

EQUIDAD ELECTORAL Y ACTOS DE AUTORIDAD UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Exhortar ¿para qué?* III. *Partidos políticos e interés jurídico*. IV. *Exhortar y obligar*. V. *¿Legalidad vs. democracia?* VI. *Argumentación positivista y argumentación constitucional*. VII. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de abril de 1997 el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TE, en lo sucesivo) dictó una sentencia que puede ser calificada, sin exagerar, de antológica. La sentencia representa un verdadero modelo de razonamiento jurídico; es más, contiene todos los elementos para ser considerada como una representación acabada de una escuela de interpretación jurídica que en algún momento de la historia ha venido a representar una verdadera revolución jurídica.

Me refiero a la "Escuela de la Exégesis" que tantos y tan destacados seguidores ha tenido —y sigue teniendo, a juzgar por el razonamiento expuesto en la sentencia que ahora se comenta— en México. Lamentablemente, esa escuela ha sido abandonada, por considerarla insuficiente para resolver los problemas jurídicos contemporáneos, en la mayoría de las sociedades democráticas avanzadas.¹

* Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco a Bernardo Bolaños y a José Carbonell las observaciones que hicieron a una primera versión de este trabajo.

1. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1997, p. 38.

Pero vamos por partes. El objeto de este ensayo no es otro que el de tratar de exponer, de forma necesariamente escueta y breve y desde una perspectiva constitucional, algunas relaciones entre los conceptos de equidad electoral y actos de autoridad a partir del análisis de una sentencia concreta del TE. Como fondo de esta exposición se encuentra la frontera siempre oscilante entre el campo del derecho constitucional y el terreno de la política, por una parte, y la discusión sobre los alcances del principio de la legalidad en el Estado democrático, por otra.

El poder examinar críticamente las resoluciones de cualquier órgano jurisdiccional es un privilegio de aquellos que viven en una sociedad que cuenta, cuando menos, con algunos derechos fundamentales asegurados para los ciudadanos. La crítica hacia las actuaciones de la judicatura no ha sido una actitud frecuente en la doctrina constitucional mexicana hasta hace bien poco tiempo. Afortunadamente esto está empezando a cambiar y este cambio tiene como punto de partida la propia modificación del poder que hoy en día tienen en sus manos nuestros jueces. El poder judicial, al convertirse en un poder efectivo y actuante en la dinámica jurídico-política de México, se convierte también en objeto de las críticas constructivas de quienes estudian la realidad del proceso político nacional. Este ensayo pretende ser una aportación más a esa tarea de análisis y reconstrucción discursiva de los pronunciamientos judiciales.

II. EXHORTAR ¿PARA QUÉ?

El 25 de marzo de 1997 el Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE en lo sucesivo) emitió un acuerdo en el que se exhortaba a las autoridades federales, estatales y municipales, para que suspendieran la publicidad de sus programas de gobierno 30 días antes de la celebración de las elecciones del 6 de julio del mismo año.

La medida, que no carece, por cierto, de antecedentes,² buscaba propiciar un clima de mayor equidad electoral y, sobre todo, "evitar que la difusión de los programas gubernamentales se confunda con la propaganda de cualquier partido político".³ De cualquier partido, ya que por igual afectaba a todas las autoridades sin distinguir su origen partidista.

Pues bien, ese exhorto fue impugnado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) ante el TE por entender, substancialmente, que afectaba sus derechos y que el Consejo General del IFE no contaba con la cobertura jurídica necesaria para haberlo emitido.

No está de más recordar lo que significa realizar un exhorto. Los magistrados que emitieron un voto particular en la sentencia del TE que recayó al recurso del PRI reconocen, con toda razón, que el verbo exhortar significa "incitar a uno con las palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo, esto es, con el exhorto no se impone un determinado actuar, sino que se pretende motivar a la parte a quien se dirige para que *motu proprio* realice o no determinada actividad, de donde se deduce la falta de fuerza vinculante del exhorto, y de imperio de quien lo emite sobre la persona a quien va dirigido".

De lo anterior conviene retener dos datos fundamentales para la comprensión del caso que nos ocupa: de un lado, *la finalidad* que tuvo el exhorto que no era otra más que la de propiciar un clima de mayor equidad electoral; de otro lado, *la naturaleza* misma del acto que emitió el Consejo General del IFE: se trata de un exhorto, de una invitación, de una recomendación, de un ruego, no de un acto jurídico, como más adelante se explica con mayor detenimiento.

Evidentemente la mayoría de los magistrados del TE no comparten el punto de vista que aquí se expone. Para el Tribunal, la esfera de facultades y responsabilidades del Consejo General del IFE "no lo autoriza a que, a partir de una apreciación extensiva de esa responsabilidad, infiera una facultad o

² BECERRA, Ricardo y SALAZAR, Pedro. "IFE: en el principio es la equidad", *Nexos*, mayo de 1997, p. 13.

³ *Idem*.

atribución implícita que lo conduzca a intentar, por la vía de un exhorto, a conminar a las autoridades federales, estatales y municipales a cumplir con el acuerdo impugnado" (desde luego el Consejo General no contaba con una atribución explícita). Sin embargo, al formular la anterior consideración el TE omitió consultar el diccionario; si lo hubiera hecho se habría dado cuenta de que conminar significa "amenazar, manifestar con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otros. Amenazar la autoridad con penas y castigos". Nada de eso se buscaba ni podía buscarse con el exhorto.

Por otro lado, como ya se ha mencionado, el exhorto del Consejo General no carece de antecedentes. En el informe circunstanciado rendido por la secretaría ejecutiva del IFE ante el TE se citan varios ejemplos. Entre ellos el exhorto que en febrero de 1994 hizo el entonces Presidente del IFE, Jorge Carpizo, a los partidos representados en el Congreso para que promovieran una iniciativa de reformas a fin de aumentar las sanciones en los delitos electorales;⁴ o el dirigido por el mismo Carpizo a los partidos para hacer el máximo esfuerzo por lograr serenidad el día de la elección.⁵ Más recientemente, el Instituto Estatal Electoral de Guanajuato le propuso en marzo de 1997 al gobernador del Estado dejar de publicitar sus acciones, con el fin de lograr mayor equidad en el proceso electoral,⁶ de forma semejante al acuerdo que emitió el IFE a nivel federal. No obstante lo anterior, el TE rechaza cualquier posible invocación de los antecedentes, por lo menos los de 1994, toda vez que el IFE —afirma el Tribunal— "no justifica ni acredita que las condiciones del proceso electoral de 1997 sean equivalentes o siquiera similares a las imperantes en enero de 1994" (Se refiere en concreto el TE en este punto al "compromiso por la paz, la justicia y la democracia" firmado por la dirigencia nacional y los candidatos a la presidencia de la República de ocho partidos políticos en enero de 1994).

⁴ *Excelsior*, 1 de marzo de 1994, pp. 4 y 40.

⁵ *Idem*, 7 de marzo de 1994, pp. 1 y 10.

⁶ *El Nacional de Guanajuato*, 12 de marzo de 1997, p. 5.

III. PARTIDOS POLÍTICOS E INTERÉS JURÍDICO

Un primer obstáculo que tuvo que salvar la sentencia para concederle razón al PRI es el que se refiere al interés jurídico del promovente para impugnar el acuerdo del Consejo General, es decir, se trata en este punto de dilucidar si el PRI está en condiciones de recurrir un acuerdo que, por no dirigirse a los partidos sino a las autoridades, podría pensarse que no le afecta.

Haciendo gala de su dominio de la argumentación jurídica —a veces literalista y a veces no tanto—, el TE despliega un razonamiento que no puede dejar de llamar la atención. En efecto, según el tribunal, el PRI (o cualquier otro partido) está legitimado para interponer el recurso en virtud de que cuenta con una acción "para tutela de los intereses difusos", con la que "se procura la protección de intereses de grupos de personas que no tienen organización ni personalidad jurídica propia, sino que se determinan por factores conyuntuales o genéricos". Dentro de ese tipo de acciones se encuentran las que los partidos deducen ante la jurisdicción electoral, sigue diciendo el TE.

Además de lo anterior, la legitimación del PRI para acudir ante el TE se deduce de que con el exhorto se puede afectar su "acervo jurídico sustantivo" (siempre en palabras del propio TE), dentro del cual se encuentra la prerrogativa "de buscar el sufragio de los ciudadanos".

Para lograr ese fin, es de interés para los partidos "que ningún acto, especialmente de una autoridad, empañe su imagen o la de sus candidatos", poniendo en peligro la tendencia e intención de voto de los ciudadanos.

Hasta aquí, *grosso modo*, la argumentación del tribunal para admitir el recurso y reconocer el interés jurídico del PRI en el mismo. Cabe, sin duda, formular algunas consideraciones sobre los argumentos utilizados por el TE.

En primer lugar es dudoso que, si el acto se dirigía a las autoridades, los partidos pudieran impugnarlo. Decir, como dice el tribunal, que los actos que las autoridades debieran realizar en cumplimiento del exhorto (actos de omisión en este caso) puedan afectar la búsqueda del sufragio por los partidos es hacer una afirmación por lo menos temeraria, pues parte del su-

puesto de que los votos se consiguen con actos de las autoridades, de modo que identifica el quehacer estatal con la actividad proselitista de estos últimos.

En otras palabras, cree el TE que son las autoridades con sus actos las que pueden inclinar la balanza electoral o, cuando menos, "la tendencia e intención del voto de los ciudadanos". Ese razonamiento, casi sobra decirlo, es no solamente erróneo sino profundamente antidemocrático pues identifica partidos con órganos públicos, identificación que, de aceptarse, anularía sin más cualquier posible competencia electoral pues los partidos que hubieran accedido en un momento histórico concreto a los órganos de poder público contarían con todos los recursos del Estado (recursos públicos, es decir, de todos y no de un sólo partido) para aniquilar, en los hechos, a cualquier competidor en las elecciones. Se aplicaría, toda proporción guardada, la lógica schmittiana del amigo-enemigo que considera que a los rivales políticos no se les debe solamente vencer, sino que es preciso destruirlos. Basta citar, para comprobar lo anterior, el criterio del Tribunal Constitucional alemán según el cual si el gobierno ha emitido información pública sobre sus propios logros en el periodo preelectoral y esa información resulta idónea para su forma y contenido para influir en la campaña electoral partidariamente, tal propaganda debe ser considerada como anticonstitucional, sobre la base de "una gravedad importante y notoria de la transgresión" del orden constitucional.⁷

Por lo que hace al argumento de que con el recurso se protegen los intereses difusos o colectivos se puede decir que tampoco cabe identificar los intereses de los partidos con los intereses sociales, pues los partidos representan, ciertamente, los intereses de muchos ciudadanos, pero no de todos, sino de los de sus propios votantes, mientras que los actos de autoridad (a los que se dirige el exhorto) son actos que, ellos sí, interesan y pueden afectar a todos los ciudadanos.

⁷ BVerfGE 44, citado por SCHNEIDER Hans-Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 206.

Cambiando el razonamiento se podría preguntar ¿a quien interesa que las autoridades hagan o dejen de hacer actos de publicidad respecto a sus acciones de gobierno 30 días antes de la elección? Seguramente nos interesa a todos y no solamente a un partido, de modo que identificar interés general con interés de un partido, como parece hacer el TE, tampoco es correcto.

Pero el hecho de que el TE encuentre argumentos para entrar al estudio del recurso del PRI (en vez de rechazarlo de entrada), en el fondo no es negativo, porque en el Estado democrático de derecho siempre debe prevalecer la oportunidad de defensa frente a los formalismos que puedan implicar nociones como la de interés jurídico o legitimación para interponer recursos.⁸ Es más el acceso a los tribunales es un derecho fundamental que siempre debe de ser potenciado y ampliado en cualquier interpretación que se haga del ordenamiento jurídico.

Con ello quiero decir que, aunque efectivamente el razonamiento inicial del TE en la sentencia pueda o no haber sido correcto (y yo creo que en este caso no lo es), su resultado al menos es positivo en el sentido de que permitió entrar a analizar un acto que proviene de un órgano público y esa posibilidad siempre debe darse en el Estado democrático, pues hacer lo contrario no sería más que establecer zonas de "inmunidad del poder".⁹ Todos los actos que provengan de cualquier órgano público deben poder ser revisados por los tribunales.

IV. EXHORTAR Y OBLIGAR

Una vez que se ha repasado la cuestión de la legitimación para interponer el recurso y la del interés jurídico del recu-

⁸ En materia de amparo, por mencionar un ejemplo importante, esos formalismos han dado lugar a una enorme cantidad de juicios de garantías sobreesidos; juicios en los que, al fin y al cabo, no se ha entrado a estudiar si el quejoso tenía o no razón. Sobre esto, VV. AA., *A la puerta de la ley* (edic. de H. Fix-Fierro), México, 1994, pp. 64 y ss.

⁹ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1963.

rente, vale la pena detenerse un momento en el análisis de la naturaleza misma del acto impugnado.

Se trata, como ya se ha dicho, de un exhorto que dirige el Consejo General del IFE a las autoridades. Tal exhorto, como también ya se ha señalado, tenía como finalidad promover unas condiciones de mayor equidad electoral, pues se trataba de que los partidos no se beneficiaran de los actos de las autoridades federales, estatales y municipales y, además, de que esas autoridades no hicieran un uso indebido de sus actos publicitarios de modo que produjeran beneficios ilegítimos a unos partidos y no a otros.

Para José Agustín Ortiz Pinchetti, la finalidad del exhorto "era poner un límite a los abusos generados por una vinculación indiscutible y no revocada hasta hoy del gobierno federal con su partido, mantenida desde hace 65 años. Todo mundo entendió —sigue diciendo Ortiz Pinchetti— lo que el IFE pretendía a través de ese exhorto: bloquear un tanto el mecanismo que aplasta a la oposición con una campaña financiada con los recursos del pueblo, que exalta las maravillas del gobierno federal y que sirve para inducir el voto a favor del PRI".¹⁰

Ahora bien, ¿el exhorto obligaba a las autoridades a dejar de hacer publicidad de sus actos? Más claramente todavía, ¿si las autoridades federales, estatales y municipales no hubieran cumplido con el exhorto se hubieran derivado en su contra consecuencias jurídicas?

La respuesta obviamente sólo puede ser negativa. El exhorto, tanto por su propia naturaleza como por la del órgano del que proviene, no podría haber sido obligatorio ni de él se podría haber derivado consecuencia jurídica alguna. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a los actos de autoridad como aquellos que imponen unilateralmente obligaciones a los particulares con motivo de funciones oficiales, ya sea modificando las obligaciones existentes o limitando derechos; es decir, los actos de autoridad se

¹⁰ Son interesantes, asimismo, las observaciones de Bernardo BATÍZ, "La justicia electoral" y Luis LINARES ZAPATA, "Paraíso perdido", ambos en *La Jornada*, 23 de abril de 1997, pp. 5 y 7.

producen cuando se actúa con el imperio propio de sus funciones.¹¹

Con el exhorto se trataba de una apelación moral a las autoridades para que, desde las posibilidades que ofrece el manejo de fondos públicos (de nuevo hay que recordar que son fondos de *todos*, no de un partido), no afectarían el desarrollo equitativo de las campañas.

Desde luego que, para una visión formalista y cerrada del derecho, es difícil de entender que las autoridades (en este caso el Consejo General del IFE) puedan hacer otra cosa que no sean actos de autoridad puros y duros, pero esa posibilidad existe y debe seguir existiendo. De hecho, la moderna doctrina constitucional no deja de señalar la relación entre derecho y moral.¹² Es más, son los contenidos morales (los de la moral del Estado democrático de derecho) los que justifican la obligatoriedad de las normas jurídicas.¹³

Las autoridades, es imposible negarlo, cuentan entre sus atributos definitorios con la posibilidad de imponer sus actos sobre los particulares (y eventualmente sobre otras autoridades) aun en contra de su voluntad, pero no *todos* sus actos son de esa naturaleza.

Las autoridades también cumplen, al lado de sus funciones estrictamente jurídicas, con un papel de "caudillaje moral" (como alguna vez se dijo respecto de la Presidencia de los Estados Unidos) para la sociedad, de modo que no todo su actuar se resume en actos imperativos y obligatorios, sino que dentro de su quehacer también debe haber *gestos de concordia*, apelaciones a la conducta cívica de los ciudadanos y de las propias autoridades (evitando esa conducta que sin ser ilegal sí puede ser ilegítima), etcétera.

¹¹ *Informe de Labores* de 1988, tercera parte, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 187.

¹² *Vid.*, por ejemplo, ALEXY, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral" en su libro *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp. 37 y ss., y LAPORTA Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, México, 1995.

¹³ PRIETO, *op. cit.*, pp. 16 y 22-23; FERNÁNDEZ, Eusebio, *La obediencia al derecho*, Madrid, 1987, entre otros.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, autores citados por el TE en la sentencia para fundamentar sus argumentos, al explicar la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España de 1957, en la que se sostiene la imposibilidad de que los tribunales fiscalicen los actos políticos de la administración, afirman que la posición del legislador español de 1957 puede ser positiva ("liberadora" es el término exacto que utilizan los autores) si por ella se entiende que en los órganos políticos superiores del Estado confluyen, al lado de sus funciones rigurosamente administrativas, legislativas o jurisdiccionales (cuya posibilidad de ser revisadas por los tribunales es universal según los mismos autores), unas funciones que tienen que ver con "las relaciones entre poderes"¹⁴ y que, en tanto no son actos administrativos ordinarios, no pueden ser sometidos al conocimiento de los tribunales.

Los mismos autores, al explicar el concepto de acto administrativo, sostienen que no pueden considerarse "en este tipo de actos aquellos que comportan esencialmente una estimación intelectual".¹⁵

Evidentemente, si las autoridades hubieran hecho propaganda desoyendo el exhorto del IFE se podrían haber derivado consecuencias que afectarían a la legitimidad y a la imagen pública de las propias autoridades, pero que en nada tenían que ver con las consecuencias jurídicas que pueden derivar del incumplimiento de un verdadero acto de autoridad.

Para apreciar la diferencia que existe entre un exhorto (no obligatorio) y una verdadera norma jurídica basta citar el Código Electoral de Costa Rica, cuyo artículo 85 inciso j) dispone que durante los cuatro meses anteriores al día de la elección "el Poder Ejecutivo, la administración centralizada y las empresas del Estado, no podrán publicar difusiones relativas a la gestión propia de su giro... Las publicaciones contrarias a lo dispuesto aquí harán incurrir a los funcionarios responsables en el delito de desobediencia".

¹⁴ *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 7a. edic., Madrid, 1996 (reimp.), p. 554.

¹⁵ *Idem.*, p. 523.

Ahora bien, las preguntas que surgen enseguida de lo anterior pueden ser las siguientes: 1. ¿Deben las autoridades contar con un respaldo jurídico para poder realizar esos actos de "estimación intelectual"? 2. ¿Es conveniente que los realicen? Las respuestas, como las preguntas, tienen que ser bien distintas pues la primera pregunta solamente admite un razonamiento jurídico mientras que la segunda se ubica más bien en el terreno de la filosofía política y se enlaza con el entendimiento que del papel de sus autoridades tenga una sociedad.

V. ¿LEGALIDAD VS. DEMOCRACIA?

En el entendimiento de la naturaleza del exhorto emitido por el Consejo General creo que fallaron tanto el IFE como el TE. El primero por tratar de fundamentar jurídicamente un acto que, tal como se explica enseguida, no necesitaba de fundamento jurídico alguno pues no entraba en el terreno del derecho sino de la política y el segundo por basar una parte esencial de su argumentación en la sentencia en desmontar, sin posibilidades de éxito, esos fundamentos.

Como ya ha quedado explicado de forma somera, el exhorto no era un acto administrativo (ni mucho menos, obviamente, jurisdiccional o legislativo). Sencillamente no era un acto de autoridad en el sentido de que fuera un acto obligatorio; por tanto no se le aplicaba, como dice el TE, el principio de la vinculación positiva de la administración sino el de la vinculación negativa que es la que corresponde a los actos no obligatorios de la administración. Este principio se resume en que la administración —o los órganos de relevancia constitucional como es el caso del IFE— puede hacer lo que la ley no le prohíba, siempre que esos actos no afecten en lo absoluto —jurídicamente, se entiende— ni a los particulares ni a las autoridades.

En una sociedad democrática que cuente con una Constitución abierta, los órganos constitucionales superiores no tienen su actuación absolutamente predeterminada por la Carta Fundamental sino que deben contar con un margen suficiente de

movilidad *política* que contribuya a un mejor desempeño de sus funciones.¹⁶

Lo anterior no quiere decir, y en esto hay que ser muy enfático, que existan actos jurídicos de la autoridad (es decir, vinculantes, obligatorios) que no puedan ser controlados por los tribunales. En el Estado constitucional no hay sitio para las inmunidades del poder y en esto no hay excepciones.

De lo que se trata aquí, más bien, es de explicar que desde la Constitución no se impone un proyecto de actuación política y jurídica que sujete por completo a los órganos constitucionales superiores. Desconocer lo anterior sería tanto como pretender, por ejemplo, que la Constitución impone una sola concepción política al legislador, de modo que si se produjera alternancia partidista en las Cámaras, los nuevos representantes no pudieran realizar un diseño legislativo acorde con sus propias concepciones políticas.

Como dice el Presidente del Tribunal Constitucional español, Alvaro Rodríguez Bereijo, "La vida constitucional es siempre un delicado equilibrio de valores y bienes en tensión (la ponderación) que debe ser salvaguardado —no suprimido— por la interpretación constitucional".¹⁷

Lamentablemente creo que en la sentencia del TE que anuló el exhorto del Consejo General del IFE la ponderación no se realizó de forma correcta.¹⁸ El razonamiento no puede ser más simple y ya se ha mencionado en este trabajo: ¿quién y qué se hubiera perdido con la aplicación del exhorto?, o puesto al revés, ¿a quién beneficia el hecho de que desde el gobierno se haga publicidad de sus propios actos en un periodo de tiempo tan delicado como lo es el mes antes de que se celebren los comicios?

La apertura constitucional e interpretativa debe siempre ser tomada en cuenta porque de lo contrario se corre el riesgo, cla-

¹⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, 1993.

¹⁷ "Constitución y tribunal constitucional", *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 91, Madrid, julio-septiembre de 1996, p. 372.

¹⁸ Vid. *Infra* el apartado "Argumentación positivista y argumentación constitucional".

ramente señalado por Gustavo Zagrebelsky, de asfixiar el proceso político "por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia".¹⁹

Es más, si se aplicara a todos los órganos constitucionales el razonamiento estricto del TE se tendría que llegar a la conclusión de que lo primero que sería anulable sería la propia propaganda de los actos del gobierno, antes, durante y después de las elecciones.

Y ello tendría que ser así porque no debe confundirse la publicidad de los actos del poder público, es decir, la posibilidad y la necesidad de que esos actos sean conocidos y cognoscibles por sus destinatarios y por el resto de la ciudadanía,²⁰ con la facultad (Inexistente en cualquier régimen democrático y de más que dudosa legitimidad en un país que tiene recursos económicos públicos tan limitados como México) del gobierno de hacer campañas publicitarias promoviéndolos.

Eso sí, como la visión formalista del derecho puede ser usada según convenga, seguramente se podría contestar lo anterior diciendo que sí, que efectivamente los gobiernos federal, estatales y municipales no tienen entre sus atribuciones la de gastarse el dinero público en hacer publicidad y promoción de lo que en realidad no son más que sus obligaciones como funcionarios públicos, pero que como *jurídicamente* es casi imposible promover alguna acción para invalidar esa publicidad, pues tales actos, al no poder ser combatidos, quedan firmes y son válidos. Esta argumentación puede ser impecable *jurídicamente*, pero es profundamente antidemocrática.

¹⁹ *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, trad. al castellano de Marina Gascón, Madrid, 1995, p. 152.

²⁰ Vid. BOBBIO, Norberto, "La democracia y el poder invisible" en su libro *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, 1994, pp. 65 y ss.

VI. ARGUMENTACIÓN POSITIVISTA Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

El TE hizo uso, en la sentencia comentada, de un típico razonamiento positivista²¹ en el sentido de que entendió que tenía que aplicarse una norma (el principio de legalidad) de forma total, sin tratar de ponderar sus exigencias con las exigencias derivadas de otros principios constitucionales.²² Me explico.

Se podrá estar o no de acuerdo con que el principio de legalidad se le aplicaba al exhorto del Consejo General del IFE. Aunque líneas arriba se ha demostrado que no le era aplicable vamos a suponer, para efectos de este apartado, que sí lo era. Pues bien, en el caso concreto que ahora se comenta el principio de legalidad, en vez de ser aplicado en el sentido de todo o nada —aplicación típicamente positivista²³—, se tendría que haber examinado a la luz de otros principios constitucionales.

Por ejemplo se podría haber tenido en cuenta un principio que representa la clave de bóveda de todo el sistema jurídico-político mexicano; el principio democrático consagrado en el artículo 40 constitucional.²⁴ De las exigencias de ese principio derivan algunas cuestiones importantes para el tipo de razonamiento que podría haber llevado a cabo el TE. Vamos por pasos. Una primera pregunta sería la siguiente: ¿puede existir un Estado democrático sin elecciones? Si la respuesta es —como no puede ser de otra forma— negativa, entonces la siguiente

²¹ No se usa el término positivismo como opuesto a iusnaturalismo, sino como “un modelo de organización jurídica y política bastante preciso que es el modelo postrevolucionario del Estado de Derecho”, basado, entre otras cosas, en la figura del juez automático, PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 8.

²² Sobre la aplicación de los principios una de las obras más acabadas es la de Robert ALEXI. De este autor pueden consultarse los siguientes libros: *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1989; *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid 1993; *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Malem, Barcelona, 1994.

²³ PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 33-34

²⁴ Sobre la eficacia normativa del principio democrático, entre otros, ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989; *id.*, *La democracia como forma jurídica*, *Working papers del Institut de Ciències Polítiques y Socials*, número 32, Barcelona, 1991.

pregunta sería: ¿puede haber elecciones democráticas (o más bien, elecciones a secas) sin equidad electoral? Si la respuesta es de nuevo negativa, la tercera pregunta sería: ¿podría haber ponderado el TE el principio de legalidad electoral con el principio democrático para de ahí derivar la necesidad *constitucional* de que las elecciones se desarrollen en un clima de equidad en las campañas y, en consecuencia, haber declarado válido el exhorto del IFE?

El tipo de razonamiento usado por el TE es el que implica subsunción, el cual se resume en utilizar el hecho en cuestión como premisa mayor, el texto legal como premisa menor (o al revés, da igual para efectos de esta exposición) y la sentencia como conclusión lógica necesaria. La subsunción nace de las ideas ilustradas de Montesquieu²⁵ y Beccaria²⁶ y toma auge durante todo el siglo XIX. Se abandona definitivamente en la segunda posguerra mundial al consolidarse la existencia de las Constituciones normativas y de los tribunales constitucionales en una multitud de países democráticos.

En el constitucionalismo posterior a 1945 el modelo interpretativo de los jueces ya no utiliza la subsunción sino que se aboca a la ponderación. Es más, en tiempos recientes lo que se prohíbe es la subsunción. Los tribunales constitucionales europeos han ido sentando jurisprudencia en el sentido de que los jueces tienen que ponderar los bienes jurídicos puestos en cuestión dentro de un proceso —sobre todo los de carácter constitucional—, y no resolver mecánicamente utilizando un razonamiento lineal y automaticista.²⁷

Cuando se está frente a dos principios (como es el caso del principio de legalidad y del principio democrático), no se puede descartar de forma absoluta uno de los dos.²⁸ Lo que se tiene

²⁵ *El espíritu de las leyes*, trad. de Pedro de Vega y Mercedes Blazquez, Madrid, 1995 (reimp.).

²⁶ *De los delitos y de las penas*, trad. de De las Casas, Madrid, 1994.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 41; CARRASCO Angel, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 11, Madrid, 1984.

²⁸ La solución *all-or-nothing* sólo se puede aplicar al conflicto entre reglas, no entre principios, ALEXI, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., p. 18.

que hacer es tratar de obtener la máxima realización de cada uno de ellos. Como señala Robert Alexy, "Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas... La referencia a las posibilidades *jurídicas* implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor deber ser la importancia del cumplimiento del otro".²⁹

Por otra parte, frente a la pretendida neutralidad del interprete de la ley según el positivismo, en el constitucionalismo el juez y sobre todo los jueces superiores no son neutrales sino que se encuentran "comprometidos".³⁰ ¿"Comprometidos" en qué sentido? Pues bien, comprometidos en el sentido de que, de entre las distintas soluciones que dentro de la ley se le pueden dar a un problema,³¹ los jueces tienen que dictar aquella que, entre cosas, a) potencie el *carácter normativo* de la Constitución, y b) *maximice* los derechos fundamentales. La forma de llevar a cabo correctamente esas operaciones en un caso concreto no es fácil, pero es una exigencia ineludible que deriva de la propia normatividad de la Constitución por un lado y del carácter democrático del Estado por otro.

VII A MODO DE CONCLUSIÓN

El lento avance de la transición mexicana y la secular ausencia de hábitos democráticos hacen perfectamente entendible que en el camino hacia la construcción de un orden plenamente democrático se cometan errores y se produzcan retrocesos. De esos errores también se puede aprender y la decisión del TE que se ha tratado de analizar de forma breve en este trabajo da buena cuenta, en mi opinión, de la urgente necesidad

²⁹ Derecho y razón práctica, cit., p. 18.

³⁰ PRIETO, *op. cit.*, p. 16.

³¹ Como dice Luigi FERRAJOLI, la interpretación de la ley "siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas", *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés y otros, Madrid, 1995, p. 39.

de modificar el paradigma jurídico bajo el que hemos sido educados en México y que no es otro, sobre todo por lo que se refiere al derecho público, más que un paradigma decimonónico, propio de sociedades cerradas y no pluralistas.

La pregunta que por dos veces ha sido planteada en este trabajo en el sentido de a quién beneficiaba en exhorto puede ahora ser contestada diciendo que beneficiaba a todos porque buscaba que todos los partidos compitieran en la mayor igualdad posible de circunstancias.

La realidad social, el momento histórico en el que se juzga, también deben ser tomados en cuenta por los jueces cuando emiten sus sentencias. En el contexto atribulado de la difícil transición mexicana a la democracia el exhorto del Consejo General del IFE solamente podía haber traído beneficios y no perjuicios.

Convertir a la legalidad en un legalismo vacío en nada va a ayudar a propiciar la apertura (política, pero también jurídica) que está demandando la sociedad mexicana y que es una consecuencia inexorable del imparable pluralismo que en ella existe. Quizá no esté de más recordar la frase, ya convertida en un tópico a fuerza de tanto ser repetida, del Tribunal Constitucional español cuando sostiene que "la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo".³² Esa debe ser la aspiración del régimen constitucional mexicano, que no debe comprometerse con la cerrazón y el formalismo — sea jurídico sea político— sino con la apertura, el pluralismo, la tolerancia y, sobre todo, con el sentido democrático de todos los órganos públicos, los cuales sólo existen y se justifican en razón de su contribución a la construcción democrática del Estado.

En el contexto de una sociedad abierta, deliberativa, plural, no debe de extrañar que existan diferencias entre los órganos constitucionales. Que el IFE y el TE sostengan puntos de vistas distintos no debe sorprender a nadie y de ello, inclusive,

³² Sentencia 11 de 1981.

pueden derivar consecuencias positivas. Sus diferencias, aparte de mostrar un sano pluralismo institucional (por fortuna se han acabado los días del *pensamiento único* en el poder público de México), radican fundamentalmente en dos distintas visiones del derecho y de la política.

La crítica que pueda hacerse a uno y otro órgano nunca debe ser respecto de su legitimidad (que en ambos casos deriva directamente de la Constitución y es, por tanto, difícilmente discutible, sino respecto de los puntos de vista y las argumentaciones *concretos* que puedan sostener en un *caso determinado*.

Tanto el IFE como el TE cumplen con una función constitucional de la máxima importancia dentro del proceso de transición democrática que México quiere consolidar en los próximos años. Por ello sus decisiones deben ser respetadas, pero también por ello deben ser discutidas y analizadas con detalle, incluso para criticarlas. Esto es lo que se ha intentado hacer en este breve trabajo.