entonces)

la autoridad jurisdiccional, siempre que resulte pertinente, deberá efectuar los ajustes necesarios para ello (q).

De la revisión del silogismo, pareciera que se trata de un argumento ciertamente incompleto. Se presenta un salto lógico respecto al deber de un tribunal, tanto en un ámbito lógico como en uno institucional. En términos de lógica formal, no se desprende el vínculo inferencial entre el deber de verificar la aplicación de las acciones afirmativas y el deber de verificar su suficiencia o no, y, por otro lado, tampoco se observa respecto de la facultad de su creación judicial, pues una de las premisas es que corresponde a los órganos legislativos o, en su caso, los administrativos (en ejercicio de sus facultades legislativas y reglamentarias). Por ende, al judicial correspondería más bien su aplicación, no tanto su evaluación de suficiencia, debido a la diferenciación clásica que se le ha atribuido respecto de los otros dos poderes (Cueva 2017).

Este punto permite transitar a la evaluación de la argumentación desde su concepción material. Según Atienza, desde esta perspectiva, “argumentar [...] consiste en [...] la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es el mundo o sobre cómo debe alguien actuar en él” (Atienza 2013, 275). La corrección argumentativa conforme a esta

perspectiva consistirá, entonces, en la identificación de buenas razones para las buenas decisiones.

En el contexto del razonamiento práctico, es posible distinguir entre distintos tipos de razones que llevan a actuar en un sentido u otro. Una primera distinción se da entre las razones operativas y las razones auxiliares (Raz 1975). Las primeras se constituyen por los deseos, los deberes, las normas o los valores que motivan la acción, y las segundas, por aquellas que ayudan a identificarlas, o bien a determinar a cuál se debe otorgar mayor peso en caso de conflicto de razones. Una razón completa sería el conjunto de razones operativas y auxiliares (Atienza 2013). Entonces, en el mismo sentido en que se pronuncia Schauer:

La toma de decisiones basada en reglas puede consecuentemente ser vista como una forma de tomar decisiones en la cual generalizaciones atrincheradas proveen de razones para la decisión por su carácter de generalizaciones, independientemente de las razones ofrecidas por sus justificaciones subyacentes (Schauer 1991).⁶

De esa manera, las decisiones en la resolución de un conflicto jurídico, que necesariamente deben estar basadas en reglas (normas jurídicas), podrán presentar, por sí solas, razones completas para la acción, en virtud de que no se toman únicamente con base en la norma, sino también por las justificaciones subyacentes. Las normas jurídicas, entonces, se compondrán tanto de un elemento directivo (un mandato) como de uno axiológico. Tal estructura se encuentra diferenciada en las reglas y en los principios. Mientras las reglas tendrán un carácter directivo predominante, los principios lo tendrán axiológico, pero no cabe duda de que ambos conviven.

⁶ El original en inglés es como sigue: "Rule-based decision making can consequently be seen as a form of decision-making in which such entrenched generalizations provide reasons for decision *qua* generalizations, independent of the reasons supplied by their background justifications". La traducción es mía.

Ahora bien, si se concibe el derecho como un instrumento de construcción social (Toulmin citado en Atienza 2013), la corrección de las decisiones jurídicas ya no dependerá solamente de que esté motivada por buenas razones, sino que se constituya ella misma en una buena razón para justificar futuras decisiones. En estos términos resultan aceptables para esta evaluación algunas de las reglas básicas del discurso propuestas por Alexy (1989), particularmente las de no contradicción y universalidad, según las cuales, quien tome la decisión jurídica no se puede contradecir (emitir proposiciones incompatibles entre sí); asimismo, si aplica el predicado F a un objeto x , debe estar dispuesto a aplicarlo también a cualquier otro objeto igual a x en todos los aspectos relevantes (x_1), y, finalmente, solo puede afirmar aquellos juicios de valor y aquellos juicios de deber que también afirmaría en todas las situaciones que asegurara que son iguales en todos los aspectos relevantes.

En el caso, se puede identificar que el elemento axiológico de la creación judicial de la acción afirmativa de ajuste jurisdiccional en razón de género se observa, evidentemente, en la exigencia de igualdad sustantiva presente en un Estado de derecho y en las sociedades actuales, la cual se traduce en una obligación moral de no dejar a nadie atrás; es decir, de no perpetuar situaciones de desigualdad estructural.

Por su parte, el elemento directivo implicaría la necesidad de implementar acciones concretas para ello: las acciones afirmativas. Sin embargo, esas razones no alcanzan un grado de suficiencia para justificar institucionalmente su creación en sede judicial. Por un lado, como se analizó en el apartado correspondiente, el TEPJF no ha logrado establecer una condición de aplicabilidad uniforme (universal y no contradictoria) ni en cuanto al supuesto de hecho que le da lugar (pues, en algunos casos, el aspecto numérico es determinante y, en otros, es más bien uno material) ni en cuanto al modo de proceder, una vez que se decidió su implementación.

No se ha logrado una respuesta única a la cuestión respecto al partido en el cual debe recaer el ajuste en la lista de prelación de candidaturas;

todo lo cual debilita cualquier certeza jurídica, pues se coloca a los partidos y a las candidaturas en una situación en la que es imposible cualquier previsión acerca del resultado de la asignación por representación proporcional, lo que significa que tampoco la ciudadanía puede hacer ninguna previsión (cálculo) al respecto, haciendo difícil, si no imposible, el ejercicio del sufragio de manera libre y consciente de sus efectos, lo cual no se ha puesto en la balanza de la ponderación utilizada por el TEPJF.

Por el otro lado, parece que existen razones de carácter institucional que le quitarían peso a las expuestas en las sentencias que componen esta línea jurisprudencial. Se hace referencia a la delgada línea que separa la creación judicial del activismo judicial. Como se señaló, la creación judicial está supeditada necesariamente a los límites impuestos por el derecho objetivo. Las normas de fuente judicial se concretizan a partir del tránsito de las normas del derecho objetivo a las normas que aplica el juez —el derecho objetivo considerando todas las cosas (Aguiló 2015)—, las cuales, en la lógica constructivista, modifican el propio derecho objetivo para la solución de casos a futuro.

Cualquier extralimitación en el ejercicio de creación de normas de fuente judicial presentaría una alteración del sistema, reduciendo injustificadamente los espacios de toma de decisiones de los otros poderes y

en el interior de un sistema, la alteración de uno de sus elementos suele entrañar la necesidad de modificar algunos (o todos) de los restantes; de lo contrario, el sistema o bien se desestructura o bien se convierte en otro distinto (Igartua 2006, 60).

La amplia constitucionalización del derecho ha dado pretexto a una percepción invasora de la actuación judicial; en el grado en que se expande la aplicabilidad de la Constitución mediante un contenido cada vez más abierto, se expande también la presencia de los tribunales constitucionales (Comanducci 2003). Sin embargo, ello no justifica pasar por encima de

los límites fijados por la Constitución. En tanto contenido, es probable que esta, a partir de la expansión de los contenidos axiológicos y directivos de sus principios y reglas, adquiera volumen; en tanto continente, continúa representando un límite infranqueable.

En ese sentido, la atribución que se arrogó el TEPJF para la creación de una acción afirmativa adicional que, además, significó la supuesta identificación de su propia facultad implícita para proceder a realizar los ajustes por razón de género, en virtud de otra supuesta facultad de verificar la suficiencia de las acciones afirmativas establecidas por las autoridades competentes, cumple con las características de un acto de activismo judicial. La verificación de la correcta aplicación de las acciones afirmativas no implica la posibilidad de evaluar su suficiencia, pues ello corresponde, más bien, al ámbito legislativo y reglamentario. El error se origina en la confusión de la que parte el Tribunal al momento de conceptualizar la paridad de género.

En su argumentación, pareciera entenderse con distintas acepciones: como principio, como directriz e, incluso, como equivalente de la acción afirmativa en específico. Tal error llevó al TEPJF a cometer otro relativo a la calificación del problema, al tratar la paridad de género como una regla directiva, cuya aplicación se agotaba en un todo o nada numérico: si la integración es 50 % mujeres y 50 % hombres (o lo más cercano posible), entonces se cumple con la paridad; se vio en la necesidad de cumplir con tal parámetro, en consideración de que las otras acciones afirmativas no habían sido suficientes para cumplir de manera definitiva con el mandato. Sin embargo, si su criterio hubiera sido el de caracterizar a la paridad de género como una regla de fin que concretiza el principio de igualdad adecuado a la discriminación contra las mujeres, entonces su análisis hubiera admitido una aplicación dúctil del mandato, pues solo se exigiría la implementación de las acciones tendentes a la consecución de un cierto estado de cosas, y no se hubiera visto en la necesidad de adjudicarse facultades que los confines del derecho no le reconocían. Ello sin perjuicio de la

posibilidad de optar por otras medidas, entre ellas, la advertencia a los otros poderes respecto de la posible insuficiencia de las acciones adoptadas.

En los casos analizados, entendiendo la paridad como manifestación del principio de igualdad, se hubiera tolerado la diferencia numérica en la integración de los órganos de elección popular, sobre todo considerando que no se evidenciaron circunstancias graves de exclusión y que las acciones afirmativas implementadas fueron respetadas tanto por la autoridad administrativa como por los partidos políticos, y cualquier consideración adicional que pudiera tener el TEPJF era posible advertirla mediante canales institucionales para pensar en una reforma más integral del ordenamiento jurídico a futuro.

Ello no significa que el Tribunal no cuente con las atribuciones para aplicar el principio de igualdad en sus demás concretizaciones relativas a la discriminación contra las mujeres. De haber sido el caso, hubiera podido pronunciarse respecto a la imposición de barreras injustificadas por un dato de pertenencia al género, o bien se hubiera podido sancionar la omisión de implementar las acciones afirmativas preestablecidas legislativa o reglamentariamente.

Lo que viene: una propuesta a partir de la reforma de paridad en todo

No pasa inadvertido que el 6 de junio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto de reforma a diversas disposiciones de la CPEUM, mediante la cual se exigirá, a partir de los próximos procesos comiciales, la paridad de género en todos los cargos de elección popular. Así se da una nueva oportunidad para zanjar el tema desde la actividad legislativa. En ese sentido, pudiera surgir la tentación de confirmar la línea jurisprudencial aquí analizada y conferir, de manera expresa en la ley, la facultad del órgano jurisdiccional de efectuar los ajustes en corrección de una situación de disparidad. En tal caso, los peligros institucionales y en contra de la certeza electoral aquí expuestos se agudizarían.

Cualquier solución legislativa debiera evitar la dispersión de acciones afirmativas, pues eso da pie a que otros órganos se adjudiquen la facultad de crear *ex novo* más y más medidas de ese tipo, por lo que debiera tratarse de una medida que, de una u otra forma, concentre todos los efectos positivos de las acciones hasta ahora implementadas por el legislador y por la autoridad administrativa.

En ese orden de ideas, se propone que las modificaciones a la legislación secundaria, en cumplimiento de esta reforma, cambie por completo cómo se presentan las listas de candidaturas por representación proporcional, tanto en el ámbito federal como en el local, a efectos de obligar a los partidos a la presentación de dos listas: una de candidatos hombres y otra de candidatas mujeres. Así, una vez identificada cualquier situación de disparidad previa a la asignación de escaños por este principio, podrá ser compensada de manera inmediata, tomando las candidaturas necesarias de la lista de candidatas mujeres, sin necesidad de cambiar el orden de prelación previsto desde el registro por parte de los partidos. De esta manera, los partidos políticos, las candidaturas y la ciudadanía tendrán conocimiento de dicha posibilidad, incluso desde antes de solicitar el registro de sus candidaturas y estarán en mejores condiciones para actuar en consecuencia.

Fuentes consultadas

- Aguiló Regla, Josep. 2015. Fuentes del derecho. En *Conceptos básicos del derecho*, coord. Daniel González Lagier, 149-74. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, Robert. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2005. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: IIJ-UNAM.
- . 2013. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- . 2017. Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, eds. Josep Aguiló Regla y Pedro P. Grández Castro, 11-42. Lima: Palestra Editores.

- . 2018. Siete tesis sobre el activismo judicial. [Entrada de blog]. 22 de octubre. Disponible en <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/10/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.html> (consultada el 20 de octubre de 2020).
- y Juan Ruiz Manero. 1996. *Las piezas del derecho*. España: Ariel.
- Comanducci, Paolo. 2003. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell, 75-98. Madrid: Trotta.
- Corte Constitucional Colombiana. 2017. Sentencia C-115/2017. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3, literal a (parcial) de la Ley 1429 de 2010, Ley de Formalización y Generación de Empleo. Sentencia del 22 de febrero. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-115-17.htm> (consultada el 26 de octubre de 2020).
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2020. Cámara de Diputados. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf (consultada el 26 de octubre de 2020).
- Cueva Fernández, Ricardo. 2017. “Poder judicial y poderes irrestrictos: contra el imperio de la arbitrariedad”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* edición especial (2017): 85-90. [Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/67875/1/Doxa-Especial-2017_12.pdf].
- Ferrajoli, Luigi. 2014. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 7.ª ed. Madrid: Trotta.
- Fiss, Owen. 1976. *Groups and the equal protection clause*. Nueva Jersey: Institute for Advanced Study. [Disponible en https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/Fiss_groups.pdf (consultada el 26 de octubre de 2020)].
- Galinsky, Shira. 2004. “Returning the language of fairness to equal protection: justice Ruth Bader Ginsburg’s affirmative action jurisprudence in Grutter and Gratz and Beyond. Celebrating the jurisprudence of justice Ruth Bader Ginsburg”. *City University of New York Law Review*, vol. 7 (otoño): 357-89.
- Gilas, Karolina M. 2014. *Con las cuotas no basta. De las cuotas de género y otras acciones afirmativas*. México: TEPJF.
- Ginsburg, Ruth Bader. 1979. “Sexual equality under the fourteenth and equal rights amendments”. *Washington University Law Quarterly* 1 (primer trimestre): 161-78. [Disponible en https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1979/iss1/19].
- Igartua Salaverría, Juan. 2006. “El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo”. *Anales de la Cátedra Fran-*

- cisco Suárez 40 (anual): 59-78. [Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4211470> (consultada el 26 de octubre de 2020)].
- INE. Instituto Nacional Electoral. 2018. Evolución normativa en México. Sección Paridad. Disponible en <https://igualdad.ine.mx/paridad/evolucion-normativa-de-la-paridad-de-genero/> (consultada el 26 de octubre de 2020).
- Johnson-Myers, Tracy Ann. 2017. *The mixed member proportional system: providing greater representation for women (A case study of the New Zealand experience)*. Springer Briefs in Political Science. Cham: Springer.
- Jurisprudencia 11/2015. ACCIONES AFIRMATIVAS. ELEMENTOS FUNDAMENTALES. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral* 16 (enero-junio): 13-5.
- 36/2015. REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PARIDAD DE GÉNERO COMO SUPUESTO DE MODIFICACIÓN DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE LA LISTA DE CANDIDATURAS REGISTRADA. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral* 17 (julio-diciembre): 49-51. [Disponible en <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesisjur.aspx?idtesis=36/2015&tpoBusqueda=S&sWord=36/2015> (consultada el 26 de octubre de 2020)].
- P./J. 69/98. MATERIA ELECTORAL. BASES GENERALES DEL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. Disponible en [Marín Castán, María Luisa. 2016. “Activismo judicial y paradigma neoconstitucional: algunas reflexiones”. *La Albolalfia. Revista de Humanidades y Cultura* 6 \(febrero\): 111-32. \[Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5384748> \(consultada el 26 de octubre de 2020\)\].

Nohlen, Dieter. 2012. *Gramática de los sistemas electorales: una introducción a la ingeniería de la representación*. Ecuador: Instituto de la Democracia.

—. 2015. *Gramática de los sistemas electorales: una introducción a la ingeniería de la representación*. España: Tecnos.

Norris, Pippa. 2006. “The impact of electoral reform on women’s political representation”. *Acta Política* 2 \(julio\): 197-213.](https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&apendice=100000000000&Expresion=bases%2520representaci%25C3%25B3n%2520proporcional&Dominio=Rubro&TA_TJ=1&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=4&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=195152&Hit=4&IDs=175169,175225,182600,195152&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

- Raz, Joseph. 1975. *Practical reason and norms*. Reino Unido: Hutchinson & Co.
- Reynolds, Andrew, Ben Reilly y Andrew Ellis. 2005. *Electoral system design: The new international IDEA handbook*. Estocolmo: IDEA International.
- Ródenas Calatayud, Ángeles. 2012. *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Saba, Roberto. 2016. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Schauer, Frederick. 1991. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press-Oxford University Press.
- Sentencia SG-JDC-4049/2018 y acumulados. Actores: Vanessa Sánchez Vizcarra y otros. Autoridad responsable: Tribunal Estatal Electoral de Sinaloa. Disponible en <https://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/guadalajara/SG-JDC-4049-2018.pdf> (consultada el 26 de octubre de 2020).
- SM-JDC-707/2018 y acumulados. Actores: Ma. Edelmira Hernández Perea y otros. Autoridad responsable: Tribunal de Justicia Electoral del Estado de Zacatecas. Disponible en <https://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/monterrey/SM-JDC-0707-2018.pdf> (consultada el 26 de octubre de 2020).
- SM-JRC-14/2014 y acumulados. Actores: Partido Acción Nacional y otros. Autoridad responsable: Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Coahuila. Disponible en <https://www.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/sm/2014/jrc/sm-jrc-00014-2014.htm> (consultada el 26 de octubre de 2020).
- SUP-JDC-1282/2019. Actor: José Alfredo Chavarría Rivera. Autoridad responsable: Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo. Disponible en https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JDC-1282-2019.pdf (consultada el 26 de octubre de 2020).
- SUP-REC-936/2014 y acumulados. Recurrentes: Coalición “Todos somos Coahuila” y otros. Autoridad responsable: Sala Regional correspondiente a la Segunda Circunscripción Plurinominal, con sede en Monterrey, Nuevo León. Disponible en <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/7146a617a6c1188.pdf> (consultada el 26 de octubre de 2020).
- SUP-REC-1150/2018. Actor: Pedro Martínez Flores. Autoridad responsable: Sala Regional Monterrey. Disponible en https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1150-2018.pdf (consultada el 26 de octubre de 2020).

— SUP-REC-1368/2018. Recurrente: Jorge Iván Villalobos Seáñez. Autoridad responsable: Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Primera Circunscripción Plurinominal, con sede en Guadalajara, Jalisco. Disponible en https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1368-2018.pdf (consultada el 26 de octubre de 2020).

Solorio Almazán, Héctor. 2008. *La representación proporcional*. México: TEPJF.

Strategia Electoral. 2017. “Participación política de las mujeres en 2018”. *Animal Político*, 10 de noviembre, sección Plumaje. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/candidata/elecciones2018-participacion-politica-las-mujeres/> (consultada el 26 de octubre de 2020).

Torres, Isabel. 2008. “Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad”. *Revista IIDH* 1 (enero-junio): 225-40.

Viehweg, Theodor. 2016. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Civitas.