

CAPÍTULO II

REGLAS ELECTORALES Y NUEVA CULTURA JURÍDICA

I. CULTURA JURÍDICA TRADICIONAL *VERSUS* CULTURA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

Para construir un Estado constitucional y democrático del derecho, además de nuevas reglas e instituciones, tanto electorales como de otra índole, es necesario modificar la cultura jurídica de los operadores jurídicos.³² Existen en México categorías jurídicas tradicionales que obstaculizan los procesos de comprensión de las nuevas realidades sociales, políticas y económicas. Hay algunos dogmas del derecho que han tenido en nuestro país desde hace mucho tiempo su traducción más burda, simplista y mecanicista; por ejemplo, la concepción de la Constitución como documento puramente político. Estas son barreras que se van incorporando a nuestro arsenal de conceptos, y que se vuelven contra nosotros categorías, impiden reflexionar el sistema jurídico de otra manera; asimismo, son conceptos y categorías que unidimensionalizan la realidad jurídica, la empobrecen y la reducen. Se nos dice, entre otras cosas, que estas categorías son necesarios para garantizar la seguridad jurídica, valor o finalidad del derecho que se coloca siempre en México por encima de otros fines o valores, como la libertad, la igualdad, el pluralismo o la justicia, y no en relación

³² Cárdenas Gracia, Jaime, “Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 119, 2007.

con ellos, y que acaba por transformarse en un instrumento del *statu quo*, en una herramienta ideológica que mantiene la correlación de fuerzas políticas, sociales y económicas, que hace del derecho un obstáculo al cambio y no un promotor de este.

No existe un esfuerzo serio aún por desenmascarar la fuerza ideológica de las categorías jurídicas. Estas son aplicadas todos los días en los tribunales y por las autoridades administrativas del país. No se repara en ellas con una visión crítica: estructuran nuestro conocimiento jurídico y al hacerlo lo disciplinan. Los dogmas de nuestra realidad provienen del positivismo más tradicional, en algunos casos son anteriores a Kelsen y a Hart. El profesor de Viena es estudiado en las escuelas y facultades de derecho, pero en la actuación de autoridades y jueces es olvidado para preferir visiones más simplistas, que no cuentan con el rigor formal del autor de la *Teoría pura del derecho*. La cultura jurídica tradicional se ha basado, entre otros elementos, en el estatalismo (las normas jurídicas solo son producidas y aplicadas por los órganos del Estado); en el entendimiento de que la ley es la fuente formal más importante del derecho; en la coactividad como elemento determinante para definir a la norma jurídica y al derecho; en el método gramatical como el método fundamental para la interpretación del derecho; en el empleo del silogismo y la subsunción como otros métodos principales de la interpretación, y en la falsa afirmación de que el derecho carece de ideología.

Necesitamos un cambio en la cultura jurídica nacional que acompañe el proceso de transición a la democracia. Es absurdo que la transición se plantee solo como un cambio en las reglas del juego político que tienen que ver con el acceso y el ejercicio del poder público, pero que no se plantee también como un cambio en la manera de concebir y entender el derecho por parte de los operadores jurídicos. Podríamos hipotéticamente acordar las mejores reglas e instituciones, pero ello poco serviría si ese proceso no se acompaña con maneras diversas de entender lo jurídico y las potencialidades que esa nueva comprensión genera para me-

por proteger y garantizar los derechos fundamentales y los principios democráticos. Un cambio en la cultura jurídica potenciaría los avances institucionales, les daría una profundidad que hoy no se tiene. Tengo la convicción que, entre otras razones, nuestra transición no ha avanzado lo suficiente, porque los operadores jurídicos la suelen frenar con sus visiones tradicionales sobre el derecho, principalmente los límites que incorporan las escuelas tradicionales de la interpretación y la argumentación.

Hoy debemos entender el derecho y sus alcances de una manera diferente a la del pasado. Debemos remover dogmas y obstáculos para que lo jurídico no sea más un elemento de neutralidad y de asepsia social. El derecho tiene que estar comprometido con los fines y principios del ordenamiento, pero también con la realidad. El derecho no puede ser el obstáculo al cambio social, sino el promotor de este; es decir, la palanca fundamental para nuestro desarrollo en sociedad.

Se nos enseñó en las facultades de derecho del país que el derecho solo era un conjunto de normas externas, bilaterales, heterónomas y coactivas. Jamás nuestra comprensión ha visto al derecho desde la argumentación que las autoridades y los operadores jurídicos hacen sobre las normas. Por otra parte, el Estado de derecho ya no es el imperio de la ley, sino el imperio del derecho; esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores. La profundidad del Estado de derecho se mide por la pluralidad y la calidad de la argumentación.³³

El Estado de derecho —como dice Pisarello³⁴ en su polémica con Eusebio Fernández— implica, por un lado, el sometimiento del propio Estado a la legalidad, pero también es indispensable

³³ Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 17-46; *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 105-124.

³⁴ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, *Revista Sistema*, Madrid, núm. 134, mayo de 1988, pp. 97-106; Fernández García, Eusebio, “Hacia un con-

proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos, sin importar que estos cuenten con el apoyo coyuntural de la mayoría, sobre todo frente a fenómenos de corrupción o de terrorismo de Estado, y por otro, significa controles para los poderes privados, para el mercado, y garantías de derechos sociales de prestación, las cuales protejan a los ciudadanos de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su propia lógica, produce. Además, el Estado de derecho hoy en día es constitucional, lo que entraña su carácter democrático, promotor de la participación y deliberación ciudadana sobre todos los asuntos de relevancia pública; por ello, está orientado hacia la protección de los derechos fundamentales, tanto de libertad como de naturaleza social, económica y cultural, así como incluyente con derechos fundamentales de nuevas generaciones, que se inscribe en un contexto de sociedades pluralistas, multi-culturales y heterogéneas dentro de procesos de globalización. Igualmente, el Estado de derecho contemporáneo no concibe al derecho exclusivamente como un conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan el derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación de la fuerza expansiva de los principios es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el Estado de derecho no es ya el imperio de la ley, sino el imperio del derecho; esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores.³⁵

La argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales.³⁶ Los métodos interpre-

cepto restringido de Estado de derecho”, *Revista Sistema*, Madrid, núm. 138, pp. 101-114.

³⁵ Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 2001, pp. 17-44.

³⁶ García Amado, Juan Antonio, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 131-145; *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 31-33.

tativos que hoy conocemos —gramatical, lógico, histórico, sistemático, etcétera— aparecen cuando se hizo evidente en el siglo XIX que era imposible el mito de la claridad de la ley. La teoría del derecho tuvo que idear algunos métodos interpretativos para que el derecho no perdiera seguridad jurídica. Savigny estableció cuatro cánones de la interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático) para permitir al intérprete hallar la idea inmanente a la ley, averiguar el pensamiento del legislador, actuar con objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales. En Francia, en el Código de Napoleón de 1804 se dio total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador, pues detrás de la letra de la ley hay una voluntad que ilumina sin posibilidad para la incertidumbre. En Alemania, la jurisprudencia de conceptos entendió que por detrás de las normas jurídicas existe un entramado de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal. Conceptos como negocio jurídico, testamento, contrato, compra-venta y préstamo no son puros nombres de coyunturales invenciones del legislador, sino realidades ontológicas que permiten dar solución a cualquier conflicto. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, también en Alemania, el segundo Ihering propone el método teleológico o funcional basado en la vida social e histórica, en donde lo que importa para determinar el significado de la norma es analizar el fin o los fines a los que sirve. En Francia, Geny señala que la norma legal no agota el derecho ni predetermina la sentencia, con lo que queda siempre un amplio espacio para la valoración. Poco a poco interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cada vez es más valorar y decidir; el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación, sino que ahora son criterios sociológicos de justicia.

El paso al irracionalismo estaba dado. Los irracionistas sostienen que no hay método o procedimiento que pueda dotar de garantías a la decisión jurídica, que sería, sobre todo, una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. En esta posición están teorías como el movimiento del derecho libre

(Kantorowicz, Fuchs o Ehrlich) y el realismo jurídico estadounidense más extremo, como el de Frank, o también el realismo jurídico escandinavo de Alf Ross. Hans Kelsen forma parte también de esta corriente, pues la decisión del juez no tiene carácter científico, sino es política jurídica, o sea, un acto volitivo del juez que escoge entre distintas alternativas de solución y aplica el derecho al caso particular. Frente a los irracionalistas encontramos también posiciones racionalistas, los cuales consideran que sí es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan una interpretación de los términos legales de manera correcta y objetiva.

Las teorías de la argumentación son el producto de esta larga polémica histórica; estas teorías aceptan las críticas del irracionalismo, pero intentan superarlas con medios diferentes a los de los racionalistas. A su vez, las teorías de la argumentación constituyen un nuevo paradigma, porque no solo se preocupan por la decisión jurídica de las autoridades, sino que traspasan el edificio jurídico y entienden el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico; es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo, sino por uno intersubjetivo; además, las razones con las que cuentan no son las de conciencia subjetiva del intérprete, sino de argumentos intersubjetivos; de igual forma, las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas. En las teorías de la argumentación importa cómo se argumenta, cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos. En otras palabras, si tenemos en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación.

Lo fundamental en todas estas teorías es el reconocimiento de que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico ni

el derecho un sistema axiomático.³⁷ El derecho no solo se conforma por reglas que obedecen a la interpretación silogística y a la subsunción, sino que también se encuentra conformado por principios constitucionales y directrices, y, desde luego, es siempre reformulado por la argumentación.³⁸ El reconocimiento de los principios es clave para entender el modelo argumentativo del derecho en adición al normativo, realista o puramente axiomático.³⁹ Los principios y la argumentación han superado la visión formalista del derecho centrada exclusivamente en una de las expresiones de las normas, que son las reglas.⁴⁰

En nuestra tradición, el derecho debía ser estatal, de origen legislativo, imperativo y de aplicación mecánica. Ninguna de esas cuatro características es correcta. El derecho no se origina solo en los órganos del Estado, sino también en la sociedad (por ejemplo, en las comunidades indígenas); el derecho más importante no está en la ley, sino en la Constitución; igualmente, las principales normas del sistema, como la soberanía popular, carecen de sanción, y la interpretación de normas constitucionales no es una operación mecánica ni silogística, sino una que recurre a la ponderación entre principios contrapuestos.

El neoconstitucionalismo, a diferencia del “excesivo positivismo”,⁴¹ presenta a la Constitución como el centro, la base y el fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradi-

³⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 205-280.

³⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 109-156.

³⁹ Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁴⁰ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-25.

⁴¹ Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

cionales del derecho, sino mediante la ponderación. A su vez, la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, mientras que la ley pasa a segundo plano; es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución, y además, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad, sino otro heterogéneo, en donde los sentidos y los significados de la Constitución son plurales y, en ocasiones, difícilmente compatibles.

En estas nuevas realidades se pone en evidencia que el derecho no siempre tiene un origen estatal, rompiendo con ello una de las ideas tradicionales del positivismo. En efecto, el derecho tiene también orígenes plurales en las comunidades indígenas, los partidos, los sindicatos, las iglesias, los organismos internacionales, etcétera, y no necesariamente ese mundo normativo que es eficaz tiene el reconocimiento de los órganos del Estado. Además y debido a la importancia de la interpretación y de la argumentación, el derecho ya no descansa preponderantemente en cuanto a su origen y formación en los órganos legislativos, sino que el derecho legislado es reelaborado por jueces y autoridades administrativas. Los tribunales constitucionales lo definen por encima del legislador, cuando determinan los sentidos de las normas constitucionales. Aquella visión de la escuela de la exégesis sobre el papel del legislador racional (que no se equivoca, que no hace nada inútil, que es previsor, etcétera) ya no se sostiene, y el legislador ha dejado de ser el señor del derecho, dando paso a que su lugar sea ocupado por el juez constitucional. La imperatividad del derecho también está en crisis: las principales normas del sistema carecen de sanción y su cumplimiento no depende de su grado de coerción, sino de su nivel de legitimidad y respaldo social. En este sentido, las características clásicas del derecho en el positivismo han sido trastocadas: existe pluralismo jurídico y no monismo; el derecho no tiene necesariamente un origen estatal; el legislador no es el sujeto por antonomasia del derecho, y la coerción no es el dato fundamental para saber cuándo una norma debe ser considerada como jurídica.

En cuanto a la interpretación, la subsunción y la aplicación mecánica están reservadas para los casos fáciles, en donde no se ponen en duda las premisas. En los casos difíciles, en donde se ponen en duda las premisas, se debe acudir a formas argumentativas diversas, de carácter retórico u otras que se apoyan en el principio de proporcionalidad. El silogismo y la subsunción son métodos argumentativos que no sirven para resolver una colisión de principios constitucionales, y estos han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho. Las razones son las siguientes: los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible; un principio no puede invalidar a otro, y en la solución de la colisión entre ellos se busca la concordancia de principios en el ordenamiento. El principio de proporcionalidad, vía para resolver las colisiones de principios,⁴² está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia en la realización del fin perseguido mediante la intervención legislativa.

⁴² Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 9-13; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 686-798. También véase Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Ibañez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 1-18.

En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios a priori y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas. El principio de proporcionalidad es superior a otras vías o métodos, porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad; es decir, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social.

La formalidad jurídica en el pasado negó que el derecho tuviera como origen un partido hegemónico, que generaba el derecho para recrear el sistema. En la actualidad, la formalidad jurídica intenta negar que el derecho tiene su origen en la partidocracia y en los pactos entre los partidos; es decir, se rechaza que los contenidos de la ley están contractualizados y responden a la visión de la clase política y no a la visión de los ciudadanos.

Desde la visión política del derecho no puede desconocerse que todo sistema normativo está dentro de un contexto y que, como dicen los hermenéutas, los textos se leen o se deben leer desde esos contextos. Los sistemas jurídicos no se producen por generación espontánea, sino que tienen una razón de ser y objetivos políticos evidentes. Ello obliga a estar abierto a nuestras realidades. En el pasado, el derecho mexicano provenía de un sistema autoritario⁴³ y, en buena medida, el orden normativo buscaba apuntalar y consolidar ese tipo de régimen. Principalmente, el derecho público nacional pretendía lograr esos objetivos. Un repaso a la legislación electoral de la época y a la actuación de las autoridades que la aplicaban darían cuenta de lo que aquí se dice. El cambió de régimen que se dio principalmente en el ámbito electoral propició nuevas formas de entender el derecho electoral; sin embargo, el resto del sistema normativo sigue in-

⁴³ Para una tipología de los regímenes no democráticos, véase Linz, Juan, "Totalitarian and Authoritarian Regimes", en Greenstein, Fred I. y Polsby, Nelson W. (eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3, "Macropolitical Theory", Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company, 1975, pp. 24-267.

cólume, principalmente en cuanto a las reglas del ejercicio del poder público.

La transición a la democracia no ha concluido, porque no se ha transformado el entramado institucional, compuesto por las reglas de acceso y el ejercicio del poder público. Además, la necesidad de un nuevo entramado institucional requiere venir acompañada de una nueva cultura jurídica que afronte la interpretación de las nuevas reglas y principios desde una visión de Estado constitucional democrático, en donde los derechos humanos y los principios democráticos sean las bases de la argumentación y de la nueva legitimidad.

El derecho, principalmente el público, del régimen anterior debió leerse desde sus contextos. No partir de ese entendimiento implicó un ejercicio de mera formalidad, y lo que es peor, de convalidación de un *statu quo* inaceptable. El derecho de nuestra época (de la etapa transición) también debe partir del nuevo contexto, un régimen democrático que está por construirse, en donde la partidocracia y otros intereses pueden generar un sistema normativo y una interpretación jurídica alejada de los ciudadanos. En particular debe concebirse al contexto democrático que existe y que se desea construir.

Así se debe discutir si el sistema representativo es un horizonte deseable. Para Boaventura de Sousa Santos, la forma actual de democracia representativa tiene su origen en la obra de Kelsen, quien la entendió como una suma de procedimientos al interior de los parlamentos, y un proceso dialéctico dentro del relativismo moral para resolver diferencias y crear normas; Kelsen redujo los problemas de legitimidad a cuestiones de legalidad.⁴⁴ Schumpeter, Bobbio y Dahl, entre otros, desarrollaron los conceptos kelsenianos. Schumpeter entendió que la democracia era algo alejado de la soberanía popular; según él, la democracia es un método político; es decir, un arreglo institucional para

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 85-104.

llegar a decisiones políticas y administrativas.⁴⁵ Bobbio sostuvo que la democracia representativa es un conjunto de reglas para la formación de mayorías —igual peso de los votos, no distinciones económicas, sociales, religiosas en la constitución del electorado—.⁴⁶ Para Dahl, la democracia es una poliarquía, en donde diferentes grupos compiten por el poder bajo ciertas reglas, las cuales permiten crear condiciones de equidad entre los contendientes y ofrecer información adecuada para que los ciudadanos puedan optar por alguno de los grupos.⁴⁷ En estas concepciones y otras parecidas a las anteriores, la democracia suele quedar reducida a las elecciones y ello trae aparejado muchos problemas; por ejemplo, el de si las elecciones agotan los procedimientos de autorización de gobernados a gobernantes, y si los procedimientos representativos agotan la representación de las diferencias sociales. En otras palabras, la democracia no puede significar solo elecciones, ya que el ciudadano sería esclavo o rehén en las etapas interelectorales; por ello, los sistemas representativos requieren de una reforma a fin de introducir elementos que vinculen a los ciudadanos con los representantes más allá de la jornada electoral.

Frente a las concepciones electoralistas de la democracia existen otras propuestas que ponen el acento en distintos temas: las potencialidades de la participación; la importancia de la publicidad; el reconocimiento de la deliberación de asuntos públicos; la rendición de cuentas horizontal; el control social del poder; la posibilidad de contrarrestar la influencia de los factores reales de poder, que buscan excluirse del campo del derecho; la democracia interna y el control de los partidos, y muchas otras inno-

⁴⁵ Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper and Row, 1962, p. 269.

⁴⁶ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 459 y 460.

⁴⁷ Dahl, Robert, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971, pp. 4-8.

vaciones institucionales que pretenden ampliar los espacios de deliberación y de participación ciudadana.

El tipo de democracia a construir es un contexto, entre otros, a tomar en cuenta; otros posibles contextos se refieren al modelo de sociedad o de economía por apuntalar. Desde luego que un contexto no da lo mismo que otro al momento de entender al derecho desde una perspectiva dinámica que no se quede en la mera formalidad, por otra parte, mentirosa del puro texto.

II. LOS ELEMENTOS IMPRESCINDIBLES PARA EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA CULTURA JURÍDICA NACIONAL

La cultura jurídica tradicional se está transformando con la aceptación paulatina de otros paradigmas, que están constituyendo poco a poco una nueva cultura jurídica nacional. Los nuevos paradigmas son: 1) el reconocimiento del pluralismo jurídico; 2) la aceptación de la diversidad de normas jurídicas (reglas, principios y valores); 3) el entendimiento de que el orden jurídico puede emplearse para transformar el *statu quo*; 4) la idea de que es obligación de todos los jueces y autoridades interpretar desde la Constitución, sobre todo después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011; 5) el reconocimiento del papel del contexto en la interpretación; 6) la supeditación de la legalidad a la constitucionalidad; 7) aparición de nuevos métodos de interpretación (principio de proporcionalidad); 8) una certeza jurídica más exigente; 9) un juez constitucional necesitado de legitimidad democrática, y 10) el reconocimiento de que no hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

1) El pluralismo jurídico se aceptó claramente en México con la reforma constitucional en materia indígena de 2001. Este cambio constitucional reconoció que no solo los órganos del Estado producen, interpretan y aplican el derecho. Los sistemas normativos de los pueblos indígenas surgen al margen de los órganos tradicionales del Estado y son aplicados e interpreta-

dos por las autoridades de los pueblos originarios. El pluralismo jurídico también se manifiesta en los partidos políticos, los sindicatos, los organismos empresariales y en los poderes fácticos. No siempre es un pluralismo jurídico democrático y respetuoso de los derechos fundamentales, porque apela a autonomías autoritarias, excluyentes, que son contrarias a las minorías. El reto consiste entonces en promover un pluralismo jurídico que responda a la heterogeneidad social y política del país, y que sea al mismo tiempo democrático y garantista de los derechos fundamentales.

2) La concepción de que el material normativo, además de estar conformado por reglas, está integrado por principios y valores jurídicos se acepta con mayor facilidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación asumen que cuando interpretan normas constitucionales estas son principios y no reglas, lo que tiene consecuencias para la interpretación y la argumentación jurídicas. El resto de los jueces y las autoridades no tenían esa apreciación; sin embargo, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, que obliga a la interpretación conforme y *pro homine*, esa circunstancia podría cambiar si se asume y materializa plenamente por todas las autoridades del país.

3) Algunos sectores de la sociedad y de los operadores jurídicos, a veces con timidez, comienzan a reconocer que el ordenamiento jurídico no debe ser un instrumento para mantener el *statu quo*, sino que puede ser una herramienta para modificarlo; es decir, que el ordenamiento puede ser un elemento clave para promover el cambio social. Desde luego, esta visión tiene una fuerte carga ideológica que deviene de escuelas como la del uso alternativo del derecho o los Critical Legal Studies de la Universidad de Harvard. En la medida que México se incorpore a la idea de que el juez y la autoridad hacen crítica jurídica cuando interpretan y argumentan el derecho, se irá imponiendo la concepción de que el orden jurídico sirve para promover cambios sociales, económicos y políticos.

4) Un cambio en la cultura jurídica que es necesario introducir en el país implica aceptar que todos los jueces y las autoridades pueden interpretar las normas secundarias desde la Constitución —lo que no significa necesariamente para todas las autoridades el poder desaplicar normas o la atribución para declararlas inconstitucionales—. El reconocimiento de que los jueces y las autoridades tienen competencia para interpretar “desde la Constitución” no haría otra cosa más que cumplir con los principios previstos en los artículos 1o., 41, 128 y 133 de la ley fundamental. La importancia de este cambio es obvia, porque haría accesible la Constitución a todas las autoridades y personas; garantizaría el cumplimiento del principio de supremacía constitucional; la validez jurídica tendría una traducción real y no simulada; se respetaría el principio de jerarquía normativa, y coadyuvaría a que la Constitución fuera normativa y no nominal o semántica. La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 912/2010, que analizó el caso de Rosendo Radilla, abona en ese sentido, pero es solo el principio de una transformación que en el país es aún incipiente.⁴⁸

5) Reconocer el papel del contexto entraña conectar al intérprete con la realidad. El formalismo de la interpretación tradicional estaba centrado exclusivamente en la norma jurídica, en sus problemas de definición lingüística, sin tomar en cuenta al caso. Los operadores jurídicos no pueden seguir actuando aislados de la experiencia. Se requieren legisladores, jueces y autoridades que comprendan la realidad, asumiendo no solo las diversas lecturas del ordenamiento jurídico, sino también las diversas perspectivas de la realidad. En este sentido, parece abrirse paso al lema de los hermenéutas, el cual dice que los textos se lean siempre desde un contexto para ser aprehendidos a cabalidad.⁴⁹

6) En el cambio en la cultura jurídica que se avecina, la legalidad queda supeditada a la constitucionalidad en un sentido

⁴⁸ *Diario Oficial de la Federación* del 4 de octubre de 2011.

⁴⁹ Gadamer, Hans-Georg, “Hermenéutica”, *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994, t. II, pp. 363-373.

fuerte. El principio de supremacía constitucional será realidad, cuando todos los operadores jurídicos puedan interpretar y argumentar “desde la Constitución”, y cuando existan más medios de defensa de la Constitución. Los actuales mecanismos de control de constitucionalidad (el amparo, acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales) son insuficientes para que la Constitución prevalezca sobre cualquier norma secundaria y sobre cualquier acto de autoridad. El reto para contar con un Estado constitucional y democrático de derecho pasa indefectiblemente, porque los principios de la Constitución sean efectivamente supremos. Ello auxiliará a que la realidad coincida con la normatividad o, en otras palabras, conectará el deber ser con el ser, que es el ideal de la Constitución normativa. Además, contaremos con una Constitución que estará viva, que no será una ficción o una simulación, porque tendrá traducción cotidiana en la realidad.

7) El cambio en la cultura jurídica requiere entender los nuevos métodos de interpretación y argumentación. La subsunción y la aplicación mecánica están reservadas para los casos fáciles, en donde no se ponen en duda las premisas normativas y fácticas. En los casos difíciles, en donde se ponen en duda algunas de las premisas, se acude a formas argumentativas diversas, de carácter retórico u otras que se apoyan en el principio de proporcionalidad.⁵⁰

8) En la nueva cultura jurídica, la certeza es más exigente, porque ya no se obtendrá, en los casos difíciles, con un mero silogismo, sino con otros métodos que exigen razonamientos complejos. En el derecho por principios no existe solo una respuesta correcta, sino que puede haber diversas respuestas e interpretaciones que son razonables. Solo la calidad y la profundidad de los argumentos pueden brindar algún tipo de certeza; esta ya no deviene de la elaboración de silogismos o de la aplicación del

⁵⁰ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 9-13; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 686-798.

método subsuntivo, sino que es resultado de un mayor esfuerzo argumentativo, que aspira a soluciones plausibles o razonables, pero nunca totalmente ciertas, porque en el Estado constitucional y democrático de derecho no existen verdades indubitables y definitivas. Hay verdades relativas y temporales que dependen de la solución de cada caso concreto, y que pueden ser revisadas en casos posteriores si existen mejores argumentos.

9) Un problema derivado de la nueva cultura jurídica tiene que ver con la posición y legitimidad del juez constitucional; este juez se está transformando en un sujeto privilegiado, porque define los significados últimos de la Constitución; sin embargo, carece de legitimidad democrática, porque sus titulares no son electos. En un ensayo reciente, denominado “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”,⁵¹ Roberto Gargarella expone la variedad de los recursos interpretativos del Tribunal Supremo de Argentina. Este autor enumera los siguientes: interpretación literal; interpretación popular; interpretación especializada; interpretación intencional; interpretación voluntarista; interpretación justa; interpretación orgánico-sistemática; interpretación realista; interpretación que asume la existencia de un legislador perfecto; interpretación dinámica; interpretación teleológica; interpretación conforme a la autoridad externa; interpretación constructiva; interpretación continuista, e interpretación objetiva.

La anterior profusión de métodos interpretativos es expresión de la falta de certeza en las decisiones y la gran discrecionalidad de la Corte Suprema de Argentina. El profesor argentino considera que los tribunales de constitucionalidad deberían tener controles democráticos, y de manera radical concluye que la interpretación final debe volver a la ciudadanía, lo que significa que el derecho debe vincularse con procesos igualitarios de discusión pública.

⁵¹ Gargarella, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”, trabajo inédito, 2010.

Los jueces constitucionales deben entender que ocupan un lugar subordinado a la ciudadanía, por lo que se requiere de otros diseños constitucionales que devuelvan los significados de la Constitución a la sociedad.

Comparto con Gargarella la necesidad de que cualquier tribunal constitucional o corte suprema que realice funciones de constitucionalidad proponga a la ciudadanía, antes de resolver sobre constitucionalidad de leyes, normas generales o tratados, un diseño en donde la sociedad sea la que defina, en última instancia, la decisión que debe adoptarse. Este diseño atenuaría el elitismo y el déficit de legitimidad de los tribunales constitucionales y de las cortes supremas.

10) Un rasgo de la nueva cultura jurídica implica asumir el carácter ideológico y valorativo del derecho, mas no neutral. Los principios de la nueva cultura jurídica se orientan a fines como la libertad, la igualdad, la paz, la democracia, la tolerancia, el pluralismo político y jurídico, la maximización de los derechos fundamentales. Los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho también deben orientarse por esos fines. El derecho, por tanto, no es un instrumento de mantenimiento del *statu quo*, sino una herramienta para la transformación social, política y económica. El juez cuando interpreta desde la Constitución hace crítica jurídica al ordenamiento secundario. El juicio de validez jurídica —de constitucionalidad— es profundamente ideológico, porque sirve para determinar cuando la norma infraconstitucional se aparta de los contenidos constitucionales. De esta suerte, el derecho de nuestro tiempo está comprometido con los principios y valores de la democracia y de los derechos fundamentales. Es un derecho ideologizado opuesto al derecho formal y supuestamente neutral del positivismo tradicional.⁵²

⁵² Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2006, p. 199.

III. ALGUNAS DECISIONES DEL PROCESO ELECTORAL DE 2012 QUE RESPONDIERON A LA VIEJA CULTURA JURÍDICA NACIONAL

El principal ejemplo de esa vieja cultura jurídica nacional lo constituye la resolución que se dictó por la Sala Superior en el juicio de inconformidad 359/2010, pero esa determinación será materia de un capítulo subsecuente. En ese apartado expondremos cómo esa decisión, a pesar de aparentemente fundarse en la interpretación conforme y en la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, no materializa, no desarrolla ni maximiza los derechos fundamentales.

1. *La solicitud de doce debates en lugar de spots*

El 18 de enero de 2012 López Obrador pidió con anticipación que el Consejo General del Instituto Federal Electoral organizara doce debates entre los candidatos a la presidencia de la República en lugar de la transmisión de spots. La petición se fundamentaba, entre otras normas, en los derechos de petición e información. Se insistía en el escrito acerca del valor de la discusión pública sobre los asuntos nacionales, que interesan a todas las personas, y en la salvaguarda del derecho a la información, con el objetivo de materializar el voto de manera libre, secreta e informada.

Para justificar y respaldar su solicitud, López Obrador realizó una serie de consideraciones jurídicas, que por su oportunidad me permito a exponer:⁵³

Se señala en esa carta que la base III del artículo 41 de la Constitución, en sus apartados A y B, proporciona principios constitucionales que debemos atender en materia de radio y televisión. Entre ellos destacaba el previsto en el último párrafo del apartado

⁵³ La carta completa de López Obrador al IFE fue publicada completa por el portal de internet de la agencia de noticias “Animal Político”, el 19 de enero de 2012.

B, de la citada base III, del artículo 41 de la Constitución, que dispone:

Quando a juicio del Instituto Federal Electoral el tiempo total en radio y televisión a que se refieren este apartado y el anterior fuese insuficiente para sus propios fines o los de otras autoridades electorales, determinará lo conducente para cubrir el tiempo faltante, conforme a las facultades que la ley le confiera.

La norma constitucional, que obligó a legislador a desarrollar el anterior principio, se repite, pero no se precisa ni se regula en la legislación secundaria. A este respecto, el artículo 73 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, exclusivamente, tal y como lo establece la norma constitucional, “faculta al IFE para que determine lo conducente para cubrir el tiempo faltante en radio y televisión a fin de satisfacer los fines del Instituto” y los de otras autoridades electorales.

Entre los fines del Instituto Federal Electoral, según el artículo 105 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, están los siguientes: contribuir al desarrollo de la vida democrática (de hecho, es el primer fin del Instituto); preservar el fortalecimiento del régimen de partidos políticos; asegurar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos político-electorales y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones; garantizar la celebración periódica y pacífica de las elecciones; velar por la autenticidad del sufragio; llevar a cabo la promoción del voto y coadyuvar a la difusión de la educación cívica y la cultura democrática, y fungir como autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión destinado a los objetivos del Instituto, de otras autoridades electorales y de los partidos.

Los anteriores fines son compatibles jurídicamente con la competencia o facultad a cargo de la autoridad electoral para ampliar el número de debates entre los candidatos presidenciales y, con la realización de estos, bajo criterios de calidad, respeto y garantía de los derechos fundamentales de expresión e información a favor de los ciudadanos. Los fines del IFE obligan

a la autoridad electoral a promover la democracia mediante la discusión pública, política y electoral (entre partidos y candidatos) de los grandes problemas nacionales de cara y frente a la sociedad.

En materia de debates entre candidatos presidenciales, el artículo 70 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece importantes reglas que estimaba López Obrador como acordes y atinentes con su petición. Resaltaba las siguientes:

El párrafo cuarto de ese artículo indica que las estaciones y canales que decidan transmitir en vivo los debates presidenciales quedan autorizados “a suspender, durante el tiempo correspondiente, la transmisión de mensajes que correspondan a los partidos y a las autoridades electorales”; es decir, es dable jurídicamente suspender spots de partidos, del IFE y de otras autoridades electorales para transmitir debates entre candidatos.

El párrafo tercero de la norma en cuestión, además de establecer que los debates se transmitirán en vivo y que el Instituto dispondrá de lo necesario para la producción técnica y difusión de los debates, señala que el Instituto realizará las gestiones necesarias a fin de propiciar la transmisión de debates en el mayor número de estaciones y canales. La finalidad de la norma es obvia, y consiste en que el mayor número de ciudadanos tenga acceso en vivo a los debates entre candidatos presidenciales.

El párrafo segundo del artículo 70 del Código faculta al Consejo General del IFE a determinar lo necesario —previa opinión de los partidos respecto al día y la hora— para realizar los debates entre los candidatos presidenciales. La regla pone en evidencia las amplias competencias del Consejo General del IFE en la materia.

Finalmente, respecto al artículo 70 del COFIPE, el cual indica que, con motivo de las campañas para presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el Instituto coordinará la realización de dos debates, conforme a lo que determine el Consejo General, López Obrador expresaba que la norma podía ser interpretada,

en cuanto a sus alcances jurídicos, al menos de dos maneras: en un sentido restrictivo y limitativo, que presuma que solo pueden existir dos debates entre candidatos presidenciales, y en un sentido amplio, en donde el significado de la norma sea que al menos deben ser dos los debates, pero podrían realizarse más.

López Obrador estimaba que la interpretación correcta, tanto gramatical y sistemática como funcionalmente, es la amplia y garantista con los derechos fundamentales, por las siguientes razones:

Gramaticalmente, el párrafo 1 del artículo 70 del COFIPE nunca señala limitativamente que solo serán dos debates. La norma dice que el Instituto coordinará la realización de dos debates, pero no estatuye que solamente sean dos. Es más, la parte final del párrafo alude a que la realización de los debates será conforme a lo que determine el Consejo General. El párrafo segundo del artículo comienza estableciendo que los debates serán realizados el día y la hora que determine el Consejo General, escuchando previamente la opinión de los partidos, y en la segunda parte de ese párrafo se indica para el supuesto de falta de acuerdo entre los partidos y la autoridad electoral una temporalidad expresa; sin embargo, jamás los párrafos incorporan expresiones limitativas como “solo dos debates”; “exclusivamente dos debates”; “no podrá haber más de dos debates”; etcétera. Gramaticalmente lo que la norma da a entender es que al menos habrá dos debates.

Sistemáticamente, López Obrador afirmaba que su interpretación también estaba respaldada por múltiples disposiciones constitucionales, convencionales y legales.

Constitucionalmente, López Obrador mencionaba algunas normas. El artículo 3o. de la carta magna define a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. El artículo 6o. de la Constitución establece, entre otros, los principios y los derechos fundamentales de libertad de expresión, máxima publicidad y la garantía estatal del derecho a la información de los ciuda-

danos. El artículo 39 de la Constitución indica que la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo, y que los poderes públicos dimanan del pueblo y se instituyen para beneficio de este. El artículo 40 de la Constitución recoge el principio democrático como uno de los que constituye a la República. El artículo 41 de la carta magna dispone que los partidos políticos tienen como fin básico promover la participación del pueblo en la vida democrática. El mismo artículo 41 constitucional confiere al IFE la facultad de determinar lo conducente para cubrir el tiempo faltante de radio y televisión para cumplir sus fines.

Convencionalmente, los artículos 13 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantizan y promueven la libertad de expresión, información y derechos políticos de los ciudadanos. Así, el primer párrafo del artículo 13 del citado instrumento internacional indica que las libertades de expresión y pensamiento comprenden la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. El artículo 23 de la citada Convención garantiza el derecho para que todos los ciudadanos participen en la dirección de los asuntos públicos y la posibilidad de votar en elecciones donde se garantice la libertad de expresión. Los artículos 1o., 2o., 29 y 30 de la misma Convención establecen la obligación de los Estados parte de cumplir con los derechos fundamentales y de maximizarlos siempre a favor de las personas y de la libertad.

Legalmente, los fines previstos por el artículo 105 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales obligan al IFE a realizarlos en la mayor medida de lo posible, esto para garantizar los derechos fundamentales de carácter político de los ciudadanos. Como se señaló, los párrafos tercero y cuarto del artículo 70 del COFIPE permiten la suspensión de spots para transmitir debates, y orientan a las autoridades electorales para que en los debates entre los candidatos presidenciales el mayor número de ciudadanos tenga acceso a ellos.

Sistemáticamente, el ordenamiento jurídico está construido para promover y ampliar los derechos fundamentales de las perso-

nas y de los ciudadanos, y para maximizar los principios y los procedimientos democráticos, en primer lugar, como una forma de vida y fundamento de las instituciones del Estado, y, posteriormente, como una forma de gobierno. De esta suerte, la interpretación correcta al primer párrafo del artículo 70 del COFIPE debe ser la que amplíe los debates y la participación de los ciudadanos, y no la interpretación restrictiva, que limita y empobrece a los derechos fundamentales y a los principios democráticos que sustentan nuestro orden jurídico.

Funcional y teleológicamente, la finalidad de la norma legal que reglamenta los debates —el artículo 70 del COFIPE— está orientada por los valores jurídicos de la Constitución y los tratados que ha ratificado el Estado mexicano. Ello implica necesariamente promover los derechos fundamentales de las personas y la democracia, a través de la garantía necesaria de las libertades de expresión, información y discusión de los asuntos públicos. Como bien lo establece el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede haber elecciones democráticas sin libertad de expresión. En ese sentido, los debates entre candidatos presidenciales deben ser promovidos en cantidad y en calidad, pues es más constitucional y convencional escoger la interpretación amplia y maximizadora del primer párrafo del artículo 70 del COFIPE, en vez de la restrictiva.

Para fundamentar su petición, López Obrador agregaba que a partir de la reforma constitucional sobre derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* —principalmente, el párrafo segundo del artículo 1o. de la carta magna— y con apoyo también en la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente 912/2010 (caso Rosendo Radilla Pacheco, su engrose fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011), que delimitó el contenido del control de convencionalidad en nuestro país, admitió el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, y reconoció que este debía ejercerse de

oficio,⁵⁴ con lo cual es obligatorio y no potestativo para ese Consejo General interpretar el primer párrafo del artículo 70 de Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales a la luz de los principios *pro homine* y *favor libertatis*. Lo señalado entraña para el Instituto Federal Electoral la obligación de maximizar para los ciudadanos el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la información y sus derechos políticos previstos en diversas disposiciones de la Constitución (artículos 1o., 6o., 13, 35, 39, 40 y 41, entre otros) y en los artículos 1o., 2o., 13, 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual es parte de nuestro ordenamiento jurídico, según lo dispone el artículo 133 de la carta magna.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Rosendo Radilla indicó tres niveles para el control de convencionalidad, que son: 1. los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo pueden declarar en los supuestos que determina el ordenamiento la invalidez de las normas que contravengan la Constitución y/o los tratados que reconozcan derechos humanos; 2. los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución y/o tratados que reconozcan derechos humanos, solo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3. las demás autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos.

El control de convencionalidad no implica para el IFE optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino que busca, en principio, armonizar el ordenamiento jurídico interno con el convencional, a través de

⁵⁴ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Documento de trabajo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, noviembre de 2011, 27 pp.

una interpretación “convencional” de la norma nacional; es decir, una interpretación conforme, tal y como lo ordena el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución, en donde se debe atender a lo previsto en la Constitución, los tratados, las leyes y los demás ordenamientos para lograr la mayor efectividad del derecho humano o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos de los principio *pro homine* y *favor libertatis*.⁵⁵ La obligación del control de convencionalidad para el IFE no está sujeta a que las partes en un proceso o procedimiento lo soliciten, ese control debe ejercerse por las autoridades nacionales con independencia de que las partes lo invoquen. Es un control no solo difuso —a cargo de diversas autoridades—, sino un control de oficio, en donde la autoridad electoral debe tener una participación proactiva, aunque no haya instancia de parte, pues en este control prevalece el principio *iura novit curia*.

Los órganos electorales estaban obligados a promover y ampliar la garantía de los derechos a la información, a la libertad de expresión y los derechos políticos, porque sus fines así lo señalan; la democracia que deben tutelar estos órganos no es concebible sin debates constantes y abiertos entre los candidatos, en donde la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:

...la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible

⁵⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967.

afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.⁵⁶

El mismo principio lo indica el artículo 4o. de la Carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001.

López Obrador indicaba que los informes de los relatores de la ONU y la OEA, en materia de libertad de expresión, muestran su preocupación sobre nuestro país, en cuanto a las deficiencias y las limitaciones del debate democrático. Frank La Rue, relator especial para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de la ONU, en su informe sobre nuestro país del 19 de mayo de 2011, manifestó, con relación a la libertad, al pluralismo y a la diversidad en el debate democrático de México, que las instituciones del Estado debían adoptar medidas urgentes para generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población. Por su parte, la doctora Catalina Botero, relatora especial para la Libertad de Expresión de la OEA, en su informe final hecho público el 7 de marzo de 2011, de manera más pormenorizada se ocupa del estado deficiente de la libertad de expresión en México, y en las recomendaciones finales de su documento pide al Estado mexicano realizar cambios institucionales para garantizar la salvaguarda de la libertad de expresión y del pluralismo democrático.

Los razonamientos de López Obrador parecían impecables, y debieron generar una respuesta de la autoridad electoral a favor de la promoción de más debates entre los candidatos a la presidencia de la República, esto para que el IFE organizara la celebración de los debates y se suspendieran los spots de los candidatos presidenciales para transmitir los debates. En la citada carta existían razones y argumentos jurídicos que la autoridad electoral debió tener en cuenta y que no podía obviar sin

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 70.

violentar los derechos fundamentales de millones de mexicanos; sin embargo, tanto el Consejo General del IFE como la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación desestimaron la pretensión esgrimida por quien sería el candidato a la presidencia de la República de la Coalición “Movimiento Progresista”.⁵⁷

La principal argumentación de las autoridades para desestimar la solicitud de López Obrador residió en el contenido gramatical y textual del artículo 70 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Se adujo que la norma secundaria establecía y preveía exclusivamente dos debates, por lo que la autoridad electoral debía organizar tan solo los dos debates contemplados, a menos que, de común acuerdo, el resto de los candidatos y fuerzas políticas solicitaran a la autoridad electoral la realización de más debates; es decir, se condicionó el derecho a la información al consenso entre las fuerzas políticas, con lo que la política subordinó la fuerza normativa de la Constitución y, asimismo, los derechos fundamentales previstos en ella.

2. Las discusiones en torno a los fines del IFE y a la compra y coacción del voto

Otro ejemplo del reduccionismo interpretativo de las autoridades electorales lo encontramos en la manera en la que se entienden los fines del Instituto Federal Electoral, que se encuentran previstos en el artículo 105 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Las autoridades electorales no han aceptado que esos fines constituyen auténticas competencias o atribuciones genéricas de los órganos de electorales; en ocasiones parecen ser expresiones y palabras vacías, ya que carecen de efi-

⁵⁷ Véase la resolución del 28 de marzo de 2012 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación dictada en los expedientes: SUP-RAP-94/2012, SUP-RAP-93/2012 y SUP-JDC-335/2012, Acumulados (recursos de apelación y juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano), pp. 112-131.

ca y de aplicabilidad en los casos y asuntos que son conocidos por los órganos electorales.

En los criterios de algunos consejeros electorales del IFE, adoptados durante el proceso electoral federal de 2012, se niega que el Instituto Federal Electoral tenga competencia para inhibir la presión, compra o coacción del voto, pues se argumenta que la fracción f), párrafo primero, del artículo 105 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que establece como fin institucional que el IFE salvaguarde la autenticidad y la efectividad del sufragio, no es una plena competencia de la autoridad electoral evitar la compra y coacción del voto. La autoridad electoral federal señala que la competencia es de la Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos Electorales, porque los actos de compra y coacción actualizan hipótesis penales típicas contempladas en algunos supuestos del artículo 403 del Código Penal Federal.

El argumento de las autoridades del IFE a este respecto es absurdo, pues la compra y coacción del voto se puede abordar desde una perspectiva penal (artículo 403 del Código Penal Federal) o desde una visión administrativa-electoral. Las visiones anteriores no son excluyentes ni una está subordinada a la otra, se trata de acciones y procedimientos autónomos. Para la autoridad electoral federal, el único supuesto claro de intervención en materia de compra y coacción del voto deviene de lo previsto en el inciso e, párrafo primero, del artículo 347 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que considera infracciones de las autoridades y los servidores públicos “la utilización de programas sociales y de sus recursos, del ámbito federal, estatal, municipal, o del Distrito Federal, con la finalidad de inducir o coaccionar a los ciudadanos para votar a favor o en contra de cualquier partido político o candidato”.

La razón para que el IFE resuelva de forma completa, integral y exhaustiva asuntos vinculados a la compra y coacción del voto es la siguiente:

El artículo 1o., párrafos segundo y tercero, de la Constitución establece que la interpretación de las normas secundarias debe realizarse conforme a los derechos humanos, precepto que interpretado con relación a los artículos 35, fracción II, y 41 del mismo ordenamiento, obligarían al IFE a velar por que las elecciones sean libres y auténticas para garantizar los derechos fundamentales de carácter político. El voto deber ser libre y auténtico para que sea democrático y constitucional, por lo que el IFE debe velar por la autenticidad y efectividad del sufragio (artículo 105.1, inciso f, del COFIPE) y, en ese sentido, deben quedar prohibidos los actos que generen presión o coacción a los electores (artículo 4o., párrafo 3, del COFIPE).

A pesar de la contundencia que se deriva de las normas anteriores, la autoridad electoral federal niega la competencia para actuar respecto a la compra y coacción del voto, y en los demás supuestos del artículo 105 del COFIPE, que aluden a fines diversos del Instituto Federal Electoral y además tienen relación con los principios democráticos que se derivan de los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución. También se rechaza la idea de que se trata de competencias genéricas de la autoridad. En todos los casos se indica que los fines institucionales del artículo 105 del COFIPE deben venir acompañados de competencias específicas, ya sea de carácter expreso o implícito, para que la autoridad electoral federal pueda actuar.

La posición de la autoridad electoral federal deviene, en este caso como en otros, de una cultura jurídica formalista y decimonónica, acostumbrada a entender el principio de legalidad como un catálogo cerrado de competencias, y no como se hace en el derecho alemán, por ejemplo, en donde el principio de legalidad se entiende como juridicidad, por lo que en ese sistema jurídico basta contar con una base jurídica (salvo excepciones) para que la autoridad actúe e impacte en la esfera jurídica del gobernado o de otros órganos del Estado. En nuestro país, por el contrario, cuando no existe una competencia específica no hay posibilidad de intervención estatal.

Sin asumir que comparto los criterios de la autoridad electoral federal, estimo que por la importancia que tiene para nuestra vida democrática el voto libre y auténtico, estamos obligados a modificar el COFIPE a este respecto, en espera de que una cultura jurídica más contemporánea se introduzca entre los juristas nacionales (en especial el que respiran los que laboran en los órganos electorales) para que estos valoren los fines y los principios jurídicos como mandatos de optimización para las autoridades. Por lo anterior, propongo las siguientes reformas:

Al artículo 105 del COFIPE, para que el precepto señale: “1. Son fines y competencias genéricas del Instituto:”, y al artículo 118.1, inciso z, del COFIPE, para que la norma diga que el Consejo General tiene entre sus atribuciones: “Dictar los acuerdos necesarios para hacer efectivas las anteriores atribuciones, los fines del Instituto previstos en el artículo 105 de este Código, y las demás señaladas en esta ley”.

Otra discusión, en donde las decisiones de la autoridad electoral fueron ajenas a una cultura jurídica contemporánea, se refiere a las medidas que debieron implementarse durante el proceso electoral por parte del Instituto Federal Electoral para prevenir la compra y coacción del voto. El 8 de febrero de 2012 Andrés Manuel López Obrador propuso al Consejo General del IFE que adoptara medidas que maximizaran los derechos fundamentales de los ciudadanos, y para que la autoridad comicial brindara condiciones de mayor equidad y certeza al proceso electoral. Las propuestas fueron:⁵⁸

1. Difundir semanalmente e informar en cada sesión del Consejo General del IFE el monitoreo sobre los espacios noticiosos. Formar una comisión temporal de Consejeros Electorales que implemente acciones para profundizar en los criterios de evaluación de la equidad electoral y mejorar el tratamiento equitativo entre partidos políticos, candidatos y precandidatos.

⁵⁸ Véase el Acuerdo CG323/2012 del 24 de mayo de 2012.

2. Instrumentar un programa que evite que mediante la simulación se dé la compra indebida o adquisición de espacios en radio y televisión por parte de terceros, partidos, precandidatos y candidatos.

3. Acordar un programa contra la propaganda gubernamental disfrazada. Durante la campaña y hasta la jornada comicial suspender toda la propaganda de cualquier ente público. Determinar que la única propaganda gubernamental que se difundirá será la contenida en las excepciones de los artículos 41 y 134 de la Constitución. Las excepciones constitucionales deben aplicarse de manera estricta, esto es, que las campañas educativas y de salud tengan un verdadero propósito informativo y que sólo se transmitan las de protección civil cuando esté plenamente probada la emergencia.

4. Reforzar las acciones en contra de la compra y coacción del voto. En este punto es muy importante revisar los perfiles de los capacitadores electorales. Realizar en el territorio nacional un mapa de riesgos sobre este fenómeno y, en las zonas más vulnerables del país, llevar a cabo un programa intensivo en contra de la compra y coacción del voto. Los Estados de México y Veracruz son ejemplos vivos de la utilización de programas sociales. Coordinar acciones con la FEPADE y diseñar sistemas ágiles y efectivos de denuncia. Los escasos resultados en esta materia desalientan al ciudadano y propician la ilegitimidad del proceso mismo y el fraude electoral.

5. La Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos deberá implementar reglas para la contabilidad y registro de los bienes que se distribuyen durante las precampañas y campañas como propaganda. En la tarjeta “La efectiva”, que se distribuyó en el Estado de México durante el proceso electoral estatal para elegir gobernador tienen un ejemplo del ofrecimiento o uso de programas sociales con objetivos electorales. En esta tarjeta se pedía a los ciudadanos que escogieran dos programas sociales y por parte del candidato se prometía que los programas se materializarían. Se entregaba la tarjeta a cambio del voto (se adjunta publicidad sobre la tarjeta “La efectiva” y una tarjeta para el conocimiento de los Consejeros Electorales).

6. La Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos deberá realizar auditorías durante la campaña, conco-

mitantemente, para verificar el origen y destino de los recursos que se utilizan durante el proselitismo electoral de precandidatos, candidatos y partidos, así como su veraz reporte al IFE. Esta información deberá difundirse y transparentarse en cada sesión del Consejo General del IFE.

7. Con fundamento en lo observado y recomendado la Auditoría Superior de la Federación, se debe implementar un acuerdo del Consejo General del IFE, que reclame de los gobiernos: federal, estatales y municipales, la publicidad y difusión de los padrones de los programas sociales de las dependencias y entidades, para que la autoridad federal electoral esté en posibilidad de evaluar si los padrones de los programas sociales presentan sesgos electorales o, su diseño tiene un propósito electoral. Se podría elaborar por parte de la autoridad electoral federal una metodología a este respecto. Los artículos 26 y 27 de la Ley General de Desarrollo Social consignan esta obligación. Además, es fundamental cruzar la información contenida en las bases de operación de los programas sociales con los padrones de cada programa de gobierno. Más de 140 programas gubernamentales tienen un beneficiario único y 16 programas como el de “oportunidades” tienen un solo padrón. Manifiesto que sobre los programas estatales y municipales no hay controles suficientes.

8. Una acción necesaria a cargo del IFE debe consistir en contrastar el padrón de militantes del PAN con los delegados y funcionarios de las diversas dependencias federales que administran los programas sociales del gobierno federal. El contraste demostraría que la mayoría de los delegados de las dependencias federales que administran programas sociales del gobierno federal son militantes o dirigentes del Partido Acción Nacional. El IFE podría recomendar que durante las campañas electorales los programas sociales de los tres niveles de gobierno no sean administrados por funcionarios que sean a la vez militantes o dirigentes de los partidos. Los vocales ejecutivos del IFE en los Estados deben saber que la mayoría de los delegados federales, más de treinta por Estado, provienen de las filas panistas. Los delegados de SEDESOL y Pro Campo son en su mayoría ex dirigentes del PAN, ex legisladores por ese partido o, consejeros en activo de ese instituto político.

9. Monitorear programas gubernamentales y sociales de los tres niveles de gobierno, principalmente en las entidades federativas que tuvieron elecciones en el año 2010 y 2011. Presentar quincenalmente al Consejo General los resultados de este monitoreo y difundirlos.

10. Solicitar a la Auditoría Superior de la Federación con fundamento en la fracción I del artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 40, 41 y 42 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, la realización, como situación excepcional al principio de anualidad y posterioridad, una auditoría transversal financiera y de desempeño a los padrones de los programas sociales federales, estatales y municipales, al manejo, administración, ejercicio y dispersión de los recursos públicos federales y su conversión en apoyos. Celebrar convenios con las Auditorías Superiores Estatales a fin de supervisar los programas sociales estatales y municipales que no involucren recursos federales con el mismo propósito que el descrito en el punto anterior.

11. Solicitar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público un informe que permita verificar si el endeudamiento público de las Entidades Federativas cumple con lo previsto en el artículo 73 fracción VIII de la Constitución, esto es, que la deuda autorizada se destine a la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos y que no se desvíe a la compra y coacción del voto. Esta información debe ser pública y estar disponible para los ciudadanos antes de la jornada electoral.

12. Celebrar un convenio con la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública y la Secretaría de Hacienda, a fin de auditar a un número representativo de fideicomisos, fundaciones, mandatos, o entes, cualquiera que sea la forma jurídica que tengan, y que manejen recursos públicos federales susceptibles de otorgar apoyos sociales. Toda esta información debe ser pública y estar disponible para los ciudadanos antes de la jornada electoral.

El Consejo General del IFE dio respuesta a este escrito casi tres meses y medio después. El Acuerdo CG323/2012 dictado por el Consejo General desestimó las propuestas de López

Obrador con tres argumentos principales: 1) la compra y coacción del voto es preponderantemente competencia de la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales; 2) el IFE no tiene competencia en la mayoría de los casos propuestos por López Obrador, y 3) respecto a algunas hipótesis, manifestó que ya se habían tomado algunas medidas.

La respuesta del 24 de mayo de 2012 del Consejo General del IFE denota no solo desatención por parte de la autoridad, pues se contestó después de tres meses sobre medidas que tenían incidencia en el proceso electoral federal de 2012, sino que implica también una actitud reactiva y no proactiva sobre políticas públicas que tendían a todas luces a salvaguardar y garantizar los fines a que está obligado el IFE, según el artículo 105 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Por ese motivo, se promovió el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, que se siguió en el expediente SUP-JDC-1696/2012.

En la resolución de ese recurso del 27 de junio de 2012, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación declaró infundados e inoperantes los agravios del medio de impugnación, y confirmó el Acuerdo CG323/2012 que había emitido el Instituto Federal Electoral. Las determinaciones de ambas autoridades —IFE y Tribunal Electoral— confirman la ausencia de un compromiso con los principios constitucionales en materia electoral, pues no hay nada que deba ser más importante para una autoridad electoral que garantizar el carácter libre y auténtico de un proceso electoral, tanto con medidas preventivas como coactivas, y con instrumentos que tiendan a maximizar los derechos fundamentales de carácter político de las personas.