

## PRÓLOGO

La interpretación, la argumentación y la hermenéutica se hacen con palabras. Las palabras, como alguien ha dicho, son “...los embriones de las ideas, el germen del pensamiento, la estructura de las razones...”.<sup>1</sup> Pero en las letras y en sus definiciones oficiales no está el interior de cada palabra, solamente su pórtico. Toda palabra posee dos dimensiones: la primera va ligada a la vida de cada individuo, y la segunda, a la colectividad. Nunca las definiciones y significados consagrados llegan a la precisión, ni son capaces de expresar el sentido, el valor y la fuerza que el individuo, la colectividad y la cultura manifiestan. Como dijo el poeta Luis Rosales: “La palabra que decimos/ viene de lejos/ y no tiene definición,/ tiene argumento./ Cuando dices “nunca”./ cuando dices: “bueno”./ estás contando tu historia/ sin saberlo”.<sup>2</sup>

El libro de Santiago Nieto Castillo está hecho con palabras, pero no son cualquier palabra, ni tampoco palabras neutrales, si es que puede existir algo así. Esas palabras expresan una historia personal y también colectiva. La historia personal narra el esfuerzo y el tesón por concluir estudios de posgrado en derecho y elaborar una tesis de doctorado, y describe otras muchas cosas y situaciones particulares que el autor conoce, al igual que los que hemos seguido su trayectoria de vida. Colectivamente manifiesta el deseo de una generación mexicana interesada en construir un régimen democrático y moderno, y utiliza entre sus herramientas una visión del derecho diferente al que se enseña y se practica comúnmente en México. Una visión del derecho que hemos aprendido en libros y ensayos, en autores que estudiamos en clases; pero que también ponemos en operación para construir una autenticidad: un sueño que pretendemos.

<sup>1</sup> Grijelmo, Alex, *La seducción de las palabras*, Madrid, Taurus, 2002, p.11.

<sup>2</sup> Rosales, Luis, *Poesía reunida*, Barcelona, Seix Barral, 1981.

Esta visión del derecho enseña, por ejemplo, que el objeto de estudio de esta ciencia no está constituido sólo por normas y ordenamientos, que el derecho no sólo son reglas, sino también principios, directrices, y valores. Explica que el derecho no se conforma exclusivamente por las instituciones, sino por su vivencia institucional y colectiva, así como por el grado de eficacia de esas normas e instituciones. Sobre todo, esta concepción, con los matices y escuelas que existen, destaca el papel de la argumentación jurídica: cómo esas normas, ordenamientos e instituciones, construidas con palabras, están abiertas al mundo de la cultura, y que al interpretarlas y aplicarlas no estamos frente a un texto, sino, sobre todo, frente a un contexto. El derecho se amplía así a las grandes definiciones de la cultura, de la política, de lo social, de lo económico y, desde luego, a las diferentes visiones de la moral. El derecho es un producto cultural y, como tal, se recrea en la cultura e incluye a las ideologías. La pretensión es siempre comprender utilizando el texto normativo y su contexto cultural.

El presente trabajo explora los cambios más importantes al derecho electoral por la vía de la reforma, pero también abunda sobre las transformaciones al derecho electoral por el recurso de la mutación interpretativa. El autor detalla épocas y etapas de la evolución de la interpretación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a la luz de sus criterios, y coloca como trasfondo el aparato conceptual y teórico más contemporáneo en materia de interpretación y argumentación jurídica. Se pasa revista a las teorías de Perelman y su concepto de auditorio universal; a Toulmin y el análisis de la estructura y elementos de los argumentos; se analiza a McCormick, y la diferencia entre casos fáciles y difíciles, así como los criterios para resolver un caso difícil. El autor propone la teoría de Robert Alexy como un paradigma de la argumentación procedimental habermasiana en el derecho. Los grandes ejes de la teoría argumentativa también son descritos y estudiados: pluralidad interpretativa, círculo hermenéutico, paradigmas y criterios de la interpretación jurídica, las características de la interpretación constitucional, los fines de la interpretación electoral, la racionalidad de las decisiones, la interpretación jurídica en el marco del Estado constitucional de derecho, la irrupción de los principios jurídicos frente a las reglas. Igualmente, se postula la definición en México de los derechos políticos como derechos humanos.

El libro, desde mi punto de vista, contiene las siguientes aportaciones fundamentales:

1. El análisis sobre la evolución del Estado de derecho.
2. La caracterización del actual Estado como constitucional de derecho.
3. El escaso desarrollo teórico en el país de las implicaciones del Estado constitucional.
4. La crítica al formalismo interpretativo en México.
5. La necesidad de un cambio en la cultura e ideología jurídica nacional.
6. La urgencia de desarrollar paradigmas y criterios interpretativos en México, congruentes con la evolución del Estado y el pluralismo político y social.
7. La consideración de los valores y principios como elementos normativos clave para esta transformación.
8. El hecho de considerar a la argumentación jurídica como la actividad central en el derecho.
9. Destacar la centralidad de los órganos jurisdiccionales en el nuevo derecho.
10. La necesidad de promover los mecanismos de acceso a la justicia y protección judicial para todos los ciudadanos.
11. La crítica a las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Instituto Federal Electoral en materia electoral.
12. La pertinencia de darle a los derechos electorales el nivel de derechos humanos.
13. La importancia de legitimar las decisiones electorales tanto desde un punto de vista interno como del externo.

En cuanto a los principios jurídicos, habría que decir que los principios son clave para entender por una parte el paso del Estado de derecho al Estado constitucional; la transformación de la argumentación jurídica con la incorporación del silogismo práctico; la renovación sobre otras bases del carácter sistemático del derecho, y la asunción de una textura siempre abierta en el derecho.

El Estado ya no es, o no debe ser, exclusivamente un Estado de derecho. Hoy es, ante todo, un Estado constitucional. La Constitución no sólo es la norma superior, sino que contiene un material jurídico sustantivo que obliga a todos. La Constitución determina no sólo “quién” y “cómo” se manda, sino también “qué” puede y no puede mandarse. La Constitución limita la ley y, por tanto, a las mayorías legislativas y sociales. La Constitución es-

tablece el coto vedado por donde nadie, ni aun las mayorías electas democráticamente, pueden aventurarse.

El Estado constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas por encima de cualquier otra norma secundaria. Esa prevalencia no es vana; es una prevalencia con consecuencias muy serias. Obliga a todas las autoridades a ajustarse a ella, incluyendo, por supuesto, a los intérpretes. Éstos no pueden aplicar normas sin acudir en primer lugar a la norma constitucional y sus significados. Se trata de un concepto de Constitución normativa exigente, pues acerca la Constitución a cualquiera. Coloca a la Constitución al alcance de todos y evita que sólo determinados augures la interpreten y tengan acceso a ella.

La argumentación jurídica se transforma porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y la razonabilidad. El derecho es algo más que la ley, y su intérprete, más que conocer las reglas, debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico. En palabras de Prieto Sanchís, en el derecho se ha desplazado a la ley en favor de la interpretación:

Primero, el derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuestas a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el derecho no tiene, como pretende, un carácter sistemático o coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras los enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es, en ningún caso, una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 7, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p. 20.

Los principios también modifican el anterior contenido sistemático del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad, incluyendo los elementos morales, sociales o ideológicos que son parte de todo derecho. Las fronteras del derecho se amplían, no se limitan a la ley o la jurisprudencia, ni siquiera a la costumbre. Dentro de las fronteras están las fuentes sociológicas del derecho y toda la variedad de principios y valores contrapuestos en la Constitución. Se pasa del monismo y estatismo en el derecho al pluralismo de fuentes y de orígenes normativos. La sistematicidad no tiene contornos predecibles y claros. Es una sistematicidad difusa que el intérprete debe hurgar en caso concreto. Ciertamente, esa flexibilidad incrementa la exigencia de certeza jurídica; la flexibilidad no es para que el aplicador del derecho haga lo que le venga en gana; es para que el juez se adentre a un contexto más comprometido con la naturaleza formal y material del Estado constitucional. La obligación de razonar las decisiones en términos de derecho válido, vinculando el juicio particular al sentido de justicia de un ordenamiento jurídico, implica recobrar el papel del juez y de la autoridad en su lealtad a la Constitución y al ordenamiento, destierra su papel subordinado y mecánico al derecho, y hace de los funcionarios judiciales y administrativos los principales promotores del Estado constitucional. Se trata, no de poner fin a la seguridad jurídica, sino de asegurarla de una manera más realista y profunda. Se busca, hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino el resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad práctica; por ejemplo, universalidad o abstracción, o presuponiendo un “auditorio universal” de personas inteligentes, responsables y desinteresadas, permita justificar las decisiones no sólo en relación con el ordenamiento, sino en relación con los hechos o las consecuencias finalistas de las decisiones.<sup>4</sup>

La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega en los principios al momento de su aplicación vía la ra-

<sup>4</sup> Velasco Arroyo, Juan Carlos, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, 1999, pp. 49-68.

zonabilidad y la ponderación. La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. Las normas llamadas principios están necesariamente conectadas con su contexto, de una forma que no lo están las reglas, en gran parte debido a la diferente estructura morfológica entre reglas y principios. Es aquí en donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego, habría que decir que la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional. La justificación racional representa la condición de validez y de legitimidad de las decisiones judiciales.

No creo con sinceridad que en México exista una obra como esta, producto no sólo de horas de estudio y de investigación, sino de vivencia interpretativa. Santiago Nieto vivió de cerca los problemas interpretativos y sus complejidades, en el Instituto Federal Electoral, y hemos asistido a las deficiencias interpretativas del derecho electoral tanto en el IFE como en el Tribunal Electoral, pero al mismo tiempo, y en algunos casos, hemos presenciado las superaciones y rectificaciones de los propios órganos aplicadores, lo que prueba que el derecho es algo más que un conjunto de normas: es un conjunto de vivencias en tribunales, órganos administrativos, reflexiones académicas y, desde luego, de pluralidades interpretativas surgidas desde la sociedad. Ejemplo de ello son los casos de Yucatán y Tabasco, que se estudian en estas páginas.

No hay en este libro complacencias. Desde luego que en él puede haber puntos de vista opinables y sujetos al debate, pero en sus palabras hay honestidad intelectual. Tal como lo señala Gadamer: “Ningún marco interpretativo es arbitrario ni, menos aún, “objetivo”.<sup>5</sup> El autor expone su marco de referencia para la interpretación electoral, marco que exige la puesta en duda de algunos dogmas interpretativos en el derecho mexicano. Algunos muy fácilmente rebatibles, como la idea simplista que dice que frente a norma clara no hay intérpretes, y otros más elaborados, que proponen nuevos marcos interpretativos de carácter garantista que buscan potenciar y

<sup>5</sup> Gadamer, Hans-Georg, “Hermenéutica”, *Verdad y método*, Madrid, Ediciones Sígueme-Salamanca, 1994, tomo II, p. 372.

maximizar mediante la interpretación los derechos fundamentales. Esta potenciación será el resultado de la pluralidad interpretativa de los operadores jurídicos y ciudadanos; de la ductilidad de las normas jurídicas, empezando por las constitucionales; del empleo de nuevos métodos interpretativos; de la recuperación de la ponderación jurídica, y, sobre todo, de la permanente deliberación sobre el quehacer cotidiano de las autoridades que aplican día a día normas.

Existen ausencias en el ensayo, que seguramente serán suplidas en obras posteriores. Destaco dos: el no análisis de los ilícitos atípicos, y de las posibilidades de interpretaciones *contra legem*. Respecto a los ilícitos atípicos, hubiera sido importante, para destacar el papel fundamental de los principios en la argumentación, realizar un análisis de los actos ilícitos, tanto los que son opuestos a reglas como los que son opuestos a principios. Como se sabe, los ilícitos atípicos pueden ser el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (*analogia legis*), o bien, ser el producto de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema jurídico, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (*analogia iuris*). Los casos relevantes de ilícitos atípicos son tres: el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder. En los tres ilícitos atípicos, aunque las acciones sean *prima facie* subsumibles en una regla permisiva, ésta se ve desplazada por un principio que tiene más peso. El abuso del derecho implica un ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar, o dañar, sin un fin serio y legítimo, que produce un daño excesivo o anormal. Los supuestos de abuso del derecho son de laguna axiológica en el nivel de las reglas: se trata de casos que las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios, sí debiera tomarse en cuenta como relevante para solucionar prohibitivamente el caso. Los supuestos de fraude de ley también son de laguna axiológica en el nivel de reglas. Los actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla, pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de las reglas. En el derecho contemporáneo, el elemento dominante del fraude de ley no es el engaño, sino el daño. La norma defraudada es un principio, y debe agregarse que el fraude de ley no tiene cabida en el ámbito del derecho penal, por el carácter fuertemente garantista del mismo. La diferencia principal entre fraude de ley y abuso del derecho consiste en que el abuso del derecho es relativo a accio-

nes que constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo, mientras que el fraude de ley es relativo a acciones que suponen casos de uso de un poder normativo por particulares; es decir, de una regla que confiere poder. La desviación del poder entraña el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. El principio que rige en la desviación de poder no es el de autonomía, sino el de interés público; esto es, la obligación de ejercer la función pública al servicio de los intereses generales.

En cuanto a la posibilidad de interpretación *contra legem*, debe señalarse que el nivel de complejidad mayor de esta hipótesis viene dado por la posibilidad de las interpretaciones contrarias a la Constitución. En qué casos es factible apartarse del texto constitucional y asumir una interpretación diversa. O, en todo caso, se podría sostener, no siempre se trataría de interpretaciones contrarias a la Constitución, sino de reformulaciones interpretativas. Pienso que la polémica norteamericana entre originalistas y evolucionistas es un buen punto de referencia para abordar el asunto, al igual que la discusión más clásica en torno a la inconstitucionalidad de reformas constitucionales. El tema, desde luego, tiene sus conexiones con la solución de antinomias entre principios jurídicos contrapuestos y el uso de la ponderación jurídica, como ha sido propuesto en un ensayo reciente de Robert Alexy.<sup>6</sup>

El libro desacraliza el principio de autoridad de los órganos públicos, actitud que es loable por democrática y científica. Existe en todo el hilo argumental de la obra, el deseo, la intención auténtica de comprender, de querer comprender el quehacer de los órganos aplicadores del derecho electoral. Hay una conciencia formada por una actitud claramente hermenéutica receptiva a todo aquello que le viene de fuera. En todo momento esta receptividad no se adquiere por una neutralidad objetivista: ésta no es posible, ni necesaria, ni deseable. La actitud hermenéutica de Nieto supone tan sólo una toma de conciencia que, cuando designa opiniones y prejuicios, los califica como tales para reducir sus efectos exagerados. Se critica, por ejemplo, la actividad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para proponer otros derroteros, pero se admite lo positivo de los criterios interpretativos hasta ahora empleados.

<sup>6</sup> Alexy, Roberto, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, pp. 13-64.

## PRÓLOGO

XXIII

No me resta en este prólogo sino invitar a los lectores a que desarrollen a su vez sus capacidades hermenéuticas y críticas con este libro, libro que, como todos, es producto de su tiempo, y que aspira a ser una contribución en el desarrollo jurídico de México.

Jaime CÁRDENAS