

Quid Juris

Publicación del Tribunal Estatal
Electoral de Chihuahua



Año 1 Volumen 4

QUID JURIS: Locución latina. «¿QUÉ DEL DERECHO?»

Número ISSN: 1870-5707

Consejo editorial:

Magistrado José Rodríguez Anchondo

Presidente

Magistrada Alma Rosa Martínez Manríquez

Coordinadora de capacitación

Magistrado José Miguel Salcido Romero

Coordinador de Investigación Jurídica

Responsable editorial:

Magistrado José Rodríguez Anchondo

Publicación del Tribunal Estatal

Electoral de Chihuahua

Calle 33 No. 1510

Colonia Santo Niño

Chihuahua, Chih., México

Tels.: 4-130691 y 4-136450

www.teecuu.org

CONTENIDO

Prólogo	5
La calificación de la elección presidencial y el vacío jurídico para cuestionarla José Alfredo García Solís	7
<i>QUID IURIS, QUID IUS:</i> sobre el concepto de derecho Pablo Héctor González Villalobos	25
El juicio de amparo y la acción de inconstitucionalidad Luciano Silva Ramírez	75
Financiamiento público a partidos nacionales en el ámbito estatal Saúl E. Rodríguez Camacho	101
Agenda política Samuel Schmidt	137

PRÓLOGO

Me es muy grato se me haya pedido comentar anticipadamente, aunque sólo sea porque los prólogos se antepone al contenido de la obra, pero se elaboran una vez conocido este, hacer un acto de reflexión sobre una revista que difunde la cultura jurídica, dentro de la cual se halla incluida la parte electoral y en esta el control por un órgano independiente, el Tribunal Estatal Electoral, del cumplimiento de la legislación que organiza el acceso de los ciudadanos y de los partidos políticos, entre otras cosas, en forma legítima al poder.

Me llama la atención el artículo *QUID JURIS, QUID IUS: Sobre el Concepto del Derecho*, que circunstancialmente repite el nombre de la revista QUID JURIS y que nos hace una invitación, a través de su lectura, a repensar el derecho, situación que influye en el juez al dictar la sentencia, estableciéndose de esta manera una relación de valor y utilidad, entre la publicación y el tribunal que la emite, poniendo énfasis en recuperar ese sentido del derecho con la inclusión de su dimensión fisiológica, examinando la evolución de la concesión del derecho a partir de la historia y de los enfoques que han prevalecido en ella, como el empirismo, el racionalismo, el jusnaturalismo, transcurriendo de la modernidad a la postmodernidad, para concluir en la concesión del autor y su propuesta, un excelente trabajo que logra su propósito, Repensar el Derecho.

Sobre Samuel Schmidt se puede agregar muy poco, debido a su acreditada calidad, sin embargo en su Agenda Política, que en esta ocasión se refiere a la despolitización de la sociedad mexicana y a la falta de una agenda nacional, que por sí mismas se explican, habría que señalar algunas reflexiones profundas e importantes, como aquella que señala «la sociedad encuentra que la brecha entre el gobierno

y ella misma es cada vez mayor...» o aquella otra que expresa «que la fractura entre el gobierno y la sociedad adquiere una dimensión preocupante,...» o, peor aún la que atribuye a «alguien», cuando dice «que la nueva paradoja política es que el gobierno le ha perdido la confianza a la sociedad». Refiere el autor en este artículo su preocupación por la agenda nacional, que aunque se refiere a la política, esta finalmente hermanada con el derecho, pero sin embargo ausente.

Nos encontramos también en este órgano de difusión del Tribunal Estatal Electoral dos interesantísimos artículos sobre política y derecho, el primero a cargo de José Alfredo García Solís, que plantea un interesante y preocupante tema, sobre el vacío político para cuestionar las elecciones presidenciales, desarrollado a partir de la observación del fenómeno político electoral y su comparación con las hipótesis jurídicas contenidas en la legislación electoral federal. Igualmente Saúl E. Rodríguez Camacho desarrolle el tema del financiamiento público a los partidos nacionales en el ámbito estatal, es decir de cada entidad federativa, situación que le preocupa a partir de principios indicados en la justicia y en la equidad. Ambos artículos refieren a temas relacionados con el derecho, con la justicia y con la política.

Por último tenemos un magnífico artículo del Dr. Luciano Silva Ramírez sobre el «El Juicio de Amparo y la Acción de Inconstitucionalidad», haciendo interesantes propuestas de reforma, tanto a la constitución, en lo que se refiere al juicio de amparo y a la acción de inconstitucionalidad, para solventar así un «Auténtico Estado de Derecho».

Como se ve nos encontramos ante contenidos sumamente valiosos, que hacen de este órgano legislativo, una auténtica revista de colección, con artículos que conservan su actualidad y la hacen un órgano de consulta en el transcurso del tiempo.

LA CALIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL Y EL VACÍO JURÍDICO PARA CUESTIONARLA

José Alfredo García Solís*

1. Preámbulo

Como es sabido, a partir de las reformas constitucionales y legales realizadas en 1996, en nuestro país se suprimió el sistema de heterocalificación política de la elección presidencial, la cual, en su última etapa, estuvo a cargo de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión erigida en Colegio Electoral.

En la actualidad, tal actividad se considera de calidad eminentemente jurisdiccional, en atención a que corresponde realizarla a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En efecto, de acuerdo a lo previsto en los artículos: 99, cuarto párrafo, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 186, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la referida Sala Superior, a más tardar el 6 de septiembre del año de la elección, realiza en única instancia y de manera definitiva, el cómputo final y la respectiva calificación de la

* El autor tiene una carrera judicial en la materia electoral de más de doce años. Proyectista en los procesos electorales federales de Presidente de la República de 1994, 2000 y 2006, y en elecciones intermedias de 1997 y 2003, en las Salas Superior y Regionales de los Tribunales Federal Electoral y Electoral del Poder Judicial de la Federación; así como en los procesos electorales estatales del 2002 al 2005 en los tribunales electorales de los estados de Hidalgo, Tabasco, Chihuahua y Baja California Sur. Actualmente se desempeña como Secretario de Estudio y Cuenta en la V Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, adscrito a la ponencia de la Magistrada Ma. Macarita Elizondo Gasperín.

elección presidencial, una vez que ha resuelto todos los juicios de inconformidad que resulten conexos¹.

Llama particularmente la atención, que el sistema de nulidades previsto en los artículos 76, 77 y 78 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral –publicada en el Diario Oficial de la Federación del 22 de noviembre de 1996–, únicamente regula en forma expresa causales de nulidad para las elecciones de diputados y senadores federales, quedando excluida en el caso, la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, cabría plantear si, en un determinado momento, existiría la posibilidad legal para controvertir la declaración de validez de la elección Presidencial, a través de un medio de impugnación jurisdiccional electoral, cuando se haga valer la existencia de presuntas violaciones sustanciales cometidas a lo largo del proceso electoral.

2. El sistema impugnativo en el caso de la elección presidencial

Para la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el proceso electoral se divide en las etapas siguientes: a) Preparación de la elección; b) Jornada electoral; c) Resultados y declaración de validez de las elecciones; y d) Dictamen y declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo.

Con especial referencia a la tercera de las etapas citadas, conviene apuntar que el artículo 174, párrafo 5, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, dispone que se inicia con la remisión de la documentación y expedientes electorales a los Consejos Distritales, y concluye, con las resoluciones que, en su caso, emita en última instancia el Tribunal Electoral.

Dentro de esta fase, de acuerdo con la legislación adjetiva aplicable, los resultados consignados en cada una de las trescientas actas de cómputo distrital de la elección de Presidente de los Estados

¹La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, durante la elección presidencial realizada en dos mil realizó, por vez primera en la historia nacional, esta actividad jurisdiccional. Para el caso: Véase: «*Dictamen relativo al cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a la declaración de validez de la Elección y a la de Presidente Electo*», aprobado por unanimidad de votos el 2 de agosto de 2000.

Unidos Mexicanos, pueden ser objeto de impugnación a través del juicio de inconformidad, para lo cual, en las inconformidades atinentes, la parte accionante sólo podrá hacer valer causales de nulidad de votación recibida en casilla o el error aritmético. Cabe señalar que la única autoridad competente para conocer y resolver estos medios de impugnación, en única instancia y en forma definitiva e inatacable, lo es la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; y eventualmente, los efectos de las resoluciones que se emitan podrán, por un lado, declarar la nulidad de la votación recibida en una o varias casillas, y modificar, en consecuencia, el acta de cómputo distrital respectiva; o bien, hacer la corrección de los resultados consignados en las actas de los cómputos distritales cuando hayan sido impugnados por error aritmético. Lo anterior, encuentra sustento en lo previsto en los artículos 50, párrafo 1, inciso a), 53, párrafo 1, inciso a), y 56, párrafo 1, incisos b) y g), en relación con el numeral 75, todos de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Como se puede advertir, durante el período de resultados y declaración de validez –única etapa en la que resulta posible cuestionar, mediante la presentación del juicio de inconformidad, la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos–, no resulta factible que los partidos políticos o coaliciones legitimados aleguen alguna causa de nulidad de elección, y mucho menos, que la impugnación alcance este objetivo, en atención a que la ley de medios de impugnación que se examina no prevé alguna hipótesis al respecto.

Por ende, resultaría remoto suponer que en esta etapa pudiera darse la viabilidad de anular la elección presidencial –si es que cupiera la posibilidad de abrir una sección de ejecución como la que se prevé en el artículo 57 de la referida ley de medios de impugnación– con base, por ejemplo, en que se hubiera declarado la nulidad de la votación recibida en por lo menos el veinte por ciento de las casillas instaladas en el territorio nacional, o cuando no se hubieran instalado las casillas en el veinte por ciento de las secciones electorales en que se divide el país; como sí se dispone de manera expresa en los artículos 76, párrafo 1, incisos a) y b), y 77, párrafo 1, incisos a) y b), de la ley del sistema de medios de impugnación en consulta,

para el caso de las elecciones de diputados y senadores al Congreso de la Unión.

Pero más allá de lo anterior, la existencia de este vacío legal también hace nugatorio en principio, la viabilidad del estudio de la existencia de presuntas violaciones sustanciales cometidas durante el desarrollo de los comicios presidenciales, como a continuación se detalla.

3. Los actos inmersos en la declaración de validez de la elección presidencial

El artículo 174, párrafo 4, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, establece que la etapa de dictamen y declaración de validez de la elección y de Presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, se inicia al resolverse el último de los medios de impugnación que se hubiesen interpuesto en contra de esta elección o cuando se tenga constancia de que no se presentó ninguno y concluye al aprobar la Sala Superior del Tribunal Electoral, el dictamen que contenga el cómputo final y las declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo.

En la elaboración de dicho dictamen, formalmente, se deben abordar tres temas fundamentales: a) El cómputo final; b) La declaración de validez de la elección; y c) La declaración del Presidente electo.

Con relación al “cómputo final”, cabe apuntar que las resoluciones que recaigan a los juicios de inconformidad que se hubieran presentado en contra de los cómputos distritales de la elección presidencial, eventualmente, podrían modificar los resultados consignados en las respectivas actas de cómputo; por lo que en consecuencia, en el referido dictamen se debe proceder a realizar el cómputo general de la elección presidencial mediante la suma de las cantidades anotadas en las trescientas actas de cómputo, incluyéndose desde luego, aquéllas en las que se haya efectuado alguna modificación al resolver las correspondientes inconformidades.

En lo concerniente a la “declaración de validez” de la elección presidencial, conviene apuntar que la Sala Superior, ha sostenido que en ese acto la autoridad analiza si se cometieron irregularidades

durante el desarrollo del proceso electoral en cualquiera de sus etapas, y en caso de ser así, valora en qué medida afectaron los bienes jurídicos, valores y principios que rigen las elecciones con el fin de determinar si los mismos permanecen, o bien, si la afectación fue tal magnitud que en realidad no subsistieron. En el primer caso, declara válida la elección y en el segundo, no, porque en este último caso significa que no se alcanzó la finalidad, esto es, no se logró obtener, mediante el voto universal, libre, secreto y directo, la voluntad popular en torno a quienes elige para que en su representación ejerzan su poder soberano². Cabe señalar que en este caso, es facultad de la mencionada Sala Superior, declarar o no válida la elección.

En lo concerniente a la “declaración de Presidente electo”, la Sala Superior tiene la obligación de revisar si el candidato que ha obtenido el mayor número de votos, ha cumplido con los requisitos de elegibilidad contenidos en el artículo 82 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para el desempeño del cargo.

4. La declaración de validez de la elección presidencial como objeto de impugnación

La aprobación del dictamen que contenga el cómputo final y las declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo, realizada por la Sala Superior del Tribunal Electoral, en modo alguno, podría considerarse como un acto definitivo y firme, pues esta calidad sólo se confiere, entre otras, a las resoluciones recaídas a las impugnaciones –en específico, los juicios de inconformidad– que se enderecen contra la elección presidencial, como se aprecia con nitidez del marco normativo aplicable:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

“ARTÍCULO 99

[...]

Al Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, en los términos de esta Constitución y según lo disponga la ley, sobre:

² Cfr.: SUP-REC-009/2003 y su acumulado SUP-REC-010/2003, resueltos por la Sala Superior el 19 de agosto de 2003.

[...]

II. *Las impugnaciones que se presenten sobre la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos que serán resueltas en única instancia por la Sala Superior.*

La Sala Superior realizará el cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, una vez resueltas, en su caso, las impugnaciones que se hubieren interpuesto sobre la misma, procediendo a formular la declaración de validez de la elección y la de Presidente Electo respecto del candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos;

[...]”

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

“ARTÍCULO 186. En los términos de lo dispuesto por los artículos 41, fracción IV, 60, párrafos segundo y tercero, y 99, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Electoral, de conformidad con lo que señalen la propia Constitución y las leyes aplicables, es competente para:

[...]

II. *Resolver, en una sola instancia y en forma definitiva e inatacable, las impugnaciones sobre la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.* Una vez resueltas las que se hubieren interpuesto, la Sala Superior, a más tardar el 6 de septiembre del año de la elección, realizará el cómputo final, procediendo a formular la declaración de validez de la elección y la de Presidente Electo respecto del candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos.

La declaración de validez de la elección y la de Presidente Electo formulada por la Sala Superior, se notificará a la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados para el mes de septiembre del año de la elección, a efecto de que esta última ordene de inmediato, sin más trámite, la expedición y publicación del Bando Solemne a que se refiere la fracción I del artículo 74 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

[...]”

LEY GENERAL DEL SISTEMA DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL

“ARTÍCULO 25

1. *Las sentencias que dicten las Salas del Tribunal Electoral serán definitivas e inatacables, a excepción de aquellas que sean susceptibles de impugnarse a través del recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el Título Quinto del Libro Segundo de este ordenamiento.”*

Como ha quedado de manifiesto, en el caso de la elección presidencial, sólo resultan definitivas e inatacables las resoluciones recaídas a los juicios de inconformidad que la cuestionen, y esto obedece al hecho de que para realizar el cómputo final y en forma previa, es menester contar con resultados definitivos e inalterables provenientes de los 300 distritos electorales uninominales; pero tal calidad –la definitividad y firmeza– sólo trasciende en forma directa al mencionado cómputo final, más no a las declaraciones de validez de la elección y de Presidente electo, dado que éstas, al no guardar correspondencia con la naturaleza de las impugnaciones que se hubieran presentado en su momento, se erigen como actos diversos al cómputo de referencia; y suponerlo de otro modo carecería de fundamento, dado que se desnaturalizaría el encadenamiento secuencial y lógico del texto contenido en las primeras dos disposiciones transcritas.

A mayor abundamiento, cabe señalar que en la exposición de motivos de la respectiva “iniciativa” del decreto de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 25 de julio de 1996, nada se adujo sobre la definitividad e inimpugnabilidad del dictamen que interesa, ya que en lo conducente, se refirió:

Esta iniciativa propone, para culminar un proceso iniciado en 1993, con las reformas al artículo 60 de nuestro ordenamiento fundamental, por las cuales, desaparecieron los colegios electorales de las cámaras de Diputados y Senadores, que se elimine la calificación de la elección presidencial por la Cámara de Diputados, erigida en colegio electoral, para transferir dicha función al tribunal electoral.

De esta manera, el tribunal electoral, por conducto de su órgano superior, resolverá las impugnaciones que se hubiesen presentado en los distritos electorales uninominales y, en su caso, procederá a hacer la declaración de validez de la elección y la de presidente electo del candidato que hubiere obtenido el mayor número de votos.

[...]”³

³“INICIATIVA DEL DECRETO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PRESENTADA POR LOS COORDINADORES DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS DE LOS PARTIDOS ACCIÓN NACIONAL, REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL, DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA Y DEL TRABAJO, ASÍ COMO POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA A LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN”, en: “Génesis de la Reforma Político Electoral de 1996, *Revista del Tribunal Electoral del Estado de México*, No. 3, Diciembre de 1996, pp. 23 y 24.

Por ende, en consonancia con la disposición contenida en el artículo 72 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que prevé: “*Las elecciones cuyos cómputos, constancias de validez y mayoría o de asignación no sean impugnadas en tiempo y forma, se considerarán válidas, definitivas e inatacables*”, cabría analizar si es posible combatir el referido dictamen, a través de algún juicio de inconformidad, cuando se alegue la existencia de presuntas violaciones sustanciales cometidas durante el proceso electoral.

5. La inoperatividad de la causal «genérica» de nulidad de elección

Con relación a la denominada causal “genérica” de nulidad de elección, contemplada en el artículo 78 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, cabe señalar lo siguiente:

En las elecciones de diputados y senadores federales electos por el principio de mayoría relativa, es precisamente ese acto en que se califica y valida la elección, el que constituye el objeto de impugnación cuando se hace valer su nulidad, a través de la presentación del juicio de inconformidad. El artículo 50, párrafo 1, incisos b), fracción I, y d) fracción I, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, establece que son actos impugnables a través del juicio de inconformidad, entre otros, las **declaraciones de validez de las elecciones, por nulidad de la votación recibida en una o varias casillas o por nulidad de la elección.**

Así, queda demostrado que la causa de nulidad prevista en el artículo 78 de la ley mencionada no se refiere exclusivamente a hechos o circunstancias que hayan tenido realización material el día de la jornada electoral, sino a todos aquellos que incidan o surtan efectos ese día en el gran acto de la emisión del voto universal, libre, secreto y directo, que, por lo mismo, se traducen en *violaciones sustanciales en la jornada electoral*, al afectar el bien jurídico sustancial del voto en todas sus calidades.

En ese sentido, la causal que se analiza atañe a la naturaleza

misma del proceso electoral y los fines que persigue, en la cual, la nulidad la determina el hecho de que las violaciones sean suficientes y en tal grado que permitan afirmar que tales fines no se alcanzaron, es decir, que no se obtuvo una elección libre y auténtica, a través del voto universal, libre, secreto y directo de los ciudadanos. Esto, porque se exige que las violaciones sean **sustanciales, generalizadas y determinantes** para el resultado de la elección, lo que implica que por su constante presencia durante el desarrollo del proceso electoral, y por sus circunstancias sean eficaces o decisivas para afectar los bienes jurídicos sustanciales mencionados.

Por último, cabe mencionar, respecto del requisito de que las violaciones se **prueben plenamente**, que la causa de nulidad que se analiza es de difícil demostración, dada su naturaleza y características, donde la inobservancia a los elementos sustanciales implica la realización de un ilícito o incluso, un delito, que su autor trata de ocultar; ante lo cual, para cumplir la exigencia de su plena demostración, resulta importante la prueba indiciaria.

Sin embargo, el artículo 78, párrafo 1, de la ley adjetiva electoral, acota la causal “genérica” de nulidad de elección, para los casos siguientes:

Las Salas del Tribunal Electoral podrán declarar la nulidad de una elección de diputados o senadores cuando se hayan cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral, en el distrito o entidad de que se trate, se encuentren plenamente acreditadas y se demuestre que las mismas fueron determinantes para el resultado de la elección, salvo que las irregularidades sean imputables a los partidos promoventes o sus candidatos.

En consecuencia, quedaría en principio erradicada la denominada causal “genérica” de nulidad para el caso de la elección presidencial, debido a que sólo resulta factible para las elecciones de diputados y senadores federales electos por el principio de mayoría relativa; y esta situación, incluso, podría dar lugar al desechamiento de plano de la impugnación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9, párrafo 3, de la Ley de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que establece esta figura cuando, entre otras hipótesis, el escrito impugnativo resulte evidentemente frívolo –que en el caso

podría darse porque no se alcanza el objeto pretendido⁴—o cuya notoria improcedencia se derive de las disposiciones del ordenamiento —procedencia exclusiva para las elecciones de diputados y senadores de mayoría relativa—.

6. La causal «abstracta» de nulidad de elección

6.1. Marco teórico

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha establecido las bases sobre las que se erige la llamada «causal abstracta de nulidad», en la tesis de jurisprudencia identificada con la clave S3ELJ 23/2004, que en lo conducente, dice:

«NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA (Legislación del Estado de Tabasco). Los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9o. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, establecen principios fundamentales como: el sufragio universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad. Estos principios deben observarse en los comicios, para considerar que las elecciones son libres, auténticas y periódicas, tal y como se consagra en el artículo 41 de dicha Constitución, propias de un régimen democrático. Esta finalidad no se logra si se inobservan dichos principios de manera generalizada. En consecuencia, si alguno de esos principios fundamentales en una elección es vulnerado de manera importante, de tal forma que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente y, como consecuencia de ello, se ponga en duda fundada la credibilidad o

⁴ Artículo 60 del Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, párrafo 3, de la Ley General, el medio de impugnación evidentemente frívolo, a propuesta del Magistrado instructor, deberá ser desechado de plano, cuando a juicio de la Sala sea notorio el propósito del actor de interponerlo sin existir motivo o fundamento para ello o aquél evidentemente no pueda alcanzar su objeto”.*

la legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos, es inconcuso que dichos comicios no son aptos para surtir sus efectos legales y, por tanto, procede considerar actualizada la causa de nulidad de elección de tipo abstracto, derivada de los preceptos constitucionales señalados. Tal violación a dichos principios fundamentales podría darse, por ejemplo, si los partidos políticos no tuvieran acceso a los medios de comunicación en términos de equidad; si el financiamiento privado prevaleciera sobre el público, o bien, si la libertad del sufragio del ciudadano fuera coartada de cualquier forma, etcétera. Consecuentemente, si los citados principios fundamentales dan sustento y soporte a cualquier elección democrática, resulta que la afectación grave y generalizada de cualquiera de ellos provocaría que la elección de que se trate carecería de pleno sustento constitucional y, en consecuencia, procedería declarar la anulación de tales comicios, por no haberse ajustado a los lineamientos constitucionales a los que toda elección debe sujetarse.

Tercera Época:

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-487/2000 y acumulado.—Partido de la Revolución Democrática.—29 de diciembre de 2000.—Mayoría de cuatro votos.—Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.—El Magistrado José Fernando Ojesto Martínez Porcayo no intervino, por excusa.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-096/2004.—Coalicción Alianza Ciudadana.—28 de junio de 2004.—Mayoría de cinco votos en el criterio.—Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-099/2004.—Partido Acción Nacional.—28 de junio de 2004.—Mayoría de cinco votos en el criterio.—Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.⁵

Cabe señalar que la causa “abstracta” de nulidad de una elección, surgida al resolverse un juicio de revisión constitucional enderezado contra la elección de Gobernador en Tabasco realizada en

⁵ Tesis de Jurisprudencia identificada con la clave S3ELJ 23/2004, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, pp. 200 y 201.

⁶ Cfr.: Expedientes SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, resueltos en sesión pública realizada el 29 de diciembre de 2000, por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

2000⁶, tres años más tarde fue objeto de un estudio comparativo con la antes comentada causal “genérica” de nulidad de elección⁷. Así, se consideró que la causal “abstracta” se obtenía de la naturaleza misma del proceso electoral, con la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Violaciones de los elementos o requisitos substanciales o esenciales de una elección democrática, de obediencia inexcusable, establecidos en los artículos 39, 41 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que son, entre otros: la celebración de elecciones libres, auténticas y periódicas; sufragio universal, libre, secreto y directo; predominio del principio de equidad en el financiamiento público de los partidos políticos y sus campañas electorales; organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; preponderancia de los principios rectores de todo proceso electoral, como son: la certeza, la legalidad, la independencia, la imparcialidad y la objetividad; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales.

b) Que la violación afecte de manera importante alguno de esos elementos, ya porque se presentó de manera generalizada o porque es de tal manera grave o trascendente que incida en una flagrante vulneración a los mismos, con lo cual, ya no se podría hablar de que tales elementos se verificaron y, por tanto, de la existencia de una elección libre y auténtica.

c) Como consecuencia de lo anterior, se ponga en duda fundada la credibilidad y legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos.

d) Es premisa fundamental de la causa abstracta el que la revisión total de esos principios o postulados esenciales puede darse en el momento de la calificación de la elección; de ello dependerá que se declare válida o no esa elección, ya que otro principio fundamental del Derecho Electoral Mexicano es que todos los actos y resolu-

⁷ Cfr: Expedientes SUP-REC-009/2003 y su acumulado SUP-REC-010/2003, resueltos en sesión pública realizada el 29 de agosto de 2003, por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ciones se sometan invariablemente a los principios de constitucionalidad y legalidad, a través de un sistema de medios de impugnación.

e) La prueba indiciaria resulta ser la idónea para la comprobación de las violaciones que dan lugar a esta causa de nulidad, en virtud de que para la demostración de la inobservancia de los elementos constitutivos de una elección democrática, auténtica y libre, con relación a unos comicios determinados, debe tenerse en cuenta que los hechos o circunstancias que dan lugar a la referida inobservancia, se encuentran en distinto contexto, lo cual ocasiona que se presenten diferentes grados de dificultad en su demostración, porque algunas veces se produce la conculcación, en virtud de un acto de autoridad con determinadas particularidades, que permiten la demostración de las afirmaciones sobre el hecho citado, mediante la prueba documental pública; pero en otras ocasiones, la inobservancia de los principios en comento implica, a su vez, la comisión de un ilícito en general o, incluso, un delito. Es patente que al presentarse esto último, el autor del ilícito trate de ocultar su obra, lo cual es difícil probar; y

f) Como los elementos fundamentales cuya violación da lugar a esta causa de nulidad, son de obediencia inexcusable e irrenunciables, es innecesario que tales violaciones se encuentren expresamente referidas en la ley electoral, para que dicha causa de nulidad tenga lugar.

De la comparación de los elementos característicos de la causa de nulidad prevista en el artículo 78 de la Ley General del Sistema de Impugnación en Materia Electoral, y de la causa “abstracta” de nulidad, se estableció que ambas son extraídas de los fines, principios o elementos fundamentales previstos en la Constitución sobre las elecciones democráticas, porque ambas se refieren a la naturaleza misma del proceso electoral, en cuanto a que, si se dañan de modo importante los bienes jurídicos sustanciales de toda elección y los valores y principios que a los mismos corresponden, dicha elección está viciada y, por tanto, su nulidad debe declararse. La diferencia estriba en que, mientras la segunda se le ubica de manera «abstracta» como vulneración de tales elementos o principios, y que

dan pauta a la determinación de que aunque no se encuentre expresamente acogida en la ley, tiene que examinarse cuando se haga el planteamiento porque implica la violación a los elementos fundamentales de la elección, la segunda constituye la concreción de la causa abstracta por parte del legislador, al plasmarla expresamente en la ley, es decir, el legislador asimiló los mismos conceptos que constituyen la causa abstracta y los señaló en la ley.

En esas condiciones, las violaciones que dan lugar a la causa “abstracta” de nulidad, como a la prevista en el artículo 78 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, son esencialmente las mismas, por lo que su estudio debe ser de manera unitaria, sin seccionar los hechos a que se refieren.

Con base en lo anterior, podría concluirse que para el caso de la declaración de validez de la elección presidencial, resultaría hasta cierto punto procedente alegar su nulidad, invocando la existencia de presuntas violaciones sustanciales cometidas durante el proceso y la jornada electoral, con base en la causal “abstracta” que se ha comentado; empero, para su operatividad, existen ciertos obstáculos que vale la pena comentar.

6.2. La problemática en torno a su planteamiento

En primer lugar, no existe un momento procesal oportuno para invocar la causal “abstracta” de nulidad de elección presidencial, como se pone en relieve a través de los escenarios que enseguida se plantean:

Si la parte impugnante, al presentar los juicios de inconformidad contra los resultados consignados en las 300 actas de cómputo distrital de la elección presidencial, hiciera valer la existencia de presuntas violaciones sustanciales cometidas durante el proceso y la jornada electorales; sin lugar a dudas, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación podría desechar esta parte de la impugnación –o sobreseer, si ya hubiera sido admitida–, fundamentalmente, por dos razones: la primera, porque los efectos de la sentencia sólo estarían limitados eventualmente a decretar la nulidad de la votación recibida en las casillas, y como consecuencia, a modificar los resultados consignados en el acta de cómputo distrital respectiva; y la segunda, porque la alegación de violaciones o irre-

gularidades sustanciales, de acuerdo a lo sostenido por la Sala Superior, sólo podrían examinarse durante la “calificación de la elección”, la cual se efectúa después de resolverse los juicios de inconformidad, y por lo tanto, en este caso, las impugnaciones estarían cuestionando un acto inexistente.

Sin embargo, después de que se han resuelto los juicios de inconformidad dirigidos a cuestionar los resultados consignados en las actas de cómputo distrital, actualmente la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral no prevé específicamente algún mecanismo jurídico para cuestionar la “calificación” de la elección presidencial, una vez que los interesados conozcan quién ha sido el candidato que obtuvo el mayor número de votos, lo que sucede en forma previa a la “calificación” de esta elección.

Cabe abrir un paréntesis para subrayar que el presente ensayo, no pone en tela de juicio la actuación de la Sala Superior, que ya en una ocasión declaró la “validez” de la elección, sujetándose a los principios de constitucionalidad y legalidad; ni tampoco, que el Instituto Federal Electoral, durante los quince años en que ha organizado las elecciones federales, ha dotado de certidumbre los resultados comiciales; sino más bien, abrir un pequeño espacio a la reflexión a fondo sobre la procedencia de la acción de recurrir de la elección presidencial.

Lo cuestionable en el caso es: ¿cómo y en qué momento podría hacerse sabedora a la autoridad jurisdiccional, la eventual existencia de presuntas violaciones cometidas durante el proceso y la jornada electoral de la elección presidencial?

Un primer ejemplo: si se promueve una impugnación o algún escrito alegando la existencia de presuntas violaciones sustanciales durante el proceso y la jornada electoral, después de conocer los resultados del cómputo final, y antes de que sea aprobado el dictamen que contiene la declaración de “validez”, se presenta un vacío jurídico, dado que la ley adjetiva no contiene disposición expresa acerca de si la Sala Superior cuente con facultades de recibir y tomar en cuenta el libelo, aunado a que no hay mención legal sobre los eventuales efectos que podrían recaer a esta posible impugna-

ción o escrito. En un caso como el anterior, simple y sencillamente podría no admitirse la impugnación o el escrito.

Pero suponiendo sin conceder que la Sala Superior admitiera la impugnación o el escrito, no se debe perder de vista que constituye una obligación para dicha autoridad proceder a “*formular la declaración de validez de la elección y de Presidente Electo respecto del candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos*”, como lo dispone el artículo 99, cuarto párrafo, parte final de la fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Del contenido de este precepto se advierte, *prima facie*, que la “*declaración de validez*” es un acto inminente. Sin embargo, ante el hecho remoto de que la Sala Superior no declare la validez de la elección presidencial⁸, ello en principio no ocasiona un vacío en el Poder Ejecutivo, toda vez que los artículos 84 y 85 del ordenamiento constitucional federal, prevén que si al comenzar un período constitucional no se presentase el Presidente electo, o la elección no estuviere hecha y declarada el 1º de diciembre, cesará, sin embargo, el Presidente cuyo ejercicio ha concluido y se encargará desde luego del Poder Ejecutivo, en calidad de Presidente interino, el que designe el Congreso de la Unión, o en su falta con el carácter de provisional, el que designe la Comisión Permanente.

En este orden de factores, surgen dos escenarios: el primero, concerniente a que la Sala Superior podría considerar que no le asiste la razón al solicitante; y el segundo, que acogiera las pretensiones del impetrante, y no declarar la validez de la elección.

En cualquiera de las dos hipótesis planteadas, quien resulte afectado en principio no contaría con algún medio de impugnación para controvertir la decisión que se encuentre inmersa en la “*declaración de validez*” de la elección presidencial. Y tal circunstancia también operaría, si en un determinado momento, la presentación del escrito a través del cual se hiciera valer la existencia de presuntas violaciones sustanciales, se hiciera después de haber sido aprobado el dictamen respectivo.

⁸ Igual a la facultad que le asiste a la autoridad electoral administrativa que califica la elección de diputados y senadores: artículo 248 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y de acuerdo al criterio emitido por la Sala Superior al resolver el expediente SUP-REC-009/2003 y su acumulado SUP-REC-010/2003.

7. Colofón

Como se ha podido advertir, no existe mecanismo jurídico alguno previsto en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, para controvertir la “declaración de validez” de la elección del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a pesar de que dicho acto, tal y como se ha expuesto, no es definitivo e inatacable.

No se debe perder de vista que los comicios federales para elegir al titular del Poder Ejecutivo de la Unión, se pronosticaron en su momento como bastante reñidos; por lo que frente a esta situación potencial, resulta indispensable realizar las consideraciones anteriores.

Desde luego, las anotaciones contenidas en el presente ensayo no pretenden alguna reforma o adición constitucional o legal, dado que ello, por el momento, resulta extemporáneo, atento a lo previsto en el penúltimo párrafo de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: *“Las leyes electorales y federales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.”*

No obstante, al ser evidente el vacío legal que ha sido revelado, sólo resta observar dos momentos:

A. Los resultados de la actuación de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre los pronunciamientos que emita en los próximos días sobre el particular, derivado de las más de trescientas cincuenta impugnados que se han sometido a su conocimiento, tan sólo combatiendo la elección presidencial; y

B. El pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la interposición de la promoción por presuntas violaciones al voto público con fundamento en el artículo 97 de la Constitución General.

Sólo falta esperar.

FUENTES CONSULTADAS:

- Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, Tomo JURISPRUDENCIA.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- «*Dictamen relativo al cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a la declaración de validez de la Elección y a la de Presidente Electo*», aprobado por unanimidad de votos el dos de agosto de dos mil.
- Expedientes: SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, resueltos en sesión pública realizada el veintinueve de diciembre de dos mil, por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Expedientes: SUP-REC-009/2003 y su acumulado SUP-REC-010/2003, resueltos en sesión pública realizada el veintinueve de agosto de dos mil tres, por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- «*INICIATIVA DEL DECRETO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PRESENTADA POR LOS COORDINADORES DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS DE LOS PARTIDOS ACCIÓN NACIONAL, REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL, DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA Y DEL TRABAJO, ASÍ COMO POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA A LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN*», en: «Génesis de la Reforma Político Electoral de 1996, *Revista del Tribunal Electoral del Estado de México*, No. 3, Diciembre de 1996.
- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

QUID IURIS, QUID IUS: SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

Pablo Héctor González Villalobos*

¿Tu verdad? No, la verdad.
Y ven conmigo a buscarla.
La tuya, guárdatela.

A. Machado.

Estas notas pretenden estimular la reflexión sobre el concepto de derecho. Aunque aparentemente se trata de una tarea meramente teórica, tiene profundas implicaciones para la práctica jurídica. Para ilustrar este aserto, basta con señalar que del concepto de derecho que subyace en una tradición jurídica depende, por ejemplo, la determinación de qué puede y debe y qué no puede y no debe hacer un juez al dictar sentencia. En un caso límite, la célebre polémica de quienes, como Radbruch, se inclinaron por juzgar a los criminales de guerra nazis sobre la base directa del derecho natural, frente a quienes, como Hart, opinaron que era preferible formular una legislación penal y aplicarla, por excepción, de manera retroactiva, fue una discusión que remitía, en última instancia, a la pregunta de qué ha de entenderse por derecho.¹ Pero aun en sistemas jurídicos

* El autor es profesor en Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua y del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, y Secretario Proyectista de la Séptima Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua.

¹ Esta polémica se ve reflejada en el caso titulado "El problema del delator rencoroso" elaborado por Fuller. Cfr. FULLER, Lon, *La moral del derecho*, traducción de Francisco Navarro, Trillas, México, 1967, pp. 205ss. Además, la misma subyace en la argumentación elaborada para

que operan en situación de “normalidad”, el impacto de la concepción del derecho que domina en los operadores del sistema resulta, como intentaremos mostrar, menos irrelevante de lo que a primera vista parece.

Con ello parece justificado incluir, en las páginas de esta publicación, la invitación a repensar qué es el derecho. Conscientes de que se dirige a juristas experimentados, hemos de advertir que la labor que en estas notas se emprende difícilmente aportará elementos que, en sí mismos, sean novedosos. Ríos de tinta se han derramado en torno al concepto de derecho. Arduo es encontrar, en relación con él, algo que no se haya dicho ya. Pero la misma abundancia de textos puede y suele generar confusión. Por tanto, la novedad, si la hay, habrá que buscarla en la estructura y el contexto de los elementos que se proponen para indagar el ser del derecho. En ellos, estructura y contexto, nos parece que se encuentra la clave para plantear con claridad nuestra pregunta. Si ello se logra, no importa, o no importa tanto, la eventual discrepancia sobre la respuesta, pues la base común que verosímelmente proporcionará la identidad auténtica de la interrogante, abrirá un espacio para un dialogo que sea realmente fecundo.

El título de este ensayo anuncia ya el elemento central del mismo. ¿Puede encontrarse el *quid iuris* de manera independiente al

establecer el derecho aplicable en el primer juicio de Nüremberg. En efecto, en la parte considerativa de la resolución definitiva se lee que: “It was urged on behalf of the defendants that a fundamental principle of all law -international and domestic- is that there can be no punishment of crime without a pre-existing law. «Nullum crimen sine lege. nulla poena sine lege.» It was submitted that ex post facto punishment is abhorrent to the law of all civilised nations, that no sovereign power had made aggressive war a crime at the time the alleged criminal acts were committed, that no statute had defined aggressive war, that no penalty had been fixed for its commission, and no court had been created to try and punish offenders. (...) “In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants, or at least some of them must have known of the treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion and aggression. On, this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to, the present facts.” (El subrayado es nuestro). El texto completo de la sentencia puede consultarse en internet en la siguiente dirección electrónica: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/>

quid ius? Dicho en otras palabras, ¿es posible saber qué es lo jurídico sin tomar en cuenta qué es lo justo? Las respuestas antagónicas a esta cuestión constituyeron la fuente, aparentemente inagotable, de la centenaria polémica entre iuspositivismo y iusnaturalismo. Aunque no pretendemos alimentarla, sí nos interesa, en cambio, destacar cómo buena parte de la misma tuvo su origen en la falta, en buena parte de los polemistas, de un contexto teórico que garantizara la referencia de las posiciones antagónicas a la misma pregunta. Porque resulta estéril la discusión entre quienes, al abordar la interrogante de que se trata, se refieren, pese a designarlo con el mismo nombre, a un objeto distinto. La elaboración estructurada de dicho contexto constituye, pues, el objetivo principal de este trabajo.

En una primera y muy breve parte, se identificarán los elementos necesarios para plantear la que hemos denominado cuestión epistemológica. Se trata de los referentes sin los cuales no es posible reflexionar sobre el conocimiento humano. Reflexión que, a su vez, es necesaria para identificar el concepto de ciencia y la relación de éste, si la hay, con la filosofía. A continuación, se expondrá cómo la cuestión epistemológica fue concebida en la cosmovisión moderna.² En tercer lugar, se contrastará tal concepción con la cosmovisión clásica. En seguida, se planteará si cabe hablar de la superación de la modernidad y, en consecuencia, de la inauguración de una cosmovisión posmoderna. En este último subapartado se incluirán los datos pertinentes para identificar el estado actual de la cuestión y se propondrá alguna propuesta de reflexión que pretenda hacer notar la utilidad que, para las tareas cotidianas de quienes dedican su vida profesional al derecho, tiene el plantearse seriamente el significado del concepto del derecho.

1. Algunos presupuestos epistemológicos: conocimiento humano, ciencia y filosofía.

Con una terminología de origen griego que, pese a ello, no fue utilizada por los grandes filósofos de la Grecia clásica, se afirma que

² La decisión de exponer la cosmovisión moderna antes de la clásica, pese a que ésta es históricamente anterior, responde a que el lector seguramente está más familiarizado con aquélla, lo que a su vez facilita la comprensión del texto.

la ontología es la parte de la filosofía que tiene por objeto el estudio del ser en cuanto ser. Pero el ser de las cosas no necesariamente ha de ser accesible a la razón humana. Así, la posibilidad de que la realidad sea cognoscible da lugar a la epistemología,³ o sea la rama de la filosofía que se ocupa del conocimiento.

Desde Aristóteles se entiende que el conocimiento estructurado no puede limitarse a la captación sensible del entorno en el que el sujeto se encuentra. Aunque no es posible el conocimiento sin el estadio inicial de la captación sensorial de los datos, ésta debe dar paso a la abstracción, que es la operación mediante la cual la inteligencia capta el concepto universal del objeto que se conoce. Así, quien tiene en su mente, por ejemplo, el concepto de silla, puede identificar una de éstas aunque no la haya visto previamente.

Ahora bien, en la epistemología aristotélica aprehender un concepto implica definirlo. La definición perfecta es aquélla en la que se logra determinar tanto el género próximo (categoría lógica más amplia y más cercana al concepto que se pretende definir) como la diferencia específica (la nota esencial al concepto que permite distinguirlo de otros conceptos que pertenecen al mismo género próximo).

Buena parte de los intentos de definición del derecho se han ajustado al referido marco de referencia. Es interesante hacer notar que ello ha ocurrido (sin que frecuentemente se haya sentido la necesidad de justificarlo) incluso en los intentos que han surgido desde el positivismo normativista, es decir, desde una corriente que es claramente moderna y que, por tanto, responde a un planteamiento epistemológico que es, como veremos, radicalmente distinto al aristotélico.

Entre nosotros, por ejemplo, García Máynez inicia su célebre *Introducción al Estudio del Derecho* con el siguiente texto:

“¿Qué es el derecho? He aquí lo primero que el estudioso se pregunta, al hollar en el umbral de la ciencia jurídica. El problema, lógicamente

³ En el lenguaje filosófico contemporáneo la voz epistemología ha sido sustituida por la de gnoseología. Sin embargo, parece adecuado conservar aquélla en tanto revela, por su vinculación etimológica con la *episteme* griega, un campo que enfatiza el estudio no del conocimiento en general, sino del conocimiento estructurado, es decir, de aquél que en términos modernos podríamos denominar, con evidente anacronismo, “científico”.

anterior a los demás de la misma disciplina es, al propio tiempo, el más arduo de todos. Los autores que lo abordan no han conseguido ponerse de acuerdo ni en el género próximo ni en la diferencia específica del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones y la anarquía reinante en esta materia.”⁴

En todo caso, es importante hacer notar que la definición de que se trata (o sea la que se forma con la suma del género próximo con la diferencia específica) responde a la idea de que la realidad no sólo es (o existe),⁵ sino que es cognoscible. La tesis que, como ya se apuntó, subyace a la misma, o sea que el concepto se abstrae del objeto real, es, por tanto, identificada como realista. Pero el realismo no ha sido una constante en la reflexión sobre el conocimiento humano. La modernidad, como señalaremos con mayor extensión en el apartado siguiente, puede caracterizarse, de manera simplista, como la sustitución del realismo por el idealismo.⁶

Con lo hasta aquí expuesto puede ya intuirse que el concepto de ciencia en general, así como el concepto de alguna ciencia en particular y del objeto que le es propio, necesariamente serán distintos en función de la cosmovisión filosófica y epistemológica en el que tales conceptos se generan. A reserva de que esta intuición sea captada, en los apartados subsecuentes, con la extensión y precisión adecuadas para su cabal comprensión, es posible anticipar algunas ideas que permiten establecer cómo la concepción que se tenga sobre el conocimiento humano determina qué es la ciencia, qué es la filosofía y cuál es la relación entre ambas.

Si en el realismo clásico el hombre, al conocer, pretende captar, mediante la abstracción, la esencia de la realidad, es claro que es la misma realidad la que se impone a la mente que intenta captarla. Y si la realidad es captada como algo complejo, en la que aparecen

⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 56ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 4.

⁵ El ser y la existencia no son, en sentido estricto, sinónimos. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, se utilizan como tales para facilitar la comprensión del texto.

⁶ Es un error frecuente identificar el pensamiento platónico como idealista. Si bien Platón formuló la célebre teoría de las ideas o formas, éstas eran, en su pensamiento, realidades auténticas que se encontraban en una región independiente de la mente humana. Por ello, algunos filósofos, como García Morente, sostienen categóricamente que “el eleatismo (platónico) no es idealismo sino realismo”. (GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 14ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 69.)

tanto elementos sensibles como otros normativos y espirituales, naturalmente la labor de generar conocimiento humano será, asimismo, compleja. En esta cosmovisión, por tanto, la filosofía y la ciencia no tienen razón para distinguirse. La única diferencia radicará en que aquélla se refiere a la realidad en su totalidad, mientras que cada ciencia se ocupará de un aspecto o parcela de aquélla. El proceso histórico mediante el cual, en las universidades europeas, las distintas ciencias fueron independizándose del tronco común de la filosofía, ilustra tal situación. Además, la costumbre anglosajona de denominar doctor en filosofía (*Ph. D*) a todo aquél que, con independencia del campo del conocimiento al que haya dedicado sus estudios, obtiene un doctorado, es un reducto de la misma situación.

En la modernidad, en cambio, las ciencias (encabezadas por la física) no sólo se desprenden de la filosofía sino que acaban por oponerse a ésta. Además, la realidad ya no importa, o no importa tanto, pues lo que interesa es el sujeto cognoscente. De él, y en los casos extremos sólo de él, depende la generación del conocimiento válido (*i. e.* verdadero). Por otra parte, si en la visión antigua filosofía y ciencia compartían la pretensión de ser disciplinas cuyo objeto era obtener esa clase de conocimiento, en el marco filosófico moderno tal pretensión intentará ser monopolizada por la ciencia. La filosofía acabará reducida al ámbito de la reflexión sobre los valores (que eventualmente acabarán siendo considerados, a su vez, como mera emotividad sin valor objetivo) y, posteriormente, al análisis del lenguaje. Así, la modernidad (y el positivismo que en ella se gesta) se caracterizará, para decirlo con Ballesteros, por un complejo de inferioridad de la filosofía frente a la ciencia.⁷ Sólo ésta tendrá valor científico y su labor será totalmente independiente de aquélla. En este contexto han surgido varias de las definiciones de derecho que conocemos, entre ellas la de Kelsen (como un orden en coactivo)⁸ y una de las de García Máynez (conjunto de normas impero-atributivas que, en una cierta época y en un país determinado, la autoridad política declara obligatorias).⁹

⁷ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho: introducción a la filosofía jurídica*, 2ª reimpresión de la 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, capítulo I.

⁸ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 10ª edición, Porrúa, México, 1998, pp. 44ss.

⁹ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, *cit.*, p. 37.

En suma: a) el conocimiento puede entenderse, bien como captación de la realidad mediante la abstracción (realismo), bien como construcción de la inteligencia con independencia de si la realidad existe o no (idealismo); b) en el realismo, filosofía y ciencia comparten la pretensión de generar, aunque en distinta extensión, conocimiento verdadero; y, c) en cambio, en la modernidad (que surge a partir del idealismo) la ciencia es la única que genera conocimiento válido y, para ello, no depende en absoluto de la filosofía.

Cabe ahora examinar, con mayor profundidad, el proceso que condujo a dicha situación, así como el estado actual de la cuestión, para así tener los elementos que permitan identificar el contexto teórico a partir del cual es razonable indagar sobre el concepto del derecho.

2. La cosmovisión moderna y su impacto en el concepto de derecho.

Puede afirmarse, asumiendo el riesgo que normalmente implica fijar el límite entre dos épocas, que la modernidad tiene su origen, en el siglo XVII, en el célebre sueño de Descartes.¹⁰ Sobre la tesis de que sólo las ideas claras y distintas pueden generar conocimiento válido, Descartes redujo la realidad, en cuanto cognoscible, a Dios, a la propia existencia y al espacio geométrico (la *res extensa*). Como recuerda Villoro,¹¹ el planteamiento cartesiano revela, en su origen, la insuficiencia que deriva de la incapacidad de distinguir la certeza subjetiva (el yo que capta algo como claro y distinto), que puede ser equivocada, de la verdad objetiva. Así, para salvar el posible y no infrecuente hiato entre la convicción del sujeto y la verdad, el problema del conocimiento pronto se tradujo en el problema metodológico, pues el método se convirtió en el garante de la correspondencia entre ambos extremos.

¹⁰ En pocas palabras, el ilustre filósofo francés tuvo un sueño en el que se le reveló que el conocimiento verdadero sólo podría fundarse en ideas “claras y distintas”. Es común referir a este acontecimiento y a su secuela en el “Discurso del Método”, el origen primero del racionalismo y después de la metodología científica con los que, se afirma, concluyó el oscurantismo medieval. No deja de ser una ironía que, como lo ha puesto de manifiesto Miguel Villoro Toranzo, la razón moderna tenga su origen en algo no verificable como un sueño ocurrido en quien, a partir de entonces, se sintió un iluminado. (Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho, El Proceso de la Razón y el Derecho*, 3ª edición, Porrúa, México, 1996, pp. 243ss.)

¹¹ Cfr. *Ibidem*.

Así, la cosmovisión moderna se construyó sobre la base de que sólo ha de admitirse como objeto del conocimiento aquello que sea matematizable o verificable mediante experimentación científica.¹² Sobre este cimiento surgieron los pensadores que, en Occidente, pretendieron “desmitificar” el conocimiento humano. Entre ellos, vale la pena mencionar, por su interés para las disciplinas que tienen por objeto la acción humana, a Locke y a Hume en Inglaterra¹³, y por senda distinta, e incluso antagónica, a Kant¹⁴ en la Europa continental. De esta manera, aun y cuando empirismo y racionalismo deben ser claramente distinguidos, ambos respondieron a la pretensión, más o menos marcada, de excluir la metafísica como fuente de conocimiento.

El racionalismo, a grandes rasgos, puede caracterizarse como un modo de pensar que, a partir de deducciones fundadas en verdades racionales absolutas (carentes así de la contaminación que implica todo conocimiento empírico), es decir, sobre la base de que sólo es cognoscible lo matematizable, conduce a sistemas abstractos, y se identifica, por tanto, con las llamadas ciencias formales (lógica y matemáticas), aunque pretendió ampliar sus horizontes a otros ámbitos del saber humano.

En cambio, el empirismo desemboca en el método propio de las ciencias naturales y, a partir de operaciones inductivas aplicadas a hechos perceptibles sensorialmente, llega a generalizaciones que, en la medida en que sean confirmadas por la experimentación, adquieren el carácter de leyes.

Ballesteros,¹⁵ siguiendo a Heidegger, ha señalado tres características que permiten distinguir la ciencia moderna (paradigmáticamente la física) de la *episteme* griega y de la *scientia* medieval. En primer lugar, la anticipación del objeto del conocimiento: se plantea de antemano, como algo ya conocido, el objeto de “investiga-

¹² Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., capítulos I y II.

¹³ Con Locke, quien recibió influencia de los trabajos de Descartes, se consolida el origen del llamado empirismo inglés. Antes que él, Hobbes, también considerado empirista y contemporáneo de Descartes, había realizado trabajos que han conducido a calificarlo como el primer positivista jurídico. Cabe hacer notar que, sin embargo, Hobbes es tradicionalmente identificado como defensor del absolutismo, mientras que Locke es calificado como precursor del liberalismo.

¹⁴ En Kant aparece, como uno de los motivos que lo llevaron a plantear su sistema filosófico, la oposición al empirismo.

¹⁵ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., Capítulo I.

ción". En segundo término, la afirmación del principio de que sólo porque la ciencia es esencialmente matemática, puede ser experimental (pues la preselección adecuada de variables medibles es requisito esencial para la experimentación científica). Y por último, la consecuencia de que, como la ciencia se limita a aprehender racionalmente lo previamente conocido, la misma acaba convirtiéndose en explotación y empresa. Con lo cual, el científico acaba pareciéndose menos a un sabio y más a un técnico.

Cabe advertir que, aunque en esta caracterización de la ciencia moderna racionalismo y empirismo van unidos (y en buena medida continuó siendo así en la física y en otras ciencias naturales), ambos aspectos terminaron divorciándose en el ámbito del derecho. En efecto, en un primer momento, el marco metodológico moderno pretendió aplicarse a la cuestión jurídica sólo en cuanto ésta fuere matematizable (y prescindiendo, por tanto, de cualquier intento de verificación experimental). A esta etapa corresponden las tesis de la Escuela de la Exégesis en Francia¹⁶ y la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania.¹⁷ En este contexto, todo el esfuerzo de codificación –con sus dogmas de ausencia de lagunas y de antinomias– responde también, naturalmente, a la idea de que la ley (el código) ha de parecerse más a un tratado de geometría que a una compilación de normas. Asimismo el racionalismo, aunque referido no al derecho sino a la política, se manifiesta claramente en el siguiente texto de Hobbes: “La destreza en hacer y mantener los Estados descansa en ciertas normas, semejantes a las de la aritmética y la geometría, no como en el juego del tenis: en la práctica solamente; estas reglas ni los hombres pobres tienen tiempo ni quienes tienen ocio suficiente han tenido curiosidad o método suficiente para encontrarlas”.¹⁸ Finalmente, en esta breve lista de ejemplos, cabe ad-

¹⁶ La Escuela de la Exégesis, como es sabido, redujo el derecho a la ley. Ésta, formulada en códigos, expresa la voluntad del legislador y es, para la corriente de que se trata, la única fuente del derecho. Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, *cít.*, pp. 333ss.

¹⁷ Esta escuela de pensamiento, sobre la base del racionalismo, pretendió ver en el derecho un sistema de conceptos subordinados unos a otros, de manera tal que los inferiores puedan determinarse a partir de los superiores. Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de M. Rodríguez Molinero, 2ª edición, Ariel Derecho, Madrid, 2001, pp. 39ss.

¹⁸ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 170.

vertir que el positivismo normativista, o sea aquel al que Bobbio se refiere como *approach* o modo de aproximarse al estudio del derecho,¹⁹ y del que probablemente Kelsen sea el máximo representante, constituye la desembocadura natural, ya en pleno siglo XX, del racionalismo jurídico.

Sin embargo, para la comprensión adecuada de lo que se ha expuesto en torno al racionalismo jurídico, es necesario introducir una distinción importante en relación con el fundamento del derecho. Para una parte de esta corriente, que para identificarla podríamos denominarla racionalismo en sentido estricto,²⁰ las normas jurídicas que conforman el derecho son producto de la razón que capta, directamente, lo que debe ser para el ser humano en sus relaciones intersubjetivas. Pero hay que advertir que se trata no ya de la razón práctica que había alimentado, como veremos, el pensamiento jurídico clásico (premoderno), sino de la razón especulativa que, en la modernidad, opera sobre la base de que, como ya se dijo, sólo es cognoscible lo matematizable (y, posteriormente, lo experimentable científicamente). Así, en una primera etapa, el racionalismo jurídico en sentido estricto fue, aunque en un sentido distinto al clásico, iusnaturalista.²¹ En él se ubica la obra de pensadores como Thomasius, Puffendorf y Wolf. Y en contra de él se han enderezado la mayoría de las críticas que, desde el positivismo jurídico, se han formulado al iusnaturalismo.

El proceso de codificación francés (que, si se atiende a su impacto cultural, fue el más importante) tuvo, en su origen, un claro corte racionalista (en sentido estricto). La voluntad del legislador

¹⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 7ª reimpresión de la 1ª edición, Fontamara, México, 2003, pp. 41ss.

²⁰ Villoro llama a esta subcorriente racionalismo a secas y se reserva, para la otra subcorriente que nosotros también hemos clasificado como racionalista, el término "voluntarismo jurídico". Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 12ª edición, Porrúa, México, 1996, capítulos III y V.

²¹ En el medio cultural germánico y en el anglosajón, se suele llamar iusnaturalismo clásico al que aquí identificamos como racionalista. Esto fue, en términos históricos, una consecuencia de la Reforma protestante. En efecto, los nuevos países protestantes, al rechazar el tomismo identificado con el Catolicismo Romano, tuvieron la necesidad de desarrollar un pensamiento jurídico natural propio. Éste surgió en las coordenadas de la modernidad y fue, por tanto, racionalista. La idea de denominarlo "clásico" parece implicar una toma de posición ideológica que, sin embargo, resulta poco congruente con el desarrollo de la historia del pensamiento occidental.

que dio origen a los códigos tenía valor porque representaba no cualquier voluntad sino precisamente aquella que expresa lo que el hombre, de acuerdo con su naturaleza, debe hacer en sus relaciones con otros seres humanos.

No obstante, pronto se prescindió de tal conexión entre voluntad legislativa y derecho natural, y la fuente y fundamento del derecho acabó siendo sólo la voluntad empírica de quienes, en representación del pueblo, tienen a su cargo la tarea de legislar. Así surge la segunda subcorriente del racionalismo jurídico (o sea aquella que, como ya se apuntó, Villoro denomina voluntarismo jurídico). En todo caso, no es de extrañar que así haya ocurrido, pues el racionalismo matematizante conduce naturalmente al voluntarismo. Ello aparece con claridad en el primero de los rasgos que, según lo expuesto, caracteriza a la ciencia natural moderna, pues la anticipación del objeto de investigación supone un acto de voluntad. Por ello, recuerda Ballesteros,²² la ciencia natural moderna (y, agregamos nosotros, el pensamiento jurídico moderno) es antropocentrista y voluntarista. En la modernidad el hombre ocupa el centro del universo (sitio que, en el pensamiento clásico, correspondía a Dios) y la razón humana, una vez que niega la Razón Divina, pretende sustituirla y, congruentemente con ello, desconoce sus propios límites.

Para el concepto de derecho (aunque no sólo para él), una consecuencia importante del racionalismo será la pretensión de distinguir nítidamente lo jurídico de lo moral. Es cierto que, como veremos, en la visión clásica ya se habían planteado elementos para tal distinción. Pero hasta el surgimiento de la modernidad la moral y el derecho no habían sido concebidos como disciplinas autónomas, pues ambas, junto con la política, entroncaban en la reflexión sobre la acción humana. A este respecto, no se pasa por alto que, en palabras de Gierke,²³ distinguir no implica separar. Por ello, resulta injustificada, al menos en teoría, la acusación frecuentemente esgrimida en contra del positivismo normativista, de la que se duele

²² Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 23ss.

²³ GIERKE, Otto, *Recht und Sittlichkeit*, Sonderausgabe, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1953, p. 10, citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., p. 92.

Bobbio²⁴ y que se hace consistir en que, para dicha corriente, cualquier derecho es aceptable con independencia de su contenido. Sin embargo, el dato que interesa consiste en que, en el racionalismo moderno, el derecho ha de definirse con independencia de la moral y ésta, a su vez, ha de seguir su propio camino como disciplina o ciencia.

Este proceso de “evolución” hacia la autonomía conceptual es un resultado natural del marco epistemológico del racionalismo (que, como ya se ha dicho, reduce lo real –en cuanto cognoscible– a lo matematizable). En un primer momento, según ya se ha anticipado, la moral pretendió continuar determinando lo jurídico vía el derecho natural racionalista. Paralelamente la propia moral en sentido estricto, o sea en cuanto no jurídica, también pretendió construirse sobre la misma base racionalista.

El caso más notable quizá sea el de Kant, quien planteó una ética que, en cuanto intenta fundarse en principios *a priori* que tienen validez universal, es claramente racionalista. Sin embargo, cabe hacer una distinción importante. Para el filósofo prusiano, el ámbito de lo moral corresponde, todavía, a la razón práctica, es decir, a aquella que tiene que ver con la acción humana. En este sentido, Ana Marta González ha documentado interesantes puntos de contacto entre la filosofía moral kantiana y la tomista.²⁵ Por ello, en cuanto puede establecerse una analogía entre la *synderesis* del Aquinate y el *faktum* de la razón kantiano como fundamento de la moral, es posible afirmar la existencia de un residuo de la filosofía clásica en el pensamiento del que probablemente sea el más grande de los filósofos modernos.

Sea como fuere, parece claro que el racionalismo moral pronto olvidó la fecunda distinción, originada por Aristóteles, entre razón especulativa y razón práctica. Ya que esta última no era propiamente matematizable (incluso para Kant el principio formal no es el hecho –*faktum*– moral que capta la razón, sino el imperativo categórico), si la ética habría de conservar un objeto de conocimiento propio, éste necesariamente tendría que localizarse en el ámbito de

²⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 47s.

²⁵ Cfr. GONZALEZ, Ana Marta, *El Faktum de la razón...*, cit.

la razón especulativa. A este intento responde la también célebre *Ética* de Spinoza.

Ahora bien, el racionalismo moral pronto se derrumbó estrepitosamente debido, fundamentalmente, a la imposibilidad de determinar, sin recurrir a la experiencia, es decir, en términos *apriorísticos*, el catálogo de normas precisas, universales e inmutables que han de regir la conducta humana. Ello, en parte, explica la aparición del empirismo ético que, sobre la base de la observación –y verificación “científica”– de las costumbres que, de hecho, existen en los distintos grupos humanos, acabó convirtiéndose en una historiografía de la moralidad. Pues el dato que verdaderamente importa, es decir, la respuesta a la pregunta de cómo ha de actuar cada ser humano en su situación concreta (y ello con independencia de si tal solución es conforme o no con la costumbre dominante), por no ser metodológicamente relevante (al ser refractaria a la matematización y a la experimentación científica), acabó exiliada del campo del conocimiento científico (incluso en sentido lato) y recluida en el ámbito de la pura “emotividad”.

En estas condiciones, la viabilidad del derecho como disciplina científica comenzó a depender de su capacidad para definir su objeto sin aludir a la moral. Es así como surge el desplazamiento del racionalismo en estricto sentido al racionalismo voluntarista. En este último, las normas jurídicas constituyen el objeto de la jurisprudencia sólo en su aspecto formal. De manera que la ciencia del derecho se limita a estudiar el sistema jerárquicamente organizado de normas producidas mediante procedimientos autorizados por normas superiores del mismo sistema. Procedimientos que, cabe añadir, inevitablemente conducen a la voluntad de los funcionarios facultados para producir cada clase de normas.

En todo caso, la idea de construir una ciencia jurídica autónoma encuentra su principio fundamental en la separación del derecho que *es* del derecho que *debe ser*. Sólo el primero (el propiamente matematizable para el racionalismo o el estrictamente experimentable para empirismo al que aludiremos al final de este apartado) puede ser objeto de estudio de la jurisprudencia.

Este proceso de separación metodológica entre el mundo del

ser y el deber ser corre paralelo (y no se explica plenamente sin él) al proceso de distinción conceptual entre derecho y moral. Sus orígenes históricos se encuentran en un texto de Hume que, por su importancia, es pertinente transcribir literalmente:

En todos los sistemas de moral con los que me he encontrado hasta ahora, siempre he reparado en que el autor procede durante algún tiempo según el modo ordinario de razonar, y establece la existencia de un Dios, o hace observaciones respecto de los asuntos humanos; cuando de súbito me sorprendo al descubrir que, en lugar de las usuales cópulas de proposiciones *es* y *no es*, no hallo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible; pero es, sin embargo, de gran importancia. Pues como este *debe*, o *no debe*, expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada; y al mismo tiempo que se dé una razón para lo que parece completamente inconcebible, cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son enteramente diferentes de ella... esta pequeña atención... nos dejaría ver que la distinción entre el vicio y la virtud no está fundada simplemente en las relaciones entre objetos, ni es percibida por la razón.²⁶

La interpretación tradicional de estas líneas sostiene que, en ellas, el ilustre filósofo inglés denunció la inferencia ilícita del deber a partir del ser. Ello condujo a que se identificara como “Ley de Hume” el principio que, en términos estrictamente lógicos, prohíbe la realización de dicha inferencia. No está claro si el propio Hume tenía conciencia de las consecuencias que sus intérpretes finalmente extrajeron de sus palabras. Finnis²⁷ opina que no fue así y señala,

²⁶ HUME, David, *A Treatise of Human Nature* (1740), libro III, parte I, sec. 1. La traducción es de Cristóbal Orrego y se encuentra en FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 70. El texto original reza así: “In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a new deduction from others, which are entirely different from it. ...this small attention would... let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, or is perceived by reason”.

²⁷ Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 70ss.

entre otros argumentos, que Hume transgredió su propia “ley” al identificar el deber con los motivos de carácter psicológico que mueven a la voluntad humana. Motivos que, cabe añadir, pertenecen al mundo del ser y no al del deber. En cualquier caso, lo cierto es que la separación entre el ser y el deber se corresponde claramente con la ética kantiana. En efecto, para ésta el imperativo categórico seguirá siendo la única fuente de la moral a pesar de que no pueda demostrarse, con base en la experiencia, que una conducta se rija exclusivamente por consideraciones racionales.²⁸ De manera congruente con ello, Kitz, un neokantiano al que alude García Máynez, afirma que: “de que algo sea puede inferirse que algo fue o que algo será, mas nunca que otra cosa deba ser. Lo que debe ser puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando, no obstante, como algo obligatorio.”²⁹ Otro filósofo inglés, G. E. Moore,³⁰ acuñó el término “falacia naturalista” para identificar la violación a la “Ley de Hume”, o sea la inferencia ilícita del deber a partir del ser.

En el campo de la metodología jurídica (recuérdese que, en la modernidad, el método es el garante de la verdad), la separación entre ser y deber se consolidó en el principio metodológico al que alude el término *Wertfreiheit*, acuñado por Weber, y que alude al postulado que afirma la necesidad científica de atenerse a los hechos y de abstenerse de formular juicios de valor.³¹

Así surgieron, en el racionalismo jurídico positivista (también llamado positivismo normativista), los intentos de definición del derecho mediante definiciones que pretenden ser meramente descriptivas en tanto que intentan identificar el concepto del derecho que *es* (el *quid iuris*) con independencia de si el mismo *debe* o *no debe ser* (el *quid ius*). Aunque las definiciones propuestas desde esta trinchera son numerosas, cabe agruparlas, en última instancia, en torno a dos polos que, sin embargo, no necesariamente se excluyen entre sí: el que identifica el derecho con la coacción y el que señala

²⁸ Cfr. KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de Manuel García Morente, 14ª edición, Porrúa, México, p. 31.

²⁹ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 9.

³⁰ Cfr. MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1962, pp. 9ss

³¹ Cfr. BALLESTEROS, *Sobre el sentido...*, cit., Capítulo III.

que el dato esencial del derecho consiste en que constituye un sistema de normas que regula su propia creación. Noción, esta última, que, para decirlo con Finnis, puede expresarse alegóricamente con la afirmación de que el sistema “se levanta a sí mismo tirando de sus propias orejas”.³² Ahora bien, la aludida acotación de que los dos polos de referencia no necesariamente se excluyen entre sí vale dentro de ciertos límites. En efecto, la coacción es compatible con la idea de que el derecho regula su propia creación sólo a condición de que aquélla opere fundamentalmente de cara a los miembros de la comunidad que no son funcionarios (o al menos altos funcionarios). Pues en este último ámbito, el de la burocracia, el sistema jurídico sólo se concibe como viable cuando se parte de la premisa de que quienes tienen la función de crear o administrar las normas jurídicas generalmente se conducen, no por el temor a la coacción, sino por un sentido de fidelidad a las normas que ellos mismos generan o aplican. Así, puede decirse coloquialmente que la existencia de una burocracia institucionalizada es la esencia de lo jurídico, pero a condición de que los funcionarios actúen, por regla general, respetando, espontáneamente, los preceptos jurídicos. Como un ejemplo interesante de la oscilación que las definiciones normativistas han tenido entre los dos polos en cuestión, el mismo Finnis recuerda el caso de Weber, quien, pese a que inicialmente definió el derecho enfatizando el dato de la imposición coactiva de las normas, posteriormente señaló, como elemento esencial de lo jurídico, el respeto espontáneo a las reglas de parte de la burocracia que las crea o las administra.³³

Ya anticipábamos que, en el campo de lo jurídico, racionalismo y empirismo, a diferencia de lo que ocurrió y ocurre en otros ámbitos del saber humano, acabaron divorciándose. El origen del divorcio se presentó cuando, el finalmente llamado empirismo o realismo jurídico, denunció al normativismo por no extraer las últimas consecuencias del principio metodológico del positivismo que reduce lo real a lo matematizable y experimentable. Dicho en términos sencillos, el empirismo rechazó la idea de que las normas jurídi-

³² FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 296.

³³ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 295.

cas (sean producto de la razón o de la voluntad del legislador) puedan ser matematizadas. Y como es obvio que las mismas tampoco pueden ser susceptibles de observación sensorial (y por lo tanto de experimentación científica), la consecuencia es que el concepto de norma (como regla que expresa un deber ser) queda extramuros de la ciencia jurídica. Es interesante destacar cómo el realismo o empirismo, en el fondo, ataca al positivismo normativista en el aspecto que, por así decirlo, más le duele. Porque aquélla corriente echa en cara a ésta que no se atuvo al principio de separación entre ser y deber. Pues aunque aparentemente logró separar el deber ser (moral) del ser del derecho, afirmó que este último consistía en sistemas de normas que expresan un deber ser (jurídico). Así, el supuesto *ser* del derecho (el derecho que es) continuaba siendo *deber* (aunque ya no fuere moral).

Por ello, el realismo postuló (en sus dos vertientes más significativas, o sean la norteamericana que podemos encarnar en Holmes y la escandinava cuyo representante más conocido es Ross) que, si de verdad había que atenerse a los hechos (es decir, a lo medible y experimentable), el derecho ha de ser concebido como un conjunto de conductas humanas que, en función de ciertos criterios pretendidamente normativos (pero que en realidad son sólo interpretativos), son más o menos predecibles. Ésta es la tesis que subyace a la definición de Holmes del derecho como el arte de predecir lo que han de resolver los tribunales³⁴ y a la tesis de Ross, según la cual, el derecho vigente se identifica con la aplicación de las normas por los tribunales.³⁵

En relación con los intentos (normativistas o empiristas) de definir descriptivamente el derecho, cabe hacer notar que, de acuerdo con la aguda observación de Finnis,³⁶ tal pretensión resulta impracticable, en razón de que, para describir lo que es el derecho, primero se ha de seleccionar qué objeto u objetos de estudio son derecho

³⁴ Citado por GRANFIELD, David, *La experiencia interna del derecho*, ITESO-UIA, México, 1996, p. 14. Sin embargo, Holmes también destacó el carácter irracional del Derecho, al describirlo como “un confuso cúmulo de detalles”. (Ibid. p. 10).

³⁵ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “En torno a la teoría de Alf Ross”, en *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, Colección Textos Universitarios, 2a edición corregida y aumentada, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1984, p. 355.

³⁶ Cfr. FINNIS, *Ley Natural...*, cit., Capítulo I.

(nos referimos a la anticipación del objeto de la investigación, que es, como dijimos, una nota típica de la epistemología moderna). Pero tal selección no puede hacerse sin un juicio de valor que permita deslindar qué debe y qué no debe ser considerado como derecho. Es cierto que muchos de quienes elaboraron, desde el positivismo, definiciones del derecho, lo hicieron escudándose en la afirmación de que su propuesta de definición era estipulativa, es decir, que respondía a una decisión que *estipula* de antemano (sin emitir juicios de valor) el campo que ha de definirse. La definición estipulativa es, en cuanto tal, inatacable (a cada intento de crítica puede responderse que el argumento esgrimido en contra no se refiere a lo que, conforme a la estipulación, se entiende por derecho). Mas entonces resulta que la cuestión de si la definición se corresponde o no con la verdad es irrelevante. Esto es, son definiciones que no buscan ajustarse a la realidad, sino que pretenden que la realidad se ajuste a ellas (lo cual, como ya se anticipó, también es típico del idealismo moderno). Tener un concepto de derecho que no revele lo que la experiencia humana intuye que es derecho, pese a ser lógicamente posible y virtualmente inmune a la crítica, resulta, por decir lo menos, desalentador. Por ello, nos parece que la reflexión sobre el *quid iuris*, si ha de ser significativa para la vida humana, ha de trascender los límites de las definiciones estipulativas, a fin de encontrar, si es que ello es posible, lo que el derecho auténticamente es y no sólo lo que algún jurista, de manera más o menos arbitraria, afirma que debe entenderse por él. Al respecto, es interesante hacer notar cómo Weber, a quien aludíamos antes, partió de una definición estipulativa que enfatizaba la coacción, pero, una vez que la misma se vio desbordada por su agudo análisis de la sociedad, acabó trasladando el énfasis de su concepción de lo jurídico hacia el polo de la burocracia institucionalizada. El caso de Weber es ejemplar porque se trata de un pensador que, al menos por lo que hace al punto de que se trata, estuvo dispuesto a romper los límites de su teoría para ajustarla a la realidad.

Ahora bien, la tarea de encontrar los referentes adecuados para romper las cadenas de los reduccionismos modernos (sin dejar de

asegurar, al mismo tiempo, la racionalidad de la investigación) ha sido intentada en la posmodernidad (el propio Weber es, por lo que hace al aspecto que se ha destacado, un ejemplo temprano) y cabe afirmar que la reflexión jurídica sobre el ser del derecho actualmente se encuentra en ese estadio. En este sentido, Ballesteros señala que: “Uno de los rasgos fundamentales de la filosofía contemporánea parece consistir en el intento de superación del fenómeno del positivismo”.³⁷ Pero para comprender, con suficiente profundidad, el alcance de la propuesta posmoderna, es necesario volver a andar, así sea en sus líneas fundamentales, el itinerario que condujo a la elaboración de la cosmovisión clásica. Así lo haremos en la siguiente sección de este ensayo. Porque en esto es aplicable la sentencia de Eco, quien, al referirse a la filosofía kantiana, señaló que: “Si parece que Kant dijo cosas afines, la tarea de un discurso filosófico es volver a ver de dónde partió Kant, y en qué nudos problemáticos se debatió, porque su historia puede enseñarnos algo también a nosotros. Sin saberlo, podríamos seguir siendo hijos de sus errores (así como de sus verdades), y saberlo podría evitarnos cometer errores análogos o creer haber descubierto ayer lo que él ya había sugerido hace doscientos años.”³⁸

Sin embargo, antes de abordar lo relativo a la cosmovisión clásica, parece aconsejable decir algo sobre el estatalismo y, para conservar el método que nos hemos propuesto y facilitar la comprensión de la lectura, hacer una recapitulación sobre lo expuesto en este apartado.

Bobbio, al aludir a los diversos sentidos en los que se ha usado el término positivismo jurídico, señala que, además de entenderse dicha expresión como *approach* o modo de aproximarse al estudio del derecho (al que ya hemos aludido en este trabajo), también significa (en un sentido que Bobbio denomina positivismo jurídico como teoría) “aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un fenómeno capaz de ejercitar la coacción: el Estado”.³⁹ Salta a la vista que este iuspositivismo como teoría no es incompatible con el iuspositivismo como *approach*.

³⁷ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., p. 19.

³⁸ ECO, Umberto, *Kant y el ornitorrinco*, traducción de Helena Lozano Miralles, Lumen, Barcelona, 1997, p. 14.

³⁹ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 43.

Las definiciones del derecho que, sobre la base metodológica del *Wertfreiheit*, se han construido en torno a la idea de la coacción son comúnmente estatistas (por estatismo se entiende la identificación del derecho con el estado y es, por tanto, la forma más radical de iuspositivismo como teoría). Además, cuando desde el empirismo Ross concibe el derecho como “un orden jurídico nacional”,⁴⁰ asume también una posición que es iuspositivista tanto como teoría y como *aprouch*. Y cuando Kelsen afirma que el Estado es el centro ideal de imputación total del orden jurídico, transita por la misma vía.

Ahora bien, la insuficiencia de la concepción estatista del derecho para explicar, con adecuada profundidad, el ser de lo jurídico, se revela, por una parte, en su incapacidad para justificar por qué el derecho internacional ha de ser derecho (tesis que, en la reflexión jurídica contemporánea, es aceptada de manera prácticamente unánime). Y, por la otra (aunque en conexión con lo anterior) en la necesaria exclusión del campo de lo jurídico, que tal concepción implica, de los derechos humanos (tal como son concebidos, al menos, en las declaraciones universales y regionales de los mismos). Ya veremos cómo esta última consecuencia conlleva, a su vez, la negación de uno de los rasgos fundamentales del derecho de acuerdo con al menos una parte de la cosmovisión clásica, o sea su papel como garante del respeto universal a la dignidad esencial de todos los seres humanos. Así, en el estatismo, el sujeto de derecho no es el ser humano sino sólo quien pertenece a una comunidad política, o sea el ciudadano en el Estado moderno. Tesis que, a su vez, condujo al célebre Pascal a ironizar contra aquél derecho que me permite matar al que vive allende el río, si su señor está en guerra con el mío.⁴¹

En síntesis: A) El positivismo jurídico (en sus dos vertientes: racionalista y empirista) surge en el marco epistemológico de la modernidad que reduce lo real (al menos en cuanto cognoscible) a lo medible matemáticamente y experimentable científicamente. B) El racionalismo jurídico tuvo primero un cariz iusnaturalista en los intentos por encontrar el derecho natural a partir de la sola razón

⁴⁰ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. edición argentina, traducido por Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, p. 58.

⁴¹ Cfr. PASCAL, Blaise, *Fensamientos*, Cátedra, Madrid, 1998, ap. 294.

especulativa. C) Una vez lograda la codificación (sobre todo la francesa), el racionalismo dejó de lado al derecho natural y se transformó en voluntarismo jurídico (aquél que identifica el derecho con la voluntad del legislador). D) A diferencia de lo que ocurrió en otros ámbitos del saber humano, en el campo del derecho el empirismo se enfrentó al racionalismo y acabó divorciándose del mismo. E) En el positivismo jurídico normativista (racionalista), cabe distinguir entre: a) el iuspositivismo como modo de aproximarse al estudio del derecho (que se funda en la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, o bien, entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*); y b) el iuspositivismo como teoría (que identifica el derecho con el Estado). F) En paralelo, el positivismo se caracteriza por sostener que no es posible inferir el deber a partir del ser (“Ley de Hume” que denuncia la “falacia naturalista”). G) Los intentos de definición del positivismo normativista se han ubicado en torno a dos polos: el de la coacción y el de la afirmación que lo típico del derecho es que se trata de un sistema de normas que regulan su propia creación. Y, H) En cambio, el realismo o empirismo jurídico, sobre la acusación de que el normativismo no pudo desprenderse de la idea de deber (así fuere sólo en sentido jurídico), sostiene que el derecho no es otra cosa sino un conjunto de hechos sociológicos que permiten predecir conductas al ser interpretados desde la óptica de las normas (que así ya no son, como en el normativismo, expresión de un deber ser).

3. La cosmovisión clásica y el concepto de derecho en ella.

Para que el contraste entre pensamiento antiguo y moderno tenga, en relación con el derecho, pleno sentido, es necesario mostrar, como ya anticipábamos, los fundamentos ontológicos y epistemológicos que, en lo esencial, sostuvieron la cosmovisión clásica que, originada en Parménides, consolidada en Aristóteles y regenerada en Tomás de Aquino, dominó en Occidente hasta el nacimiento de la filosofía moderna.

Esta cosmovisión se funda, como es sabido, en la tesis ontológica de que el ser existe y se manifiesta de distintas maneras. Por ello ha

sido generalmente denominada “realismo filosófico”. Pues incluso el pensamiento platónico, como ya se apuntó, alude a la “realidad” de las ideas y llega a sostener que éstas son las únicas realidades auténticas.⁴² Además, como también ya se mencionó, cada objeto, en cuanto realidad, determina a la potencia que lo aprehende. Dicho coloquialmente, el objeto manda y el sujeto, si quiere conocerlo, ha de plegarse a él. Ello, a diferencia de la epistemología moderna, en la que, por así decirlo, el sujeto manda. La realidad, si existe, ha de ajustarse al único método aceptable (matemático y experimental) y si no, peor para ella. Así, como con notable claridad lo expone Carpintero,⁴³ para Tomás de Aquino (como para Aristóteles), existen ojos porque hay cosas que ver; oídos, porque hay sonidos que escuchar; razón, porque hay ideas que pensar.

De este aserto se infiere la importancia que, en el sistema aristotélico, tiene la idea de bien como “aquello a lo que todas las cosas tienden”.⁴⁴ En efecto, así como toda potencia se explica por su objeto, así también toda acción (que implica el ejercicio de alguna potencia) se explica por el fin que constituye su objeto y que no puede ser otro que alguna forma de bien. De ahí la equiparación de la causa primera con la causa última. Y de ahí también la imposible separación, en la concepción aristotélica del mundo, entre el plano del ser y el plano que, en lenguaje moderno, podríamos denominar axiológico o del deber. Pues la acción humana, desde el punto de vista ontológico, no puede darse sin la consideración de su fin, que necesariamente ha de ser “bueno”. Por tanto, el hiato entre ser y deber y el postulado que prohíbe derivar el segundo del primero, sólo tiene vigencia cuando la realidad, despojada de su sentido, arbitrariamente ha sido reducida a los hechos susceptibles de medición matemática y, en su caso, de experimentación científica.

En relación con este apretado resumen del pensamiento aristotélico, es pertinente hacer un par de observaciones. Primero, que la idea de que todas las acciones humanas tienden hacia algún bien, es incompatible con la concepción moderna de la libertad humana,

⁴² Cfr. GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones...*, cit., pp. 69ss.

⁴³ Cfr. CARPINTERO, Francisco, *Dos versiones históricas de la libertad*, texto fotocopiado de ponencia leída en la Universidad de Navarra, España, 2002.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción de María Araujo y Julián Marías, colección Clásicos Políticos, 6ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 1.

en la que, como explica Carpintero⁴⁵ al referirse a sus orígenes, se plantea el libre albedrío como un punto medio (y neutro) entre dos extremos: el bien y el mal. En cambio, para el tomismo, como para Aristóteles, es irrazonable afirmar que el ser humano pueda elegir algo que sabe que es malo. El mal moral sería producto no de una decisión que, de forma equiparable a la del suicida, elige deliberadamente lo que no es sino mal, sino de una irrazonable elección de un bien (porque jerarquiza mal o porque atropella bienes fundamentales del propio agente o de otro). Así, aun la acción más aberrante responde a la búsqueda, por el sujeto, de algún bien. Piénsese, como ejemplo, en el narcotraficante que privilegia su propio bien económico por encima del derecho a la salud de los demás. O incluso en el violador que antepone el bien de su propia satisfacción sexual a la libertad sexual de la víctima. Sólo en quienes tienen gravemente alteradas sus facultades mentales cabe la ejecución de una acción sin sentido, es decir, no orientada a algún bien. Y ello sin dejar de advertir que, en muchas de las historias de psicópatas criminales, suele quedar el reducto de alguna racionalidad. Encontrar esta racionalidad residual ha sido el tema fascinante de la literatura y el cine que han abordado esas historias.

En segundo lugar, cabe observar que no falta quien afirma que el hiato entre ser y deber no sólo opera en la concepción moderna de la realidad, sino que también es aplicable a la concepción aristotélica. Finnis hace este señalamiento al considerar que la distinción aristotélica entre razón práctica y razón especulativa lleva implícito el reconocimiento a lo que, muchos siglos después, acabó llamándose “Ley de Hume”. Pero el planteamiento de Finnis, hecho en una obra que tiene, entre otros, el enorme mérito de lograr traducir el pensamiento iusnaturalista clásico al lenguaje del positivismo analítico inglés, no conlleva (como sí ocurre en el pensamiento moderno) la expulsión del mundo de los valores allende la realidad objetiva. Porque la inteligencia humana no sólo es capaz de captar, en la realidad, los objetos propios del conocimiento teórico o especulativo (de los que no cabe inferir valores), sino también objetos en los que el valor ya está presente, o sean bienes o valores básicos.

⁴⁵ Cfr. CARPINTERO, Francisco, *op. cit.*

Bienes o valores básicos que, cabe añadir, constituyen primeros principios del razonamiento práctico y son evidentes e indemostrables tanto como lo son los primeros principios de la razón teórica, los cuales se encuentran, subyacentes, en la ciencia natural moderna y en otras disciplinas cuyo objeto es distinto al de la acción humana. Por ello Finnis se niega a separar, salvo para limitados efectos didácticos, la moral de la política y del derecho, ya que estas disciplinas tienen que ver, todas, con un mismo objeto: el examen de la conducta humana en cuanto inteligente y libre.

Otra cuestión que, en relación con el pensamiento Aristotélico, ha resultado desconcertante (sobre todo si se pretende abordarla desde un punto de vista moderno) es la relativa al significado del término *eudemonía* como fin último del ser humano.⁴⁶ Este término de significado complejo ha sido traducido al castellano por felicidad. Pero ha de tenerse presente que implica un estado de cosas que trasciende lo que coloquialmente a veces se entiende por ser feliz. Una posible interpretación, que podríamos calificar de típicamente moderna (pero que también ha sido usada, aunque con inconsistencias no resueltas, en el campo de la escolástica), es aquélla que entiende el concepto de que se trata como un fin dominante (y, por tanto, que excluye a cualquier otro al entrar en conflicto con él). En esta corriente se ubica el utilitarismo que, al reducir la felicidad al placer o a algún otro concepto análogo, pretende haber encontrado la medida común para juzgar cualquier acción humana. Pero sea cual sea el significado que se dé al término, la idea de un solo fin dominante naturalmente conduce a la identificación de éste como algo externo al obrar humano. De ahí la suscripción de García Máynez⁴⁷ a la idea, compartida por Kant y por Hartmann, de que la felicidad no es el fin que busca quien realiza una acción moral, sino en todo caso la coronación, que usual pero no necesariamente

⁴⁶ Como ejemplos de la ambigüedad de Aristóteles con respecto a si hay un solo fin último (dominante) o varios (en cuyo caso la *eudemonía* sería un fin incluyente), vale la pena destacar algunos textos de la *Ética a Nicómaco* (*cit.*): “De modo que si hay algún fin de todos los actos, éste será el bien realizable, y éstos si hay varios” (p. 7). “...el bien humano es una actividad del alma conforme a la virtud, y si las virtudes son varias, conforme a la mejor y más perfecta, y además en una vida entera” (p. 9). Y: “Por tanto, lo mejor, lo más hermoso y lo más agradable es la felicidad y estas cosas no están separadas... sino que se dan todas en las actividades mejores; y éstas, o una de ellas, la mejor, decimos que es la felicidad” (p. 11).

corresponde, a quien ha logrado vivir una vida buena. Nótese cómo, en este señalamiento, se critica a la filosofía aristotélica sobre la base de que ésta postula un fin que es distinto de la acción o acciones humanas que conducen a él. Es decir, desde un punto de vista que ha olvidado la *praxis* (que tiene por objeto la acción buena, o sea aquélla cuyo fin es la propia acción) y que considera, en consecuencia, que todo obrar humano es *poiesis* (o sea la técnica, que tiene por objeto la acción que tiene como fin algo distinto de la acción misma). Por ello, no resulta extraño que la crítica, fundada, que hace García Máynez al utilitarismo, sea extendida a toda forma de ética de bienes.

En cambio, hay quien entiende, como a nuestro modo de ver con razón hace Finnis, que la idea de *eudemonía* ha de interpretarse no como la de un fin dominante, sino como la de un fin incluyente que implica la realización de una vida que, ajustándose a las exigencias de la razonabilidad práctica, ha logrado integrar de forma razonable el conjunto de bienes o valores básicos, es decir, de todos aquellos objetos (u objetivos) que los seres humanos captan como buenos y que son inconmensurables entre sí, de manera que no es razonable renunciar a ninguno de ellos, ni sacrificar (como algo distinto al simple “dejar de lado”) uno por otro u otros.⁴⁸ Este planteamiento es coherente con la antigua idea de *praxis* que, como ya dijimos, se refiere a toda acción que tiene como fin la acción misma. Pues en esta interpretación, la felicidad supone la realización de actos de conocimiento por el conocimiento mismo, de amistad por la amistad misma, de respeto y promoción de la vida por la vida misma... , etc., de manera que la *eudemonía* no es algo distinto de la participación coherente y constante en valores que, por ser fines en sí mismos, hacen inteligible el obrar humano. Esto, en el sentido de que por sí mismos explican razonablemente la conducta que participa de ellos. Adviértase que, entendida así la *eudemonía*, cabe perfectamente afirmar, contra la opinión de García Máynez, que uno *sí* es responsable de su propia felicidad.

⁴⁷ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Ética, Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*, 17ª edición, Porrúa, México, 1969, p. 118.

⁴⁸ Cfr. FINNIS, John, *Ley Natural...*, *cit.*, Capítulo III. Finnis, en esta obra, propone una lista de siete bienes o valores básicos: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica (que implica libertad, autenticidad e integridad) y la religión.

Sentado lo anterior, no es de extrañar que, en la cosmovisión antigua, el derecho se conciba siempre en atención a su fin. Además, el concepto central (al menos para Tomás de Aquino⁴⁹ y para la tradición jurídica romana) no era el de ley o norma, sino el de *ius*, que en castellano podríamos definir como “lo justo objetivo”, o sea la cosa o conducta que se debe a otro (el fin, en este caso, está dado por el destino, es decir, por el hecho de que tal cosa o conducta, en *justicia*, se deben a otro). Nótese cómo el *ius* se corresponde con lo que, en la teoría contemporánea de las obligaciones, se entiende por objeto indirecto (objeto-cosa u objeto-hecho) de los actos jurídicos. A este respecto, cabe añadir que, aunque la idea de *ius* guarda evidente analogía con el concepto moderno de derecho subjetivo (como facultad que otorga el ordenamiento jurídico), aquélla, a diferencia de éste, no se refiere exclusivamente al aspecto activo de la relación jurídica. Pues el *ius* indistintamente alude a este aspecto, como a su contrario, o sea, el pasivo. Por tanto, aunque el derecho subjetivo sin duda cabe en el significado del término de que se trata, hay que tener presente que el mismo también puede ser entendido como obligación. Si no se atiende a esta última posibilidad, resulta desconcertante, por ejemplo, el significado del siguiente texto de las *Instituciones* de Gayo: “Los *jura* de los predios urbanos son tales como el *jus* de levantar una construcción alta y de obstaculizar la luz que da en la construcción del vecino, o de no levantar (una construcción) para que la luz del vecino no sea obstaculizada”.⁵⁰

En este orden de ideas, el concepto de ley o norma (que, en función de lo expuesto en el apartado que antecede, es el central para una buena parte de la concepción moderna de lo jurídico) juega un papel secundario y se entiende como “la medida del derecho”,⁵¹ es decir, como la medida de lo que, en justicia, se debe a otro. Así, la fuente de la norma (de la medida) se encuentra en la razón, pero no en la razón especulativa que, en la modernidad, acabó reducida a la razón calculante, sino en la razón práctica: aquélla que, según anticipábamos, se ocupa de la acción humana. El propio To-

⁴⁹ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II – II, q. 57, a. 1.

⁵⁰ Cfr. GAYO, *Instituciones*, II, 14, citado por FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 238.

⁵¹ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I – II, q. 90, a. 1. En este lugar, el Aquinate señala que: “La ley es una especie de regla y medida de los actos, por cuya virtud es uno inducido a obrar o apartado de la operación”.

más de Aquino, luego de decir que la ley es la medida de los actos, remata así: “la regla y medida de los actos humanos es la razón”.⁵² Pero, ¿cómo opera tal razón práctica?

Ya adelantábamos que la misma se funda (para la tradición aristotélico-tomista) en primeros principios autoevidentes, que no son otra cosa que bienes o valores básicos, o sean objetos que hacen inteligible la conducta humana. Además, hay que tener presente que, como también ya anticipamos, en la cosmovisión antigua lo jurídico no es independiente de lo moral y de lo político. Por ello, los primeros principios de referencia se proyectan en dichos tres ámbitos del obrar del ser humano. Por la importancia que esta situación tiene para una cabal comprensión de la concepción jurídica de la antigüedad, conviene abundar en ella.

Finnis afirma que, aunque nadie duda de la verdad de la opinión de Aristóteles de que la acción buena (*i.e.* justa)⁵³ es la así juzgada por el hombre bueno (el *Spoudaiou*), es posible ir más allá en la búsqueda de criterios adecuados para que el ser humano, tal como es, pueda tomar decisiones morales, políticas o jurídicas, de manera correcta. De hecho –apunta–, de ello se han ocupado buena parte de los filósofos cuyo pensamiento se ha generado desde los tiempos del Estagirita hasta nuestros días. Pero la filosofía práctica ha caído, no infrecuentemente, en el error de sobreestimar un solo criterio como si fuese el único relevante. Ello se debe, en opinión del profesor de Oxford, a que todos los criterios de que se trata, que él denomina exigencias básicas de la razonabilidad práctica, comparten con los bienes o valores básicos la característica de ser, además de evidentes e indemostrables, inconmensurables entre sí. De manera que, al enfocar la inteligencia en cualquiera de ellos, aparecen motivos para considerarlo como el más importante. Y esta situación se repite si se cambia el enfoque hacia alguno de los otros.⁵⁴

⁵² *Ibidem.*

⁵³ En el lenguaje clásico la justicia general se identifica con la virtud total. De ahí la frecuente alusión del evangelio a los “justos” como sinónimo de los “buenos”. La justicia particular, aquella que es propia del derecho, es, como su nombre lo indica, una parte de la justicia total. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, Libro V.

⁵⁴ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, *cit.*, p. 133. En este lugar, Finnis señala que: “En los dos milenios desde que Platón y Aristóteles iniciaron la investigación formal sobre los contenidos de la razonabilidad práctica, la reflexión filosófica ha identificado un número considerable de exigencias de *método* en el razonamiento práctico. Cada una de estas exigencias ha sido

Ahora bien, antes de identificar las aludidas exigencias de la razonabilidad práctica, es necesario destacar el sustrato sobre el que las mismas operan. Este sustrato, en la obra de Finnis, está constituido por los bienes o valores básicos pre-morales, a los que antes ya hacíamos referencia. Se trata de objetos valiosos, inderivables y evidentes, que la inteligencia humana, cuando se tiene la experiencia relevante, capta como tales. Su carácter práctico –valioso en el sentido de que vale la pena participar en ellos– lleva implícita la exigencia de conducta. Es decir, se trata de objetos que, al captarse, automáticamente –por así decirlo– interpelan al sujeto para que actúe. En ello se diferencian de los objetos de la razón especulativa y de ello deriva que no pueden captarse sin el principio práctico que exige la realización de acciones y proyectos con los que el ser humano participa de ellos. Además, su carácter básico se revela en que son no sólo principios, sino *primeros* principios del razonamiento práctico. Con lo cual se quiere decir que hacen inteligible la conducta humana. Es decir, que explican, por sí solos, una acción o proyecto que se orienta hacia ellos. Así, por ejemplo, si alguien afirma que está estudiando tal o cual cosa porque quiere saber acerca de ella, esta respuesta es suficiente para explicar –aunque no (todavía) justificar–, como algo razonable (sin necesidad de acudir a otras explicaciones), tal acción.⁵⁵

Los bienes o valores básicos que Finnis identifica son, como ya hemos anticipado, siete:⁵⁶ la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica y la religión. El número de ellos no es lo relevante. Lo importante es que se trata de cosas que, hasta donde la inteligencia humana puede captar, son valoradas como buenas (en sí mismas) por cualquier ser humano que tiene la experiencia pertinente. En este punto, el profesor de Oxford hace notar que, aunque se trata de principios evidentes e

tratada por algunos filósofos, a decir verdad, con un respeto exagerado, como si fuera la única exigencia controladora y conformadora. Porque, del mismo modo que con cada una de las formas básicas de bien, cada una de estas exigencias es fundamental, inderivada, irreductible, y de aquí que es susceptible de parecer la más importante cuando se centra en ella la atención”.

⁵⁵ Cfr. *Op. cit.*, capítulos III y IV.

⁵⁶ Nos referimos a la lista que presenta en la obra que estamos siguiendo (*Ley natural...*, *cit.*), pues, como Cristóbal Orrego hace notar en el estudio preliminar a la traducción castellana de la misma (*cit.*), Finnis ha hecho algunas modificaciones en obras posteriores.

inderivables, resulta iluminador el hecho de que las ciencias que, desde un punto de vista teórico –particularmente la antropología– han examinado lo que los grupos humanos, de hecho, valoran, han puesto de manifiesto que el consenso respecto de los bienes y valores básicos, contra lo que sin fundamento sostuvo el relativismo positivista, es prácticamente unánime.

“Todas las sociedades humanas –escribe Finnis sobre la base de estudios antropológicos– muestran una preocupación por el valor de la vida humana; en todas, la propia conservación es generalmente aceptada como un motivo adecuado para la acción, y en ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida. Todas las sociedades humanas consideran la procreación de una nueva vida humana como una cosa buena en sí misma salvo que haya circunstancias especiales. Ninguna sociedad humana deja de restringir la actividad sexual; en todas las sociedades hay alguna prohibición del incesto, alguna oposición a la promiscuidad desenfrenada y a la violación, algún apoyo a la estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales. Todas las sociedades humanas exhiben una preocupación por la verdad, a través de la educación de los jóvenes en materias no solamente prácticas (*e.g.* evitar los peligros) sino también especulativas o teoréticas (*e.g.* la religión). Los seres humanos, que pueden sobrevivir a la infancia sólo gracias a la crianza, viven en o en contacto con una sociedad que invariablemente se extiende más allá de la familia nuclear, y todas las sociedades favorecen de algún modo los valores de la cooperación, del bien común por sobre el bien individual, de la obligación entre los individuos, y de la justicia dentro de los grupos. Todos conocen la amistad. Todos tienen alguna concepción del *meum* y del *tuum*, del título o propiedad, y de la reciprocidad. Todos valoran el juego, ya serio y formalizado, ya relajado y recreativo. Todos tratan los cuerpos de los miembros muertos del grupo de alguna manera tradicional y ritual diferente de sus procedimientos para deshacerse de la basura. Todas exhiben un intento respecto de los poderes o principios que deben ser respetados en cuanto sobrehumanos; de una forma u otra, la religión es universal.”⁵⁷

⁵⁷ FINNIS, John, *Ley Natural...*, *cit.*, p. 115. El texto original en inglés (*cit.*) aparece en las pp. 83-84.

Desde el campo de la semiótica, Umberto Eco ha llegado a una conclusión semejante: la existencia de los universales semánticos (términos que son traducibles a todos los idiomas y que, por tanto, se refieren a conceptos conocidos por todas las culturas) relativos a deberes morales y jurídicos indica, a su vez, que hay ciertas cosas que todos los seres humanos valoran.⁵⁸ La misma cuestión subyace en la superación del relativismo ético a la que alude, por otra parte, Antonio Millán-Puelles.⁵⁹

En todo caso, la captación de los bienes o valores básicos, en la exposición de Finnis, no *resuelve*, sino *plantea*, la cuestión moral (y en su caso jurídica). Esto, porque revela la amplia gama de posibilidades de acción que tiene el hombre. Que el chisme, por ejemplo, se explique por el afán de conocimiento, lo hace inteligible pero no lo justifica. Por ello, las normas y los juicios morales sólo aparecen una vez que el sustrato de la razón práctica –los bienes o valores básicos– pasan, por así decirlo, por el filtro metodológico de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, las que, como ya se ha sugerido, constituyen, en su conjunto, uno de los siete bienes o valores básicos de la lista de Finnis.

Tales exigencias metodológicas o de razonabilidad práctica constituyen criterios o reglas para la toma de decisiones humanas. No son excluyentes entre sí sino que, por el contrario, todas han de ser consideradas (hasta donde la situación concreta lo demande) si la decisión ha de ser verdaderamente razonable –*i. e.* moralmente correcta. Así, Finnis propone que, cuando uno se cuestiona sobre qué ha de hacerse, la respuesta debe darse: a) en el contexto de un plan de vida coherente; b) sin implicar una arbitraria preferencia entre valores; c) sin discriminar arbitrariamente personas; d) con desprendimiento (respecto de los resultados en la medida en que no dependen del sujeto); e) pero al mismo tiempo con el compromiso necesario para no abandonar injustificadamente planes o proyectos; f) considerando la relevancia, aunque limitada, de las consecuencias de la acción; g) sin atentar directamente contra ningún valor básico.

⁵⁸ Cfr. ECO, Umberto, “Cuando entra en escena el otro, nace la ética” en *¿En qué creen los que no creen?*, traducido por Esther Cohen, Taurus, México, 2005, pp. 105ss.

⁵⁹ Cfr. MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Ética y realismo*, 2ª edición RIALP, Madrid, 1999, p. 22.

co; h) como respuesta a las exigencias del bien común; y, finalmente, i) sometida al imperativo de la propia conciencia.⁶⁰

Aquí, cabe añadir, puede encontrarse una explicación de la variabilidad de los intentos por establecer una jerarquía de valores. Esto, con independencia de que, aun a falta de tal explicación, las discrepancias entre opiniones, aun de estudiosos serios e inteligentes, no aporta ninguna razón para sostener que no es posible encontrar un criterio objetivo que sirva de referencia para tomar decisiones morales correctas. Pero a condición de que no se pretenda, como infructuosamente lo hizo el racionalismo, buscar un sistema jerárquico e inflexible, elaborado bajo los cánones de la razón especulativa. Es decir, a condición de que se admita que la razón práctica, que es la que se encarga del problema de la acción humana, opera de modo distinto al de la razón teórica. En el campo de aquélla, la mayoría de las decisiones morales (incluidas las jurídicas y las políticas), salvo aquellas que implican la exigencia de no atacar directamente la dignidad humana, admiten más de una solución razonable.

Ahora bien, la raíz común que moral, derecho y política tienen, en la visión clásica, en el ámbito de la razón práctica, no implica la confusión de tales disciplinas. Por ello, una vez expuestas las grandes líneas que explican el modo de operar de la razón en cuanto examina el obrar humano, se impone distinguir entre moral y derecho (en razón del espacio disponible, dejamos el tema de la política para otra reflexión).

En la lista de las exigencias de la razonabilidad práctica propuesta por Finnis, aparece la obligación de favorecer el bien común. De esto se infiere que, como la justicia determinaba el *ius* que se debe a otro y así constituía su fin, el bien común es el referente que ha de tenerse en mente cuando, desde la visión clásica, se concibe a la ley, es decir, a la norma general. Por ello, Tomás de Aquino define a la ley (que antes ya había identificado como regla y medida de los actos humanos) como “una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”.⁶¹ Una vez más, la que, junto con el *ius*, es la otra catego-

⁶⁰ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., capítulo V.

⁶¹ TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, cit., I – II, q. 90, a. 4.

ría fundamental de lo jurídico (le ley) se concibe, en la antigüedad, a partir de su fin.

Excedería los límites de este ensayo exponer de manera profusa el examen del bien común. Sin embargo, es necesario apuntar algunas ideas centrales en relación con el mismo, pues de no hacerlo la comprensión adecuada de la concepción jurídica de la cosmovisión antigua resultaría imposible.

Tanto para Aristóteles como para Tomás de Aquino la idea de bien común no se entiende sin el concepto de amistad (seguimos a Finnis en estas ideas y en la utilización de ese término, amistad, en vez del de amor, para evitar las connotaciones que, en el lenguaje moderno, tiene este último).⁶² Hay amistad, en su caso central, cuando una persona hace del bien de su amigo una parte de su propio bien. La comunidad política no es comprensible, en la filosofía clásica, si no se atiende a la forma más básica de asociación que se da en la amistad. Es obvio que uno no puede ser amigo de todo el mundo. Pero tener presente el concepto de amistad permite entender cómo el bien común no es una entidad abstracta, sino el estado de cosas en el que, en una comunidad, el bien de todos los individuos que la conforman (y no sólo de la mayoría, o de la clase dominante), forma parte, al mismo tiempo, del bien de cada uno de tales individuos. Ahora bien, como en función de lo expuesto no es inusual que exista más de una manera posible y aceptable de realizar el bien de cada persona (y de cada uno de los demás miembros de la comunidad), resulta evidente que es necesaria la coordinación. Porque no es infrecuente que, al existir dos o más opciones disponibles para una situación concreta, el bien común se favorezca con alguna de ellas pero se perjudique si no se toma una, y sólo una, de ellas. En comunidades pequeñas, el consenso es la forma natural para decidir cuál opción se toma. Pero en la comunidad política la unanimidad es imposible. Por ello, es necesario que exista alguna forma de coordinación autoritativa. Este es el papel fundamental que corresponde al derecho. Y ahí radica también el fundamento de la diferencia entre el derecho y la moral. Aquél, desde Aristóteles y Tomás de Aquino, se concibe con sus características de bilateralidad (o alte-

⁶² Cfr. FINNIS, John, *Ley natural, cit.*, capítulo VI.

ridad) y exterioridad, y constituye el mínimo necesario para que cada quien (ya en el campo de lo estrictamente ético) pueda proponerse y llevar a cabo una vida buena.

La concepción del bien común como el bien de todos los miembros de una comunidad, si se destierra la tentación del estatismo y se admite la existencia de una comunidad universal de seres humanos, conduce a afirmar que el derecho debe, entre otras cosas, garantizar el respeto a la dignidad esencial del hombre. Esta idea recoge la antigua virtud de la *humanitas* que defendieron los estoicos y que se consolidó con la concepción cristiana del ser humano.⁶³

En estas condiciones, no resulta difícil aclarar cuál es la relación entre derecho positivo y derecho natural. Para decirlo con Ballesteros,⁶⁴ este último es, en la filosofía aristotélico-tomista, el fundamento ontológico de aquél. No se trata, pues, de un conjunto de normas que pueden colisionar con las del derecho positivo (tesis que dio lugar a la llamada teoría de los dos órdenes que correctamente fue criticada por el positivismo jurídico), sino de un conjunto de principios, no normativos, que justifican al derecho positivo. Esto es así porque, como ya lo hemos hecho notar, los problemas que el derecho ha de resolver frecuentemente admiten más de una solución correcta. El legislador (y en su caso el juez) debe, si ha de favorecer el bien común, elegir cuál de las posibles normas aplicará en una comunidad concreta. La obligatoriedad del derecho natural no puede darse (en términos jurídicos) si no se hace, mediante decisiones que lo determinan, derecho positivo. En este sentido, Finnis⁶⁵ ha puesto de manifiesto cómo incluso aquellas normas que tienen una conexión cercana con los principios de derecho natural (como las que tipifican como delito el homicidio), necesitan ser determinadas (con cierto grado de variabilidad aceptable) por el legislador humano (al definir, por ejemplo, las excluyentes de responsabilidad). Lo anterior, por otra parte, no implica negar el problema bastante diferente de la eventual obligación moral de desobedecer la ley injusta.

⁶³ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 97s.

⁶⁴ Cfr. *Op. cit.*, pp. 102ss.

⁶⁵ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural*, Capítulo X.

Ahora bien, para que la exposición de la cosmovisión clásica sea, aunque breve, completa, es necesario añadir que la concepción ética y jurídica del aristotelismo y del tomismo no la agota. Carpintero⁶⁶ ha documentado cómo, desde el siglo XIII (o sea dos siglos antes de Descartes), surgió, dentro del seno de la Escolástica, una visión distinta que el propio Carpintero identifica como la escuela de los “nominales”. Esta escuela, vinculada a los franciscanos, se disputó con el tomismo el dominio de las universidades europeas desde el aludido siglo XIII hasta el siglo XVII. A diferencia de lo que Aristóteles y el Aquinate postularon, los nominales entendieron que la voluntad era una potencia neutra (no determinada por su fin) y que la libertad consiste (como ya lo adelantábamos) en la posibilidad de elegir no entre dos bienes, sino entre el bien y el mal. Esta tesis, que aparentemente es de índole sólo metafísica, tuvo profundas consecuencias prácticas. Porque si no se concibe la acción humana como determinada por la razón que deriva del fin bueno que aquélla busca, entonces la idea de norma ya no puede ser entendida en términos de razón (práctica). Por ello, la escuela de los nominales tuvo que recurrir, para garantizar la bondad de la conducta humana, a la autoridad de quien emite la norma. Esta autoridad no podía ser otra que la voluntad de Dios. Así, si para el tomismo la norma era (por así decirlo) querida por Dios porque era buena, para los nominales la norma era buena porque era querida por Dios. Queda claro, con lo dicho, que en los nominales (y en el nominalismo que fue su heredero) se encuentra el origen histórico del voluntarismo moderno. Una vez que Dios sale de escena, su voluntad (fuente del mandato que constituye la ley) es sustituida primero por la voluntad del príncipe despótico y después por la voluntad del pueblo soberano.

Otra consecuencia de la concepción nominal del ser humano, en cuanto impacta en lo jurídico, consistió en concebir al *ius*, ya no como lo justo objetivo, sino como una potestad o facultad moral. De aquí al derecho subjetivo como lo entiende el positivismo, sólo hay un paso. Además, en casos extremos, como en Hobbes, la ley acabó divorciándose y oponiéndose al *ius* (derecho subjetivo). Éste

⁶⁶ Cfr. CARPINTERO, Francisco, “Dos versiones...”, *cit.*

es lo propio del estado de naturaleza, aquélla el producto del pacto social. En efecto: “...*jus y lex, derecho y ley...* –escribe– deben distinguirse; porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de abstenerse de hacer; mientras que la ley determina y obliga a una de las dos cosas; de manera que la ley y el derecho difieren entre sí tanto como la obligación y la libertad, que respecto de una sola y misma materia son incompatibles”.⁶⁷ Cuando siglos después se concibe al derecho como conjunto de normas, y se afirma el principio metodológico del *Wertfreiheit* que separa el *quid iuris* del *quid ius*, en realidad se están extrayendo las últimas consecuencias del germen sembrado por la filosofía nominal.

En resumen: A) en la epistemología clásica se afirma la realidad del ser que se manifiesta de distintas maneras y que es accesible a la razón humana (realismo). B) La cosmovisión antigua distingue entre razón especulativa y razón práctica (que se ocupa de la acción humana). C) En esta última entroncan, sin tener independencia conceptual aunque ello no implique que no se puedan distinguir, la moral, la política y el derecho. D) La realidad es compleja y contiene no sólo lo que los sentidos captan, sino también estructuras que tienen carácter normativo. Por tanto, para esta concepción de la realidad no es válida la “Ley de Hume”. E) En la misma visión, el fin determina el ser de las cosas. Así, el derecho y la ley se conciben en función de su fin (justicia y bien común). F) El derecho (*ius*) es, fundamentalmente, la cosa o conducta que, en justicia, se debe a otro. G) La ley (*lex*) es la medida del derecho y se entiende como precepto producto de la razón (práctica), en orden al bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de una comunidad. H) El derecho natural es un conjunto de principios no normativos que justifican el derecho positivo. Y, por último: I) La filosofía nominal, opuesta al aristotelismo y al tomismo, aunque históricamente es premoderna, hizo planteamientos que constituyen el antecedente histórico de la modernidad.

4.- La posmodernidad: el estado actual de la cuestión.

Por pensamiento posmoderno entendemos, siguiendo a Balles-

⁶⁷ HOBBS, *Leviatán*, Cap. XIV; en RAPHAEL (ed.), *British Moralists*, vol. I., parág. 56.

teros,⁶⁸ la situación del pensamiento filosófico occidental que, aunque no se encuentra aún consolidado (y por tanto no es, en sentido estricto, una cosmovisión), se inicia en Europa, a principios del Siglo XX, mediante la denuncia a la arbitraria reducción de la realidad que planteó la modernidad. El positivismo filosófico y científico en el que se manifestó la cosmovisión moderna, como antes apuntábamos, redujo arbitrariamente lo real a lo medible y experimentable. Frente a esta tesis, filósofos de distintas corrientes captaron que la realidad, como ya lo había señalado Aristóteles dos milenios antes, contiene (al menos, pero no sólo, por lo que hace a la acción humana), indisolublemente unidos, hechos y valores.⁶⁹

Para el concepto de derecho, la importancia de la posmodernidad radica, sobre todo, en que abre la posibilidad de recuperar el sentido del mismo. En efecto, la pretensión de definir nuestro concepto a partir de nociones racionalistas (y eventualmente voluntaristas) o empíricas, condujo a una situación tal, en la que resultaba imposible distinguir (al menos en el nivel conceptual) entre un sistema jurídico y el sistema de normas (que puede llegar a ser extraordinariamente refinado y, en consecuencia, “institucionalizado”) de una organización criminal. Por ello, si el derecho ha de tener sentido, es necesario romper los reduccionismos modernos y recuperar la realidad como algo complejo, en la que lo medible y experimentable constituye sólo una parcela. Dicho en otras palabras: se impone replantear el marco epistemológico a fin de averiguar si es posible obtener conocimiento válido (racionalmente verificable) de aspectos que el sentido común indica que son (o existen) y que, sin embargo, son refractarios a la razón calculadora.

Desde la óptica de Ballesteros, este proceso posmoderno (que el

⁶⁸ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., Capítulo IV.

⁶⁹ Para ilustrar esta afirmación, nos parece oportuno recordar el diálogo que, en *Contacto*, la película basada en la novela de Sagan, sostienen dos personajes: una astrónoma agnóstica y un teólogo. Aquélla confiesa a éste que sólo puede creer en lo que sus sentidos captan y la ciencia puede medir y verificar. El teólogo, en respuesta, le pregunta si su padre (muerto cuando ella era niña) la amaba. Ella le responde que sí. Y él remata diciéndole que cómo puede creer en algo que sus sentidos no captan y que la ciencia no puede medir ni verificar. En suma: la realidad del amor (incluso del amor meramente humano), para quien lo ha experimentado, se capta como real aunque no sea medible ni susceptible de experimentación científica.

denomina “la recuperación de la ontología”)⁷⁰ se debió, sobre todo, a los hallazgos de tres escuelas de pensamiento que, aunque procedentes de tradiciones distintas, confluyeron en la tesis de que lo real es algo más amplio que lo medible y experimentable. Se trata de la fenomenología (y su desembocadura en la fenomenología existencial), de la evolución de la filosofía analítica (sobre todo a partir del segundo Wittgenstein) y del movimiento identificado bajo el rubro de la “recuperación de la razón práctica”.

Bajo el lema de “hacia las cosas mismas”, la fenomenología, escuela de pensamiento fundada por Edmund Husserl, puso en crisis el planteamiento epistemológico moderno (que como decíamos anteriormente, doblegaba la realidad –supuesto que sea o exista– al sujeto cognoscente y, por lo tanto, al método), para recuperar, aunque mediante un enfoque distinto, la tesis antigua de que es el sujeto cognoscente quien debe ajustarse a la realidad. La fenomenología de Husserl tuvo, fundamentalmente, dos herederos: por un lado, la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann,⁷¹ quienes se inclinaron a aceptar la existencia real de los valores como arquetipos o formas concebidas al modo de Platón. Y, por el otro, la filosofía de la existencia de Martin Heidegger,⁷² quien aseveró que el pensamiento auténtico (o sea el que verdaderamente se corresponde con lo real) sólo puede ser aquel que se interroga por el ser. Concepto que, para el ilustre pensador alemán, trasciende necesariamente las fronteras de lo matematizable y verificable científicamente.

Por senda distinta, Wittgenstein, quien había concentrado su esfuerzo filosófico en el análisis del lenguaje, llegó a admitir, en una etapa tardía de su pensamiento, que es imposible captar la realidad

⁷⁰ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., Capítulo IV.

⁷¹ Para el tema de que se trata, es significativo el siguiente texto de Hartmann: “En el espíritu todo lo que se refiere al mundo aparece con referencia a un valor –positivo o negativo– y el modo de aparición de esta referencia a un valor es su propia toma de posición. La conciencia de un valor tomado en este sentido amplio no viene a añadirse después como cualquier cosa posterior. Sólo la ciencia, el conocimiento puro, adopta esta actitud de escindir ser y deber ser. Pero precisamente ella tiene un carácter derivado respecto a la experiencia inicial”. HARTMANN, Nicolai, *Das Problem des geistigen Sein*, 1962, citado por BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., p. 86.

⁷² Heidegger también tomó elementos del existencialismo de Sören Kierkegaard y enfatizó la dimensión temporal del ser. Así lo revela ya el título de su famosa obra *Ser y tiempo* (traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera, Trotta, Madrid, 2003).

si se prescindie de lo que él mismo denomina los juegos del lenguaje. Es decir, cayó en la cuenta de que el significado objetivo de las palabras era insuficiente para revelar lo que realmente el hablante hace al hablar. Pues esto sólo puede conocerse si se atiende al propósito (o sea una categoría no adscribible al ámbito de lo medible y experimentable) de quien expresa una frase. En efecto, los juegos de lenguaje revelan una amplia variedad de actividades o formas de vida diferentes, pues ha de distinguirse entre: “Ordenar y actuar por órdenes. Construir un objeto a partir de una descripción (un dibujo). Informar de un acontecimiento. Establecer una hipótesis y probarla. Presentar los resultados de un experimento por medio de tablas y diagramas. Inventar un cuento y leerlo. Representar teatro. Cantar estribillos jocosos. Resolver acertijos. Hacer una broma, contar un chiste. Resolver un problema de aritmética aplicada. Traducir de un idioma a otro. Preguntar, maldecir, saludar, rezar.”⁷³

Finalmente, bajo el rubro de “recuperación de la razón práctica” suele aludirse al movimiento surgido y desarrollado sobre todo en Alemania y en Estados Unidos, que pretende, en relación con el examen de la acción humana, rescatar lo que de valioso hay en el pensamiento aristotélico y tomista. En este movimiento cabe situar el iusnaturalismo de Finnis, a quien ya hemos aludido. Pero también se refieren a la razón práctica aristotélica algunos autores ubicados en la llamada teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, cabe hacer una distinción importante: mientras que para Finnis y los iusnaturalistas aristotélicos y tomistas en general, la razón práctica que interesa al derecho es la que opera en la *praxis*, algunas versiones de la argumentación jurídica han puesto el énfasis en la retórica que no alude al bien que es propio de la *praxis*, sino a la capacidad de convencer a un auditorio y que es, por tanto, una actividad *poiética*.

Hasta aquí la lista de Ballesteros de los movimientos filosóficos que han dado lugar a la posmodernidad. Nos parece que falta, en ella, la escuela que se ha constituido en torno al pensamiento de Lonergan, quien aporta, aunque por otra vía, elementos para la superación de la epistemología moderna. Hay que tener en cuenta,

⁷³ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1970, p. 23, citado por BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., p. 75.

sin embargo, que no se trata de un filósofo práctico. Su principal preocupación no es, en principio, la acción humana, sino la generación del conocimiento válido. Por ello se le califica de meta-metodólogo. Pero su teoría del conocimiento implica, entre otras, la desembocadura en la razón práctica que, como Aristóteles lo hizo notar, rige la acción humana. Por lo original, y al mismo tiempo poco conocido, de su pensamiento, es oportuno exponer las grandes líneas del mismo.

Lonergan, al igual que Finnis, toma en cuenta lo que de valioso encuentra en la filosofía y la ciencia modernas. En *Insight*, su obra más relevante para este trabajo, recurre, para explicar su estudio sobre la comprensión humana, no sólo a los orígenes de la preocupación metodológica en Descartes, sino a los descubrimientos más relevantes de la física, la sociología, la política, la psicología y la biología. Pero critica, otra vez en sintonía con Finnis y ahora también con Ballesteros, la arbitrariedad del método científico moderno que implica la reducción injustificada de la realidad.⁷⁴

En cambio, el planteamiento de Lonergan, a diferencia del de Finnis, enfatiza la unidad de la razón humana: "...la misma consciencia inteligente y racional –escribe– sirve de fundamento tanto a la acción como al conocimiento; y de esa identidad de la consciencia surge inevitablemente una exigencia de autoconsistencia en el conocimiento y la acción".⁷⁵ Por ello, en opinión de Pérez Valera: "Desde que Hume sembró la sospecha de la falacia entre ser y deber ser, no faltan autores modernos que, como Joseph Pieper, afirman rotundamente que todo deber ser se funda en el ser, y de ese modo concluyen que la realidad es el fundamento de la ética (y del derecho). Esto –agrega– se ve claro en el esquema de Lonergan, puesto que los niveles de conciencia están profundamente concatenados entre sí".⁷⁶

⁷⁴ Cfr. LONERGAN, Bernard, *Insight...*, cit., capítulos I-V.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 691.

⁷⁶ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Deontología jurídica: la ética en el ser y quehacer del abogado*, Oxford University Press, México, 2002, p. 27. El propio Pérez Valera cita (*Pensamientos*, p. 442), a pie de página, la idea de Pascal de que: "La verdadera naturaleza del hombre, su verdadero bien y la verdadera virtud... son cosas cuyo conocimiento es inseparable".

Por lo que hace a la posibilidad de la ética, el pensador canadiense sostiene que el conocimiento humano ocurre a través de cuatro niveles de consciencia: en el primero, que es el de la experiencia, la inteligencia humana, sujeta al imperativo de estar atenta, capta los datos. En el segundo, que corresponde a la intelección y que responde al imperativo de ser inteligente, es donde se formulan las hipótesis. En el tercero, bajo la exigencia de ser razonables, se afirma la verdad. Y en el cuarto y último, el de la decisión, se captan los valores y se encuentra no lo que es, sino lo que ha de hacerse.⁷⁷

De acuerdo con Granfield, Finnis, aunque reconoció la contribución de Lonergan al análisis de la estructura del entender humano, sospechó que la ética de este último (tal vez por su énfasis en la unidad del conocimiento) caía en el empirismo denunciado por la mal llamada “Ley de Hume” (que el propio Finnis, como ya se apuntó, acepta). Granfield agrega que esto se debió a que Finnis no logró captar que, para Lonergan, “el bien apetecible (el bien concreto como objeto que se apetece) y el de orden (que junto con el apetecible anteceden al valor en la lista de bienes de Lonergan) llegan a ser plenamente morales sólo mediante una decisión de valor y que Lonergan así evitó un ‘empirismo inequívoco’ que fundamente la ética en una satisfacción positivista de los deseos”.⁷⁸

Al margen de si el juicio de Granfield es o no correcto, y con independencia de que, por los motivos ya señalados, creemos que es útil distinguir entre razón práctica y razón especulativa, nos parece excesivo calificar a Lonergan de sostener una ética empírica. Hacerlo implica pasar por alto que Lonergan rechaza los reduccionismos modernos que despojan a la realidad de su sentido normativo. En todo caso, resulta de mayor interés destacar que, a pesar de las discrepancias, en los planteamientos de Lonergan y de Finnis es posible detectar puntos de contacto relevantes para el estudio de la problemática relativa a la acción humana.

Entre tales lugares de encuentro, aludimos primeramente a uno que parece fundamental: la idea de Lonergan, que en ello coincide

⁷⁷ Un esquema más amplio sobre el planteamiento de que se trata, y que sintetiza con claridad y precisión la basta obra de Lonergan, puede hallarse en: PÉREZ VALERA, Víctor, *Deontología...*, cit., pp. 17ss.

⁷⁸ GRANFIELD, *La experiencia interna...*, cit., p. 127.

con Finnis (aunque este último la refiere sobre todo a la razón práctica), de que es posible indagar objetivamente, desde una perspectiva metafísica, sobre el ser del hombre.⁷⁹ Y aunque a partir de este punto, Lonergan, a diferencia de Finnis, funda su ética en el desarrollo de una metafísica como ciencia (en la medida en que es posible hacer metafísica mediante un método verificable), resulta notable advertir cómo la labor que el profesor de Oxford realizó para dar contenido al proceso de la razón práctica mediante el cual se puede transitar de los primeros principios premorales a los juicios que resuelven los conflictos concretos de la vida humana, se corresponde con el planteamiento del meta-metodólogo canadiense de que es perfectamente posible la decisión moral correcta a partir de un proceso racional que, pese a ser unitario, tiene una dimensión práctica que es verificable mediante el método que propone y que implica, como ya se apuntó, las operaciones básicas de experimentar, entender, juzgar y valorar.

En segundo lugar, también es significativo que Lonergan, pese a que, una vez más a diferencia de Finnis, no apela a fundar su ética ni su metafísica en primeros principios autoevidentes,⁸⁰ sostiene que los resultados de su método (y en ello converge con el profesor australiano) “guardan una semejanza sorprendente con las doctrinas de la tradición aristotélica y tomista”.⁸¹ Pero, de manera análoga al desarrollo sistemático de la razón práctica que Finnis elaboró, Lonergan va más allá del “estado del arte” en el que se quedaron Aristóteles y Santo Tomás, para obtener resultados que, aunque “son esencialmente tradicionales, han sido separados de manera nítida y eficaz de la órbita comprometedora de la física aristotélica, y han recibido nueva vida y vigor por su conjunción íntima con la teoría cognoscitiva, con los resultados de la ciencia posible y con los pronunciamientos del sentido común.”⁸²

En tercer término, el planteamiento de Lonergan, como el de Finnis, implican admitir que el conocimiento humano vale por sí

⁷⁹ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., capítulo XIII; y LONERGAN, Bernard, *Insight*, cit., pp. 600ss.

⁸⁰ Cfr. LONERGAN, *op. cit.*, p. 608.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 607. Nótese que, aunque esta afirmación es referida por el propio Lonergan a temas estrictamente metafísicos, encontramos que también es aplicable a la ética en tanto que ésta, en el pensamiento del autor al que nos referimos, se engarza en la metafísica.

⁸² *Op. cit.*, p. 609.

mismo. Así, aunque la atención del primero sobre este valor parece dejar de lado los otros bienes o valores básicos considerados por el segundo, hay coincidencia entre ambos respecto de la invulnerabilidad del principio que postula que el conocimiento es algo que vale la pena poseer. En este sentido, de manera semejante al examen de Finnis sobre la imposibilidad lógica de atacar dicho principio,⁸³ Lonergan sostiene, en palabras de Pérez Valera, que “esta estructura fundamental del conocimiento humano es invulnerable, pues cualquier ataque a ese esquema necesariamente implica las operaciones básicas de experimentar, entender, juzgar y valorar”.⁸⁴

Por último, el pensamiento de los autores de referencia coincide en rechazar la idea de Hartmann, avalada por García Máynez, de que sólo en principios apriorísticos se ha de fundar una moral auténtica, puesto que Finnis y Lonergan, con independencia de sus diferencias, han abordado el estudio de la acción humana a partir de planteamientos que, sin caer en el empirismo ético involuntariamente denunciado por Hume, implican la aceptación de la tesis de que, sin la experiencia pertinente, es imposible el conocimiento de lo que, en el obrar del ser humano, es correcto o incorrecto. Posición que, cabe añadir, también enfatiza Ballesteros al señalar cómo la prudencia no puede operar sin la experiencia del caso concreto. Por ello, a “diferencia de lo que ocurre con los principios metafísicos que pueden valer en cualquier situación, los principios éticos y jurídicos presuponen determinadas condiciones, tal como lo intuyó Aristóteles y lo recalcó detenidamente Suárez. De ahí que tales principios tengan carácter histórico, sin por ello ser meramente discrecionales.”⁸⁵

Es en este último punto donde, a nuestro parecer, se encuentra el lado débil del objetivismo axiológico de Hartmann (y Scheler). La intuición de García Máynez⁸⁶ de que es inaceptable, o al menos inútil, la concepción –de origen platónica– del ser en sí de los valores, encuentra su fundamento en la imposibilidad de conocer la ver-

⁸³ Cfr. FINNIS, John, *Natural Law...*, cit., capítulo III.

⁸⁴ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Deontología...*, cit., p. 25. Cfr. LONERGAN, *Insight*, cit., p. 609.

⁸⁵ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., p. 104.

⁸⁶ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 14ª edición, Porrúa, México, 2004, pp. 436s.

dad moral sin la experiencia relevante. Pero García Máynez, verosíblemente motivado por el marco filosófico de la modernidad del que aparentemente no pudo escapar, tuvo dificultades para rechazar la tesis –típicamente moderna e incompatible con el aserto de referencia– de que si la ética no ha de ser mero empirismo, debe fundarse necesariamente en principios apriorísticos. Ello, incluso si por lo *a priori* se entiende, como en Scheler, lo inmediato, pues la experiencia relevante a la que alude la tradición clásica implica, aunque no se agota en ella, la experiencia sensible. En este sentido es destacable la tesis de Marina Campas, según la cual las exigencias morales implican la aceptación de una realidad ontológica, que parte de la dimensión empírica, pero no se limita a ella, sino que la trasciende.⁸⁷

Ahora bien, ¿cómo ha impactado la posmodernidad en el concepto de derecho? Al inicio de esta sección, señalábamos que el dato más relevante consiste en que la admisión de que la realidad es compleja y contiene no sólo elementos fácticos, sino también normativos, permite recuperar el sentido del derecho. La preocupación por este último, a su vez, se ha manifestado en el decurso que, en el pensamiento posmoderno, han seguido las ideas de los principales exponentes de las tres grandes corrientes que, en la antigüedad y en la modernidad, han intentado definir el derecho: el iusnaturalismo, el racionalismo y el empirismo. Para decirlo con Atienza:

El panorama de las concepciones del Derecho del siglo XX se ha complicado considerablemente en las últimas décadas. Por un lado, las fronteras entre las grandes concepciones que antes examinábamos –el realismo, el normativismo y el iusnaturalismo– se han difuminado considerablemente. El realismo escandinavo terminó por fundirse, en los años sesenta y setenta, con el normativismo analítico. El realismo americano –o, al menos, la versión moderada del mismo– se impuso de tal manera en las décadas centrales del siglo en los Estados Unidos que, de alguna forma, perdió sus señas de identidad; como escribió un estudioso del movimiento: ‘ahora ya somos todos realistas’. El normativismo hartiano incorporaba las tesis (menos radicales) de los realistas y del Derecho natural. Y la versión iusnaturalista más influyente de los últi-

⁸⁷ Cfr. CAMPS, Marina, La trascendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo, tesis inédita, pp. 241ss.

mos tiempos, la de John Finnis, no parece ser incompatible con un iuspositivismo moderado.”⁸⁸

En cualquier caso, cada vez son más numerosas las voces que sostienen que el derecho es una realidad compleja que, por una parte, no puede ser definida mediante la vieja fórmula del género próximo y la diferencia específica y que, por la otra, ha de tener presente, para ajustarse a la realidad, no sólo los aspectos normativos y fácticos, sino también los axiológicos. Porque, otra vez en palabras de Atienza, “lo que da sentido al Derecho –y a ocuparse profesionalmente del Derecho– no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia”.⁸⁹

Los ejemplos abundan. Para este ensayo parece suficiente con aludir a los siguientes. En primer término, la ya clásica teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale,⁹⁰ (en lo que interesa seguida en México al menos por Basave⁹¹ y por Recaséns⁹²) en la que se sostiene que el derecho es una realidad compleja con tres dimensiones: hecho, valor y norma.

En segundo lugar, la definición de García Máynez (incorporada a su pensamiento, en 1974, a partir de una tesis de Bobbio) del derecho como “un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas –integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible– son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público”.⁹³

Por último, Finnis, a quien hemos aludido en el cuerpo de este ensayo, también propone una definición compleja que alude a los

⁸⁸ ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, 2ª edición revisada, Ariel Derecho, Madrid, 2004, pp. 303s.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 312.

⁹⁰ Cfr. REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, traducción de Ángeles Mateos, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, fundamentalmente el capítulo III.

⁹¹ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2001, pp. 11s.

⁹² Cfr. RECASÉNS SICHES, Luís, *Filosofía del derecho*, 16ª edición, Porrúa, México, 2002, pp. 154ss.

⁹³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho, cit.*, p. 135.

aspectos normativo, axiológico y fáctico de lo jurídico. Lo hace atendiendo a la idea de que su definición no pretende ser descriptiva, pues alude al caso central del derecho, es decir, a lo que, con propiedad, merece ser llamado como tal, con independencia de si se corresponde o no con los sistemas jurídicos que, de hecho, existen en el mundo. Aunque la definición de Finnis es difícil de entender sin el desarrollo de los elementos teóricos que contiene (lo cual excede los límites de este trabajo), vale la pena citarla textualmente:

(El término “derecho” alude) primariamente a reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad ‘completa’, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular, o dejar sin efecto las soluciones coordinadoras procedentes de cualesquiera otras instituciones o fuentes de normas) para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas”.⁹⁴

Por otra parte, la reflexión metodológica de Lonergan ha nutrido la teoría jurídica de David Granfield,⁹⁵ quien, aunque no tiene como interés fundamental formular un concepto de derecho, ha proyectado la reflexión lonerganiana sobre la posibilidad de la ética al mundo de lo jurídico. Así, su estudio sobre el fenómeno jurídico desde el interior del sujeto, abre la posibilidad de reflexionar sobre las implicaciones jurídicas de la existencia humana. Y esta reflexión aporta una base para el control racional de situaciones tan complicadas como, por ejemplo, la determinación legal o jurisprudencial de los requisitos que justifican la detención de un sospechoso, sin mediar orden de aprehensión, por un agente de policía. En ello,

⁹⁴ FINNIS, John, *Ley Natural...*, cit., p. 304.

⁹⁵ Vid. GRANFIELD, David, *La experiencia interna del derecho*, cit.

cabe afirmar que existe una conexión entre la jurisprudencia de la subjetividad de Granfield y la teoría o teorías de la argumentación jurídica.

Bajo tal rubro (argumentación jurídica) se hace referencia, finalmente, a un conjunto de tesis o teorías (relativamente compatibles entre sí) que tienen por objeto establecer los referentes que permitan controlar racionalmente la decisión judicial en los llamados casos difíciles, o sean aquellos en los que la norma general no permite una decisión inequívoca. Entre los fundadores de la argumentación jurídica, destaca la figura de Chaim Perelman. Con el propósito de encontrar una racionalidad en la tarea de administrar justicia a fin de evitar los excesos de los que el nazismo dio cuenta, Perelman intentó rescatar la antigua idea de la retórica aristotélica. En ella, el profesor de la Universidad Libre de Bruselas, creyó haber encontrado la clave del razonamiento práctico. Con independencia de si Perelman fue o no fiel a Aristóteles,⁹⁶ su planteamiento pone énfasis en que la decisión judicial no pretende demostrar, sino persuadir, y que su validez, en última instancia, depende de si tal persuasión es eficaz en relación con el *auditorio jurídico*, es decir, con el colectivo formado por todos los que tienen interés en ella (partes, abogados, tribunales superiores y, en último término, la sociedad entera). En este punto, como de forma a nuestro parecer atinada lo hizo notar Manassero,⁹⁷ se torna evidente la debilidad de la teoría de Perelman, pues la carencia de un criterio de validez que trascienda los límites del procedimiento formal de persuasión, hace que éste pueda tornar “válidas” resoluciones evidentemente injustas, con tal de que convengan al “auditorio”. Así, resulta obvio que el autor no logró la finalidad que, con su teoría, pretendía. En todo caso, la argumentación jurídica ha seguido avanzando en clave claramente posmoderna (en algunos casos alejándose de la retórica para encontrarse con la *praxis*), hasta llegar incluso a afirmarse como marco desde el cual puede concebirse el derecho. En este sentido

⁹⁶ La profesora María de los Ángeles Manassero concluye que no fue así. Cfr. MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable: un estudio sobre Chaim Perelman*, EUNSA, Pamplona, 2001, p. 397.

⁹⁷ Cfr. *Op. Cit.*, pp. 401s.

destaca la obra de Atienza titulada, precisamente, *El derecho como argumentación*.⁹⁸

En conclusión, las definiciones mencionadas como ejemplos de los intentos por recuperar el sentido del derecho, sugieren ya, al hacer énfasis en el aspecto o dimensión axiológica del mismo, que la viabilidad de un sistema jurídico se ve amenazada si, en su operación, no se tienen presentes los valores que constituyen su fin. En el positivismo, esta situación o fue negada arbitraria e infructuosamente (como en la Escuela de la Exégesis y en la Jurisprudencia de Conceptos) o fue encubierta bajo la máscara de ideas como los principios generales del derecho o los intereses en juego. En la posmodernidad, como consecuencia de la apertura del marco epistemológico que amplió los horizontes dentro de los cuales cabe buscar la definición del derecho (sin sostener ya la separación entre el *quid iuris* y el *quid ius*), las reflexiones de Granfield y de los exponentes de la Argumentación Jurídica, conducen a hacer conciente (y a buscar controlar racionalmente) el impacto de los aspectos axiológicos en la dinámica ordinaria de cualquier sistema jurídico. En la medida en que esto ocurra, podrá lograrse a su vez una síntesis fecunda (por aproximada a la verdad) entre, por una parte, la justicia y el bien común que tanto preocuparon y ocuparon a los filósofos prácticos de la antigüedad, con la seguridad jurídica que, por la otra, tuvieron en mente los más grandes exponentes del positivismo jurídico. Pero es necesario que, como adelantábamos al inicio de este ensayo, los profesionales del derecho tengan la disposición para reflexionar sobre estos temas (que en el positivismo fueron relegados al campo frecuentemente estimado misterioso y no pocas veces considerado irracional, de la filosofía jurídica), a fin de que puedan incorporar los resultados de tal reflexión a sus tareas cotidianas. De otra manera se corre, entre otros, el riesgo de que la inevitable discrecionalidad judicial⁹⁹ sea o continúe siendo un espacio para la arbitrariedad.

⁹⁸ Editorial Fontamara, México, 2005.

⁹⁹ Vid. LOZOYA VARELA, Rafael, "Jurisprudencia y creación del derecho" en *Quid Juris*, Año 1, Vol. 3, Chihuahua, México, 2006.

BIBLIOGRAFÍA:

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traduc. de María Araujo y Julián Marías, colección Clásicos Políticos, 6a. edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ed. Fontamara, México, 2005.

_____, *El sentido del derecho*, 2a. edición revisada, Ariel Derecho, Madrid, 2004.

BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho: introducción a la filosofía jurídica*, 2a. reimpresión de la 3a. edición, Tecnos, Madrid, 2002.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2001.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 7a. reimpresión de la 1a. edición, Fontamara México, 2003.

ECO, Humberto, «Cuando entra en escena el otro, nace la ética», en *¿En qué creen los que no creen?*, trad. Esther Cohen, Taurus, México, 2005.

_____, *Kant y el ornitorrinco*, trad. Helena Lozano Miralles, Lumen Barcelona, 1997.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego, Abeledo Perrot, Argentina, 2000.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, «En torno a la teoría de Alf Ross», en *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, Colec. Textos Universitarios, 2a. edición corregida y aumentada, Fac. de Derecho, UNAM, México, 1984.

_____, *Ética: Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*, 17a. ed. Porrúa, México, 1969.

_____, *Introducción al estudio del derecho*, 56a. ed. Porrúa, México, 2004.

_____, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2002.

GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 14a. ed., Porrúa, México, 1994.

GONZÁLEZ, Ana María, *El Faktum de la razón: la solución kantiana*

- al problema de la fundamentación de la moral, Cuadernos de Anuario Filosófico, No. 75, Universidad de Navarra, España, 1999.
- GRANFIELD, David, La experiencia interna del derecho, ITESO-UIA, México, 1996.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. M. Sánchez Sarto, FCE, México, 1940.
- KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, 14a. ed. Porrúa, México, 1997.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 10a. ed. Porrúa, México, 1998.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, 2a. ed., Ariel Derecho, México, 2001.
- LONERGAN, Bernard, *Insight: Estudio sobre la comprensión humana*, Universidad Iberoamericana. Ed. Sígueme, México. Salamanca, 1999.
- LOZOYA VARELA, Rafael, «Jurisprudencia y creación del derecho» en *Quid Juris*, Año 1, Vol. 3, Chihuahua, México, 2006.
- MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable: un estudio sobre Chaim Perelman*, EUNSA, Pamplona, 2001.
- MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Ética y realismo*, 2a. ed. RIALP, Madrid, 1999.
- MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Cambridge, University Press, Cambridge, UK, 1962.
- PÉREZ VARELA, Víctor Manuel, *Deontología jurídica: la ética en el ser y quehacer del abogado*, Oxford University Press, México, 2002.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. de Ángeles Mateos, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Fiología del derecho*, 16a. Ed., Porrúa, México, 2002.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed. argentina, trd. Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II - II.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 12a. ed. Porrúa, México, 1996.
- _____, *Lecciones de Filosofía del derecho, El proceso de la razón y el derecho*, 3a. ed. Porrúa, México, 1996.

EL JUICIO DE AMPARO Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Luciano Silva Ramírez*

I. Prólogo

La presente monografía tiene como finalidad resaltar la importancia del Juicio de Amparo como medio de control de la Constitución y la legalidad protegiendo garantías individuales; al que tienen acceso las personas físicas, morales de derecho privado, social, incluso, excepcionalmente las de derecho público cuando la ley o acto de autoridad afecte estrictamente sus intereses patrimoniales.

Haciendo hincapié que nuestro juicio constitucional a diferencia de otros medios de defensa, es una auténtica acción popular para impugnar leyes y cualquier acto de autoridad; en tanto que otros sistemas de preservación de la norma fundamental, requieren de su incitación por los propios órganos de poder afectados, por la ley u ordenamiento de carácter general cuya declaratoria de inconstitucionalidad les interesa.

Por otra parte, resaltar el hecho que en Europa hasta después de acontecidas las dos grandes guerras mundiales, es honda preocupación la defensa de los derechos fundamentales del hombre; creándose para su preservación auténticos Tribunales Constitucionales, orientándose cada vez más a una jurisdicción constitucional cercana al control judicial; llamando la atención que en América Latina,

* El autor es doctor en derecho y profesor de carrera de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

recientemente en México, la tendencia ha sido adoptar el sistema europeo de cuestionar leyes, mediante la acción o recurso de inconstitucionalidad, resultando un experimento que no ha dado buenos resultados a esos países.

Aquí en México, en la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, se adopta la acción de inconstitucionalidad; publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995 la ley reglamentaria respectiva, en donde estimo, por una parte, que tal parece que se pretende despojar a los particulares de la acción popular de impugnar leyes contrarias a la Constitución mediante un procedimiento ágil, sencillo, que se opone en hechos concretos, como lo es el Juicio de Amparo. Por otro lado, la reforma constitucional y ley reglamentaria respectiva, no se ajusta a la idiosincrasia y práctica judicial, el pueblo de México; además, se dejan lagunas, entre éstas, las siguientes: a) no precisa si procede contra reformas a la Constitución; b) contra reglamentos; c) si se anula la Ley, Tratado Internacional, reglamento tildado de inconstitucional dejándolos sin efectos en forma total o parcial; d) si se le comunicará al Congreso la declaratoria de inconstitucionalidad para que dicte un nuevo ordenamiento que derogue al impugnado; e) si a partir de la publicidad de la declaratoria de inconstitucionalidad opera su cesación de vigencia; e) si opera con efectos *ex nunc* o *ex tunc*; situaciones que se abordan en este trabajo.

II. Aspectos generales

El tema de los Derechos Fundamentales del Hombre ha alcanzado gran relevancia en los últimos años, ya que si bien es verdad que se estableció la Declaración de Derechos de 1789 a raíz de la Revolución Francesa, este catálogo había quedado en el olvido incluso en la propia Francia que estableció una parte distributiva y orgánica en su Constitución de 1791, producto de aquella revolución; cabe mencionar que en el siglo XX principalmente en Europa, se da la preocupación de defender los derechos del hombre, necesidad derivada de la Segunda Guerra Mundial, precisamente porque acababa de sufrir los atentados y vejaciones de esa contienda. Así, países como Alemania e Italia afirman esa necesidad en sus consti-

tuciones, contemplando los derechos fundamentales y como garantizarlos, e incluso se cambia el sentido de proteger esos Derechos contra la propia ley. “La vieja idea que domina todo el liberal siglo XIX, de la protección de la libertad por la Ley tiende a ser substituida por la idea experimental de la necesidad de protección de las libertades contra la Ley. Esta forma de defensa de los derechos fundamentales frente a las normas se ha encomendado a Tribunales Constitucionales en el continente europeo”¹; o bien como ha dicho Mauro Cappelletti respecto de la declaración de derechos fundamentales, “son naturalmente, un importante elemento de la mayoría de las constituciones del siglo XX en especial de aquellas que surgieron como reacción contra los abusos y perversiones de los regímenes dictatoriales que llevaron a la Segunda Guerra Mundial. Así, la aplicación jurisdiccional de las nuevas declaraciones de derechos constituye hoy en día la parte más considerable, en veloz desarrollo, de la jurisdicción constitucional en países como la República Federal de Alemania, Austria, Italia, y en menor medida, aunque cada vez en forma más clara Japón... – agregando – es notorio que el impacto del “Bill of Rights” sobre la jurisdicción constitucional de los Estados Unidos, si bien existía ya anteriormente, ha alcanzado una mayor importancia tan sólo en los últimos treinta años”.²

Es de hacer notar que aquí en México los derechos fundamentales del hombre siempre fueron motivo de preocupación por el Poder Constituyente, tanto en la Constitución de 1857, como de la Norma Fundamental actual de 1917; en efecto, podemos decir que a partir de la Constitución Liberal de 1857, en su parte dogmática da un catálogo de los derechos fundamentales del hombre; y en el análisis de dicha Norma Suprema, el Maestro Mario de la Cueva, citado por Marquet Guerrero, advertía que los derechos de seguridad contenidos en su parte dogmática, consisten en las normas que se proponen la seguridad y firmeza de los derechos del hombre. De ellos podríamos decir que son los protectores de la igualdad y de la libertad; y comprendían: La irretroactividad de la ley; la garantía de que los actos de autoridad sólo se realicen por la competente; la

¹ FAVOREU L., y otros. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Ed. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid. 1984. pp. 666 y 667.

² FAVOREU L., y otros. *op. cit.*, pp. 614 y 615.

inviolabilidad del domicilio; la obligación de los tribunales de administrar justicia pronta; la prohibición de juzgar y sentenciar a nadie por leyes que no sean anteriores al acto; la obligación de juzgar con leyes exactamente aplicables, en materia penal en especial; prohibición de imponer penas de prisión por deudas de carácter puramente civil; la obligación de proveer auto motivado de prisión en un máximo de tres días; la prohibición de malos tratos, de gabelas y contribuciones, la prohibición de penas de mutilación, azotes, confiscación...³, y la Norma Fundamental de 1917 recoge dicho catálogo, perfeccionándolo en algunos casos, dándole además un sentido de carácter social, consagrándose una serie de derechos inherentes a la persona humana destacando los de libertad, igualdad, seguridad jurídica, e incluso el derecho a la propiedad en un sentido eminentemente social; al respecto, el maestro Ignacio Burgoa clasifica en dos puntos de vista los derechos del hombre, contemplados en la Norma Fundamental citada, a saber: uno que atiende a la índole formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual; y otro que considera el contenido mismo de los derechos públicos individuales. La obligación estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual puede consistir, desde el punto de vista formal, en un hacer o en una abstención, o sea, que la garantía individual puede ser negativa o positiva. Atendiendo al contenido mismo del derecho subjetivo público, las garantías individuales pueden ser: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica⁴.

III. El juicio de amparo como instrumento de hacer efectivos los derechos fundamentales del hombre

Es de aclarar que a menudo se confunden los derechos públicos fundamentales del hombre, con el término de garantías individuales, tan es así que nuestra Constitución actual a sus primeros 29 artículos los denomina Garantías Individuales; no, cuestión diferente son los derechos fundamentales del hombre, y la forma de garanti-

³ MARQUET GUERRERO, Porfirio, *La estructura constitucional del Estado Mexicano*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. 1975, pp. 120 y 121

⁴ BURGOA Ignacio, *Las Garantías Individuales*. Ed. Porrúa, 2001. pp. 125 y 126.

zar y hacer efectivos esos derechos contra los actos arbitrarios del poder público, porque de nada serviría contar con un catálogo de derechos públicos subjetivos a favor del gobernado sino se contara con el medio o instrumento para hacerlos efectivos, vendría a ser letra muerta en las constituciones. Aquí en México se mantiene la constitucionalidad y la legalidad precisamente protegiendo derechos fundamentales, mediante el Juicio de Amparo, encomendando esa defensa de la Carta Magna exclusivamente al Poder Judicial Federal en los términos y efectos del artículo 103 Constitucional que indica:

Art. 103.- Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III.- Por leyes o actos de las autoridades de los estados, o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.⁵

En estas dos últimas fracciones, siempre y cuando la intromisión competencial a que aluden se traduzca en una violación de garantías individuales.

Es dable mencionar que es a partir de la Constitución de 1857 cuando se otorga al Poder Judicial Federal, la facultad de salvaguardar la Constitución vía juicio de amparo, protegiendo las garantías individuales, según lo expresaba el artículo 101 (igual al actual 103); sin embargo, ya en la Constitución de 1840 en Yucatán, a nivel local Don Manuel Crescencio García Rejón dio las bases de la institución del amparo, el cual controlaba lo siguiente:

1. Leyes o actos del Poder Legislativo.

2. Legalidad de los actos del Poder Ejecutivo.

3. Legalidad de los actos del Poder Judicial.

4. Lo anterior se controlaba a través de la protección de las garantías individuales mediante el juicio de amparo, ejercitándose ante el Poder Judicial de esa entidad federativa⁶.

⁵ Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1994.

⁶ SILVA RAMÍREZ, Luciano, *Análisis Jurídico Político de la Supremacía Constitucional y el Sistema de Control Judicial en México*. Tesis Doctoral, p.p. 74-75.

Igualmente, es de mencionar que Don Mariano Otero en el Acta de Reformas de 1847, le da al Poder Judicial Federal la alta investidura de salvaguardar los derechos del hombre, puesto que el Art. 25 de dicha acta se recogen las aportaciones de este jurista toda vez que este precepto establecía:

Art. 25.- Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden en esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los estados limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare.⁷

Asimismo, la Constitución de 1917 recoge la institución del amparo, dando su fundamento constitucional, procedencia y regulación en sus arts. 103 y 107 para proteger los derechos públicos subjetivos del gobernado y consecuentemente mantener el orden constitucional; de lo anterior, nosotros podemos decir que el Amparo es un juicio autónomo cuyo objeto es resolver las controversias a que alude al artículo 103 constitucional, siempre y cuando se traduzcan en violaciones a las garantías individuales, cuya substanciación se efectuará de acuerdo a las formas y procedimientos que establece la Constitución (Art. 107), la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal y la Jurisprudencia.⁸

IV. Comentarios sobre el juicio de amparo en México

El juicio de Garantías en nuestro país se ha convertido en una verdadera acción popular, toda vez que cualquier gobernado que se ve afectado en su esfera de derechos por los actos arbitrarios e ilegales del poder público, tiene a su alcance la acción tutelar del amparo, que permite que se respeten y se hagan efectivos los derechos fundamentales de la persona humana, por parte del aparato estatal; igualmente, lograr que la Constitución tenga primacía jurídica y el resto de ordenamientos secundarios deben ajustarse a ella; como ya

⁷ BURGOA Ignacio, "El Juicio de Amparo", Ed. Porrúa, 2002. p. 109.

⁸ SILVA RAMÍREZ, Luciano. *ob. cit.* p. 77.

se dijo, se mantiene el orden constitucional incluso la legalidad y consecuentemente, que se logre un verdadero Estado de Derecho en el país; lo anterior se debe en gran parte a los principios que rigen a nuestro Amparo, que han permitido que sea un instrumento de defensa accesible para los gobernados, principios estos que se han elevado a rango constitucional, plasmándose en el art. 107 de la Carta Fundamental, entre los que destacan:

1.- Principio que rige la Acción de Amparo; que comprende los siguientes:

a) Instancia de parte agraviada:

Su fundamento lo encontramos en la fracción I del Art. 107 Constitucional,⁹ en relación al art. 4º de la Ley de Amparo¹⁰; es un elemento esencial ya que es el gobernado el titular de la acción de Amparo, ya sea el particular (personas físicas; incluyendo menores de edad), personas morales y por excepción, las personas morales oficiales en defensa de sus intereses estrictamente patrimoniales.

b) Existencia de agravio personal y directo:

Consiste en la afectación o perjuicio que sufre el gobernado en su esfera de derechos por la ley o acto de autoridad reclamados, dicho perjuicio debe ser directo al quejoso para que pueda ejercitar el amparo.

c) Principio de Definitividad

Encuentra su fundamento en las fracciones III y IV del Art. 107 Constitucional, en relación a las fracciones XIII, XIV y XV del Art. 73 de la Ley de Amparo; y estriba en la obligación para el agraviado de agotar todos los recursos o medios de defensa existentes en la Ley que rige el acto reclamado, tendientes a modificar o revocar los actos que se impugnen, antes de intentar el amparo.¹¹

2.- Prosecución Judicial, que rige el Procedimiento de Amparo:

Lo establece el art. 107 Constitucional al ordenar que todas las controversias de que habla el Art. 103 Constitucional se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determina la ley¹², así como el artículo 2º de la Ley de Amparo.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰ Nueva Legislación de Amparo Reformada, Ed. Porrúa, México.

¹¹ Ley de Amparo; Ed. Porrúa, S.A. México.

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.- Principios que rigen las sentencias de amparo:

a) Relatividad de las sentencias o fórmula de Otero:

Este principio versa sobre los efectos particulares de las sentencias de Amparo y su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 107 de la Carta Federal, fracción II, así como en el art. 76 de la Ley de la materia¹³, solo vinculan a las partes contendientes en el juicio respectivo.

b) Estricto Derecho:

Consiste en la obligación del Tribunal de Amparo de estudiar única y exclusivamente los aspectos de inconstitucionalidad planteados en los conceptos de violación en la demanda, sin hacer consideraciones no hechas valer en la misma, cuyo fundamento se encuentra en el párrafo segundo de dicha fracción II del Art. 107 Constitucional interpretados a *contrario sensu*.

c) La suplencia de la queja:

Es opuesto al principio anterior, ya que el Tribunal de Amparo aquí tiene la obligación de suplir la deficiencia de la queja, abordando cualquier aspecto de inconstitucionalidad que descubre en la demanda de Amparo, y su fundamento lo encontramos en la fracción II, párrafo segundo del 107 Constitucional¹⁴; así como en el Art. 76 Bis de la Ley de Amparo¹⁵.

En México, como ha quedado anotado, el Juicio de Amparo es un medio popular de proteger los derechos públicos subjetivos de los gobernados, a diferencia de otros sistemas jurídicos constitucionales; y el órgano abocado al conocimiento y defensa de esos derechos fundamentales, y por ende de la constitucionalidad y la legalidad, es el Poder Judicial Federal, quién actuará de acuerdo a las formas y competencias que le marca tanto la Constitución, la Ley de Amparo, y la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal; integrándose por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que puede funcionar en Pleno o en Salas, para conocer principalmente de los amparos en revisión que versen sobre tratados internacionales, leyes y reglamentos inconstitucionales; así como de los Amparos Directos en

¹³ Ley de Amparo. Ed. Porrúa, México.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵ Diario Oficial de la Federación de 20 de mayo de 1986.

aquellos casos en que las Salas de la Corte de oficio, a petición de un Tribunal Colegiado de Circuito o del Procurador General de la República ejerciten su facultad de atracción en aquellos asuntos que su interés y trascendencia así lo ameriten; o sea, se reserva la Suprema Corte la interpretación definitiva de la Constitución, correspondiéndole a los Colegiados de Circuito los problemas de legalidad¹⁶; y a los Jueces de Distrito y Tribunales Unitarios de Circuito el conocer de los Amparos Indirectos. En cambio en otros sistemas jurídicos esa protección a los derechos fundamentales se da a través del control concreto de normas mediante remisión de los Tribunales (principal procedimiento en Italia); mediante el control abstracto y *a priori* promovido por los parlamentarios (principal procedimiento en Francia); y el recurso directo abierto a los ciudadanos del tipo del recurso constitucional alemán¹⁷, éste último semejante a nuestra Institución, puesto que su operancia lo han convertido en un instrumento o acción popular.

V. La acción de inconstitucionalidad y su influencia en Latinoamérica

Sin duda, para los países latinoamericanos, recientemente México, los Tribunales Constitucionales y la acción de inconstitucionalidad han resultado una novedad, tratando de constituirlos a sus sistemas jurídicos, pero con poco éxito; han tomado como antecedente al modelo Autriaco–Europeo, acogiéndolos a las necesidades sociojurídicas y políticas, incluso culturales de estos países en vías de desarrollo en forma similar a las del viejo continente, aquí está el *quid* del fracaso de ese tipo de tribunales. Pero cabe preguntar qué son y qué papel juegan esos tribunales en un Estado de Derecho, como dice Cappeleti “... El nacimiento y expansión de los sistemas de justicia constitucional constituye, tras la Segunda Guerra Mundial, uno de los fenómenos de mayor relevancia en la evolución de un número cada vez mayor de países europeos. En virtud de estos sistemas, se han creado determinados Tribunales Constitucionales, cuya visión es encontrar la conformidad con la Constitución de las

¹⁶ Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1994.

¹⁷ FAVOREU L., y otros. Ob. Cit. p. 51.

leyes y en ocasiones, la de los actos y decisiones sin valor de ley emanados también de órganos públicos".¹⁸

Lo anterior, implica que se trata de un órgano especializado con alta jerarquía cuya finalidad es controlar los actos de todos los poderes públicos; es un tribunal supremo y se sitúa por encima del conjunto de las restantes jurisdicciones, imponiendo a todos su autoridad. Se trata de un control concentrado, es decir, confiado de manera exclusiva a una única jurisdicción constitucional, a diferencia del control difuso del sistema americano, que resulta asegurado por el conjunto de los tribunales ordinarios. En Alemania, Austria y España, el Tribunal Constitucional puede conocer igualmente sobre la constitucionalidad de los actos administrativos, actos jurisdiccionales e incluso de particulares¹⁹.

Por lo que respecta en Latinoamérica, verbigracia Guatemala, en los artículos 262, 265, del Capítulo Cinco Título Siete de la Constitución de 1965, se adoptó una Corte Constitucional cuyas características relevantes. Según J. Mario García Laguardia, son las siguientes: "No es un Tribunal permanente sino que se integra cuando se hace valer una acción; en sus artículos 262 Constitucional y el 105 de la Ley reglamentaria, establecen que dicha corte se integra por doce miembros, cuatro de los cuales son designados por la Corte Suprema de Justicia y además de su Presidente, los demás por sorteo global que practicará la misma Corte Suprema, entre los Magistrados de la Corte de apelación y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, siendo su presidente el mismo de la Corte Suprema".²⁰

El objeto y efectos de dicho Tribunal se contemplaba en el artículo 263 Constitucional, y el objeto de la acción intentada ante el Tribunal referido es obtener la declaratoria de la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernamentales de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad. El trámite es muy breve y no puede exceder de dos meses conforme al artículo 263 constitucional; una vez intentado, el Tribunal se pro-

¹⁸ FAVOREU L., y otros. *ob. cit.* p. 599.

¹⁹ SILVA RAMÍREZ, Luciano, *ob. cit.* pp. 120-122.

²⁰ GARCÍA LAGUARDIA, J. Mario. *La Defensa de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

nuncia sobre la suspensión provisional, medida precautoria que procede si la inconstitucionalidad fuese notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables y que deberá ser dictada con el voto favorable de la mayoría del total de los miembros de la corte, como lo previene el artículo 264 Constitucional, suspensión que se dictará con efectos generales y que se publicará en el *Diario Oficial* al día siguiente de haber sido decretada. Después de dar audiencia por quince días el Ministerio Público, se señala día y hora para la vista que puede ser publicada si así se solicita y se dicta la sentencia. Dicha sentencia se pronunciará de acuerdo con lo dispuesto para los juicios de amparo toda vez que la legislación guatemalteca también contempla o más bien, acoge esta Institución de origen mexicano; disposiciones que se aplicarán en lo conducente con apoyo en el artículo 109 en su último párrafo, y si es estimatoria, para lo cual se necesita el voto favorable de ocho de los doce miembros de la Corte, puede declarar la inconstitucionalidad total de la ley o disposición gubernativa de carácter general, caso en el cual esta queda sin vigor; o bien, la inconstitucionalidad parcial, la cual queda sin vigor, en la parte declarada así.

Cabe hacer hincapié que la Corte Constitucional Guatemalteca de acuerdo a la Constitución de 1965 aludida conocía del Recurso de Inconstitucionalidad, planteado:

1. Por el Consejo de Estado, órgano presidido por el Presidente de la República.
2. El Colegio de Abogados por decisión de su Asamblea General.
3. El Ministerio Público, por disposición del Presidente tomada en Consejo de Ministerios.
4. Por cualquier persona o entidad a quién afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa con el auxilio de diez abogados.²¹

Cabe advertir que en dicho país en 1985 se dictó la nueva Constitución, entrando en vigor al año siguiente, señalando al respecto Héctor Fix Zamudio: “La Constitución Guatemalteca actual restableció la Corte de Constitucionalidad, pero ya como un Tribunal

²¹ SILVA RAMÍREZ, Luciano. *Análisis Político Jurídico de la Supremacía Constitucional y el Sistema de Control Judicial en México*. pp. 123–124. Tesis Doctoral, citando a García Laguardia sobre la Corte Constitucional de Guatemala ...

especializado permanente conforme a los artículos 268 a 272 de dicha Norma Fundamental²², así como en su reglamentación por los artículos 134 a 149 de la nueva Ley de Amparo, exhibición personal, y de constitucionalidad de 1986,²³ las facultades de la actual corte constitucional son más amplias que la anterior, ya que además del recurso de inconstitucionalidad, conoce en única instancia de los procesos de amparo y en apelación de las impugnaciones de inconstitucionalidad en casos concretos; también posee atribuciones consultivas sobre cuestiones de inconstitucionalidad a similitud de cualquiera de los organismos de estado con relación con el veto presidencial, cuando aleguen inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas.

Por lo que respecta a la petición de inconstitucionalidad, pueden hacerla:

a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados por conducto de su Presidente.

b) El ministerio público por conducto del Procurador General de la Nación.

c) El Procurador General de Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia;

d) Y cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

Si la corte declara fundada, la declaratoria de inconstitucionalidad, tendrá efectos generales, quedando sin vigencia los ordenamientos de que se trate (ley, reglamentos o disposiciones de carácter general), si aquella fuese total; si fuere parcial, quedarán sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos caso dejarán de surtir sus efectos desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial.

Como se observa, ya hay avances de esta Corte Constitucional, en cuanto a permanencia, ya no es un Tribunal especial que aquí en México prohíbe tanto la doctrina, como la Constitución General de

²² FIX-ZAMUDIO H. *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, pp. 98–99.

²³ Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala.

la República en su artículo 13; pero quizá lo más importante es que se va haciendo más accesible a los particulares el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, no podemos decir lo mismo de la Constitución Peruana de 1980 que contemplaba el Tribunal de Garantías Constitucional con competencia, entre otras cuestiones, para conocer en última instancia de las acciones de *habeas corpus*, de amparo, y en forma directa de la acción de inconstitucionalidad, cuya decisión en este último caso asume efectos generales según se desprende de los artículos 296 a 304 de esa Norma Suprema.

La acción de inconstitucionalidad examinaba: la supremacía de la Constitución respecto a decretos legislativos; de las normas regionales de carácter general y de los ordenamientos municipales ya sea en su totalidad o en parte, de sus disposiciones cuando infrinjan la Constitución, cuando no han sido aprobadas, promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Ley Suprema de acuerdo a los artículos 19 y 20 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

La acción de inconstitucionalidad se hacía valer:

- a) Por el Presidente de la República.
- b) 20 Senadores
- c) 60 Diputados
- d) Corte Suprema de Justicia
- e) Fiscal de la Nación.

f) 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas por el jurado nacional de elecciones.

La demanda debía presentarse durante el plazo de seis años, contados a partir de la publicación del ordenamiento combatido.

Cuando decretaba la inconstitucionalidad de leyes o decretos legislativos, se le comunicaba al Congreso, a fin de que se aprobara un nuevo ordenamiento que derogara al tildado de inconstitucional, pero si esto no acontecía en un plazo de 45 días, el Tribunal Constitucional ordenaba la publicación de la sentencia en el Diario Oficial dejando sin efecto la normas respectiva, sí son normas regionales o municipales, el fallo se publica de inmediato²⁴.

²⁴ FIX ZAMUDIO, H., *op. cit.* pp. 102-104.

Es dable señalar que la actual Constitución de aquel país sustancialmente en los artículos 200 a 204 contempla al Tribunal Constitucional en donde además de la competencia antes aludida también conoce del *habeas data*, de las acciones de cumplimiento y obviamente de la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa; en cuanto a la legitimación de dicha acción conforme al artículo 203, están legitimados para ejercitarla:

Artículo 203. - Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad²⁵.

La demanda en la actualidad debe presentarse dentro del plazo de 6 años contados a partir de su publicación, con la excepción de los tratados, los cuales se impugnarán en el plazo de 6 meses, de conformidad con el numeral 100 del Código Procesal Constitucional de 31 de mayo de 2004²⁶.

En cuanto a Colombia, llama la atención que en su sistema jurídico constitucional se admite que cualquier ciudadano, incluso extranjeros residentes en el país, pueden promover la acción de inconstitucionalidad, aún en contra de las reformas a la Constitución por defectos de forma; situación que aquí en México no se da ni con el Juicio de Amparo, ni en el reciente recurso de acción de inconstitucionalidad.

²⁵ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú. 10 de enero de 1995.

²⁶ "Artículo 100.- Plazo prescriptorio. La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución."

VI. La acción de inconstitucionalidad en México

En México el 31 de Diciembre de 1994, se publicaron reformas a diversos preceptos de la Constitución teniendo como propósito principal reestructurar al Poder Judicial Federal, para que la Suprema Corte actúe como auténtico Tribunal Constitucional; introduciendo dichas reformas como novedad la Acción de Inconstitucionalidad, correspondiendo al Pleno de ese alto tribunal conocer de tal acción en su competencia originaria, judicial; porque en nuestro sistema jurídico constitucional el Poder Judicial Federal tiene una doble función, por una parte, la función judicial que le es propia conforme a los artículos 104, 105 y 106 Constitucionales, y por otra, la alta misión de salvaguardar la Constitución y la legalidad mediante el juicio de amparo protegiendo garantías individuales conforme a los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal; la acción de inconstitucionalidad la contemplaba el artículo 105, originariamente, respecto de la acción de inconstitucionalidad, en su parte conducente señalaba:

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la Ley Reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- ...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal, del Distrito Federal, así como de Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

“Como se observa, el precepto constitucional aludido expresamente establecía la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad en materia político electoral; o sea, en nuestro régimen jurídico no existía control constitucional en materia electoral; en efecto por mandato constitucional, legal y jurisprudencial se ha establecido que el Juicio de Amparo es improcedente en materia política, en los artículos 60 constitucional, así como el 73 fracciones VII y VIII de la Ley de Amparo; igualmente, precisa la jurisprudencia No. 128 pag. 192, en la parte común al Pleno y Salas, del Apéndice de 1917 – 1985: “La violación de los Derechos Políticos no dan lugar al Juicio de Amparo, porque no se trata de garantías individuales”.

Luego entonces, se planteó en esa época por el suscrito la siguiente interrogante: ¿si existe una ley en materia electoral que pugne con la Constitución, cuál será el instrumento, el medio de defensa para impugnarla?, si de lo anotado se acredita que contra Leyes y disposiciones de carácter general en materia electoral no cabe el Juicio de Amparo, ni la acción de inconstitucionalidad; esto resultaba inadmisibles en un Estado de Derecho, porque no se puede dejar fuera de control la materia político electoral, que resulta en países como el nuestro la base para poder lograr una auténtica democracia que nos permita alcanzar mejores estadíos de vida.

Es dable señalar que las críticas anotadas, tuvieron eco, en virtud que por posterior reforma constitucional, se suprimió la prohibición que expresamente se contemplaba en la fracción II, del artí-

culo 105 constitucional de la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad contra leyes en materia electoral; además, se adicionó el inciso F), en la fracción II, en que legitima a los partidos políticos por conducto de sus dirigencias (nacionales o estatales) para impugnar leyes electorales que se estimen inconstitucionales mediante dicha acción, como se corrobora con la lectura de dicho inciso:

Artículo 105.- ...

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órganos legislativo del Estado que les otorgó el registro²⁷.

Igualmente, resulta por demás interesante replantear la posibilidad del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad en contra de reformas a la Constitución, situación que hemos señalado opera en otros países, como la acción de inconstitucionalidad popular de Colombia; si bien es verdad que el actual artículo 105 Constitucional no prohíbe la procedencia de aquella en contra de la reformas a la Constitución estimamos que la interpretación y alcances que se den sobre dicha acción, no llegarán a las reformas a la Norma Suprema, se seguirán los mismos derroteros de nuestro Juicio de Amparo al respecto; es decir, que el Juicio de Garantías es improcedente contra las reformas a la Constitución, situación ésta que la práctica judicial, así como la Jurisprudencia han corroborado, tal como se demuestra en las tesis “DEMANDAS DE AMPARO CONTRA LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA” visible en el informe de la Suprema Corte de 1983, Tercera Parte, ejecutoria en la que los argumentos torales que sirvieron de sustento, entre otros, porque el artículo 103 no contempla a la Norma Suprema sólo habla de Leyes, pero además el Constituyente permanente encargado de reformar la Constitución conforme al 135 no tienen límites, y ésta por encima del Poder Judicial, que es un Poder constituido y no puede contrariar los actos de dicho constituyente.

²⁷ Diario Oficial de la Federación de 26 de agosto de 1996.

Asimismo, se puede corroborar el anterior criterio con la tesis que a continuación se transcribe:

“AMPARO CONTRA LEYES. NO COMPRENDE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS QUE INTEGRAN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (ALCANCES DEL SUPUESTO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 103, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 1o., FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO). El juicio de amparo contra leyes no comprende la impugnación de los preceptos que integran la Constitución Federal, pues dicho juicio no es un mecanismo establecido por el Constituyente para cuestionar una norma constitucional, sino sólo las disposiciones legales secundarias que de ella emanan, así como los demás actos realizados por los propios Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, aserto que se corrobora con el contenido de los artículos 107, fracción VIII, de la Constitución Federal, 11 y 114, fracción I, de la Ley de Amparo. Lo anterior porque si bien es cierto que los artículos 103, fracción I, de la Constitución Federal y 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, establecen la procedencia del juicio de amparo contra leyes, al disponer que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales, también lo es que debe distinguirse entre las leyes que son resultado de la actuación de las autoridades constituidas dentro del margen de sus facultades constitucionales y aquellas de rango constitucional que provienen del Poder Constituyente o reformador de la Constitución como órgano complejo, integrado por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, las primeras con base en los procedimientos y facultades contenidas en los artículos 71 a 73 de la Carta Magna y las segundas, conforme al procedimiento y las facultades conferidas al Órgano Revisor de la Ley Fundamental, por el artículo 135 de esta última. Esto es, en los citados artículos 103 y 1o., únicamente se consagra la procedencia del juicio de garantías en contra de leyes secundarias, entendidas como aquellas que resultan de la actuación del Congreso de la Unión, de las Legislaturas Locales y de los demás órganos constituidos encargados del ejercicio ordinario de la función legislativa y en contra de actos realizados por los propios Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.²⁸

No omitimos mencionar que en los últimos tiempos, la Suprema Corte se encamina hacia la procedencia del Amparo contra el

²⁸ Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XII, agosto de 2000. Novena Época. P. CXV/2000. p. 101.

procedimiento de reforma a la Constitución, por violación al principio de legalidad. Según se desprende del Amparo en Revisión 1334/98, hecho valer por Manuel Camacho Solís, así como en el Proyecto de Nueva Ley de Amparo de la Suprema Corte de Justicia, sustancialmente en su artículo 106 fracción I.

En nuestra opinión, estimamos sería saludable ya sea mediante la Acción de Inconstitucionalidad, o bien mediante el Juicio de Amparo, institución querida, arraigada en nuestro pueblo, de gran tradición jurídica, auténtica acción popular por sus principios rectores, reestructurando obviamente la Constitución, la Ley de Amparo, incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal para tal efecto, pudieran impugnarse las reformas a la Constitución, porque la amarga experiencia de los últimos años ha demostrado que las reformas al Código Supremo han sido desafortunadas, nos han alejado de un estado de derecho que deseamos, nos ha postrado en una grave crisis de estructura, con la consecuente carencia no tan sólo de satisfactores materiales, por la lacerante recesión económica que padece el pueblo mexicano, sino algo quizás más grave, falta de valores morales, una descomposición en todas las capas de la sociedad, que amenaza con estallidos sociales de irremediables consecuencias.

También resulta de suma importancia aludir a la debatida controversia en cuanto a que los particulares puedan ser oídos en respeto de la garantía de audiencia, que contempla el artículo 14 constitucional tratándose de normas de carácter general, en virtud de que la práctica judicial y la jurisprudencia han denegado en este caso dicha garantía, como se desprende de la ejecutoria denominada “AUDIENCIA GARANTÍA DE, FRENTE A LEYES AUTOAPLICATIVAS”, en la que en esencia se argumenta que el Amparo es improcedente porque las leyes y reglamentos son actos de soberanía, en los que no pueden participar los particulares conforme a los artículos 71, 72, 73 y 89 fracción I de la Constitución Federal; o sea, antes de la expedición de la Ley, el Legislador y el Ejecutivo no están obligados a oír en defensa al quejoso; en este último caso, el artículo 105 en comento, así como el artículo 60 de la Ley Reglamentaria, veda tal posibilidad, a diferencia de otros países, como en algunos de Europa, en Francia, que permiten cuestionar leyes antes de pu-

blicarlas, un control *a priori* de normas, ya que dicho precepto expresa:

Artículo 105...

II. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma ...”

Por otra parte, cabe advertir los peligros de conflictos, pugnas e intromisiones competenciales entre los órganos de Poder, incluso subordinación hacia el órgano de control constitucional; toda vez que la legitimación para hacer valer la acción de inconstitucionalidad queda en manos de los miembros del Congreso General en tratándose de leyes federales y del Distrito Federal expedidas por el propio Congreso; así como tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, en el primer caso corresponde al treinta y tres por ciento de la Cámara de Diputados, en el segundo, treinta y tres por ciento de la de Senadores, el mismo porcentaje de los miembros de las legislaturas de los estados, tratándose de leyes expedidas por la propia legislatura, y el mismo número de miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, actualmente Asamblea Legislativa, respecto de leyes de la misma; el titular del Ministerio Público Federal en leyes federales, locales, del Distrito Federal y tratados internacionales; llamando poderosamente la atención que los incisos a) al e) de dicha fracción II, omitan al Ejecutivo y su acto típico, los reglamentos, a pesar de tener efectos materialmente legislativos; y por otra parte que los tribunales judiciales no tengan dicha legitimación, como acontece en el Tribunal Constitucional Alemán, al conocer de la cuestión de inconstitucionalidad, en donde todo Tribunal de cualquier instancia, está legitimado para plantear el tema ante aquel²⁹.

Asimismo, es de resaltar la dificultad para lograr la declaratoria de inconstitucionalidad, en virtud de que se requiere ni más ni menos, que de ocho votos de sus once miembros, un número sumamente elevado para obtener dicha declaratoria, como lo señala la parte final de la fracción II del artículo 105 de la Constitución, así

²⁹ FAVOREU, *op. cit.* p. 164

como el artículo 72 de su Ley Reglamentaria, que desestimará la acción intentada si no se da la mayoría indicada³⁰.

De igual manera, es dable señalar que ni el artículo 105 Constitucional, ni su ley reglamentaria precisan quienes o quién tendrá la legitimación pasiva, o sea defender la Constitucionalidad del ordenamiento tildado de inconstitucional; ya que los artículos 61 y 63 de la Ley Reglamentaria solo mencionan los requisitos de la demanda, y dentro de estos señala los órganos que emiten el ordenamiento respectivo, así como la representación del Presidente de la República, respectivamente; en cambio, en la acción de inconstitucionalidad de Guatemala en donde el Ministerio Público será parte pasiva, por disposición expresa de la ley; a mayor abundamiento, que el artículo 102 Constitucional no dilucida esta cuestión, ya que sólo señala que el Procurador General intervendrá personalmente en las controversias y acciones del 105, pero no precisa con que carácter.

Otro problema surge, en cuanto a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, porque ni el 105 Constitucional, ni la ley reglamentaria precisan estos; los artículos 71, 72, en relación al 44 y 45 del ordenamiento legal invocado en segundo término, no aclaran si se anula y deja sin efectos en forma total, o parcial la ley, tratado internacional en cuestión, sin vigencia, si dejarán de surtir efectos desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación; en caso de leyes federales y tratados internacionales, tampoco precisa que situación prevalecerá en la declaratoria de inconstitucionalidad. Cuando se decrete la inconstitucionalidad de leyes o decretos del Congreso General, estimamos que se le debe comunicar a éste, (para que la Corte no derogue leyes, ni arrogue facultades legislativas), a fin de que apruebe un nuevo ordenamiento que derogue el tildado de inconstitucional; situaciones todas estas que se hace hincapié no precisan los numerales constitucionales y legales referidos, ya que el 71 retoma figuras que contempla el juicio de amparo, al hablar de la suplencia de los conceptos de invalidez (suplencia de la queja artículo 107 fracción II constitucional y 76 Bis de la Ley de Amparo) y corrección de los preceptos invocados (suplencia del error artículo 79 de la Ley de Amparo); el artículo

³⁰ Diario Oficial de la Federación de 11 de mayo de 1995.

lo 72 de la ley reglamentaria sólo se concreta a señalar que será declarada la invalidez de la norma impugnada si fuere aprobada cuando menos por ocho votos; en relación a los preceptos 44 y 45, vagamente alude el primero, que se insertará en el Diario Oficial la declaratoria de invalidez y en el órgano oficial en que se hubiera publicado; y el segundo, deja al arbitrio, a la discrecionalidad de la Suprema Corte cuando surten efectos las sentencias, concediéndoles efectos *ex tunc* en materia penal; o sea, refiriéndose a una cuestión meramente judicial diferente a la jurisdicción constitucional que refiere la fracción II del artículo 105 Constitucional.

Por último, el precepto constitucional en comento, en su parte final remite indebidamente a la fracción XVI del artículo 107 constitucional que se refiere al incumplimiento de las ejecutorias de amparo, ya que dicho párrafo final es del tenor siguiente:

Artículo 105.- ...

I.- ...

II.- ...

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.

El artículo 107 en su fracción XVI, en sus primeros párrafos señala:

Artículo 107.- ...

I.- XV.- ...

XVI.- Si concedido el Amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratarse de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la Autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados.

Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición

del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Igualmente el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia de Amparo, siempre que la naturaleza del acto lo permita³¹.

A nuestro juicio resulta desafortunada la remisión que hace el artículo 105 párrafo final respecto al incumplimiento de las sentencias de la acción de inconstitucionalidad; porque en primer término, el orden constitucional no está sujeto a excusas, debe cumplirse en forma lisa y llana; en segundo, en materia político constitucional, en controversias entre entes públicos soberanos, no cabe el interés meramente patrimonial, por ende no es dable pago sustituto alguno, ni puede dejarse al arbitrio, a petición de los poderes públicos pedir dicho pago como si se tratara de controversias entre particulares, subordinándose el interés público, el orden constitucional a los intereses meramente patrimoniales; además, jurídicamente no es aceptable la situación que contempla el párrafo final que se cuestiona, ya que el Juicio de Amparo versa sobre hechos concretos, en donde se ventilan controversias entre los particulares y el poder público, al afectarse los derechos constitucionales de aquellos, y la acción que se estudia, sobre normas, cuestiones abstractas, generales. Por otra parte resulta interesante señalar que jurídicamente no tenía vigencia la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución Federal, no tenía aplicación por disposición del constituyente permanente, la fracción aludida entraría en vigencia hasta que entraran en vigor las reformas a la Ley de Amparo, al establecerlo así el artículo noveno transitorio de la Reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1994, enmiendas a la Ley de Amparo que se dieron y entraron en vigor, hasta el 17 de mayo de 2001, siete años después;³² por lo que la remisión que establece el último párrafo del artículo 105 en estudio fue falta de prestancia jurídica.

³¹ Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1994.

³² Diario Oficial de la Federación de 17 de mayo de 2001.

Por todo lo anterior, es innegable que el Juicio de Amparo hoy por hoy, es un medio popular de mantener el orden constitucional, incluso la legalidad protegiendo garantías individuales, a diferencia de otros sistemas jurídico-constitucionales que cuentan con instituciones a la que no tienen acceso los particulares, que revisten una gran complejidad jurídica, política, económica y administrativa; de ahí, que siempre he sostenido que reestructurando tanto al Poder Judicial Federal, como nuestra institución de Amparo, reformando para tal efecto la Constitución, la ley de la materia, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de manera acorde con las circunstancias socio-económicas, políticas, hasta culturales, y sobre todo tomando en cuenta nuestra idiosincrasia, para lograr un Juicio de Amparo más social, lograremos vivir en un auténtico Estado de Derecho; medio de defensa que pudiéramos encontrarle ventajas sobre otros sistemas jurídicos constitucionales, incluso sobre la acción de inconstitucionalidad adoptada aquí en México, ventajas que se deben en gran parte a los principios constitucionales que rigen al Juicio de Garantías, que han permitido que sea un instrumento de defensa accesibles para los gobernados, ventajas que nos abstengamos de emitir al respecto, porque rebasaría los límites de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Burgoa Ignacio, “Las Garantías Individuales”; Ed. Porrúa, 2001.
2. Burgoa Ignacio. “El Juicio de Amparo”; Ed. Porrúa, 2002.
3. Favoreau L. y otros. “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales”. Ed. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
4. Fix Zamudio Héctor. “Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos”. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.
5. García Laguardia J. Mario. “La Defensa de la Constitución”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1983.
6. Marquet G. Porfirio. “La Estructura Constitucional del Estado Mexicano”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 1975.
7. Silva Ramírez Luciano. “Análisis Jurídico Político de la Supremacía Constitucional y el Sistema de Control Judicial en México”. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, UNAM, 1987.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Ley de Amparo, Ed. Porrúa, México, 2006.
3. Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
4. Constitución del Perú.
5. Código Procesal Constitucional Peruano de 2004.
6. Constitución de Guatemala
7. Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala.

TESIS Y JURISPRUDENCIA

1. Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1983.
2. Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1984.
3. Apéndice de Jurisprudencia, parte Común, Pleno y Salas.

OTRAS PUBLICACIONES

1. Diario Oficial de la Federación de 20 de mayo de 1986.
2. Diario Oficial de la Federación de 10 de agosto de 1987.
3. Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1994.
4. Diario Oficial de la Federación de 11 de mayo de 1995.
5. Diario Oficial de la Federación de 22 de agosto de 1996.
6. Diario Oficial de la Federación de 17 de mayo de 2001.

FINANCIAMIENTO PÚBLICO A PARTIDOS NACIONALES EN EL ÁMBITO ESTATAL

Saúl E. Rodríguez Camacho*

Introducción

El financiamiento público a los partidos políticos, como prerrogativa constitucional conferida a éstos para el cumplimiento de sus fines, ha sido y seguirá siendo un tema de relevancia general por el interés que trae consigo el manejo de los recursos públicos, y la efectividad o falta de la misma en cuanto a su uso. Esto, porque en grado considerable se trata del dinero que la población aporta para el sostenimiento del Estado vía impuestos y demás contribuciones de ley.

Sin duda alguna, uno de los aspectos más representativos en la búsqueda del poder es lo referente al dinero aplicado para obtenerlo, pues quien cuente con mayores recursos se encontrará en una posición preponderante, o al menos, con mejores probabilidades de acceder al mismo. Luego, el más pudiente económicamente se situará ante circunstancias que le darán una proyección más generalizada, misma que puede ser, en gran medida, determinante en la celebración de elecciones populares.

Pues bien, el sistema de partidos políticos de nuestro país, y en específico lo relativo al financiamiento de los mismos, tiende –o mejor dicho, busca– que dichos entes de interés público cuenten de manera equitativa con los elementos necesarios para llevar a cabo sus actividades, cuidando siempre –por disposición constitucional– que prevalezcan los recursos públicos sobre los privados.

* *El autor es secretario auxiliar en el Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua desde enero de 2003, adscrito a la ponencia del Magistrado Presidente, José Rodríguez Anchondo.*

Así, la constitucionalización de los partidos políticos de 1977 en nuestro país tuvo, entre otros objetivos, consagrarlos como entidades de interés público que tuvieran como finalidad el fomentar la participación de la ciudadanía en la vida democrática del país; contribuir a la integración de la representación nacional; hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público; y transparentar a través de la regulación legislativa el funcionamiento de los mismos.

Resulta notable pues, que siendo los partidos políticos entidades de interés público de importancia trascendental para una representación plural en los sistemas democráticos, es dable también apreciar en el financiamiento público cuatro razones expuestas por José Woldenberg que lo justifican: “transparentar el origen de los recursos, garantizar la independencia de los partidos, contar con condiciones adecuadas de equidad en la competencia, y evitar la tentación de acudir a fuentes ilegítimas de financiamiento.”¹

Por su parte, Javier Patiño Camarena dice que, siendo cierto que la celebración de elecciones implica un gasto considerable, incluyendo el financiamiento de los partidos, “resulta preferible que se gaste en el fortalecimiento de las instituciones democráticas y republicanas a cualquier ahorro que pueda generar una atmósfera dictatorial”.²

En el Diario de Debates del Congreso de la Unión, de 6 de octubre de 1977, en relación a la reforma constitucional en comento, se afirma que: “el carácter de interés público que la iniciativa reconoce a los partidos hace necesario conferir al Estado la obligación de asegurar las condiciones para su desarrollo y de propiciar y suministrar el mínimo de elementos que éstos requieran en su acción destinada a recabar adhesión ciudadana”³ (Diario de los Debates, 6 de octubre, 1977, p. 106).

Luego, es con base en la reforma en comento que nace el sistema de financiamiento que, después de la evolución que ha sufrido

¹ Cfr. *Relevancia y actualidad en la contienda*, Woldenberg K., José, Dinero y contienda político-electoral, Carrillo, Manuel y otros, coordinadores, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., 2003, p. 20.

² Cfr. Patiño Camarena, Javier, *Nuevo derecho electoral mexicano*, México, IFE, 5ª ed., 1999, p. 339.

³ Alcocer, Jorge V., *Dinero y partidos*, México, Nuevo Horizonte Editores, 1ª ed., 1993, p. 82.

hasta nuestros días, permite distinguir, como lo señala el maestro Héctor Fix-Zamudio, entre varias modalidades de financiamiento: a) financiamiento público; b) por la militancia; c) de simpatizantes; d) autofinanciamiento; y e) por rendimientos financieros, fondos y fideicomisos.⁴ De la clasificación anterior se puede hablar de una más genérica, la del financiamiento público, sobre el cual se centra el presente trabajo, y financiamiento privado o de fuente diversa al erario público, que comprende los incisos marcados del b) al e).

En este punto resulta importante resaltar que el suministro de los elementos mínimos que los partidos requieren para su funcionamiento, entiéndase prerrogativas, y entre éstas el financiamiento, busca la generación de igualdad de oportunidades entre dichos institutos -guardadas las proporciones-, para acceder al poder. Lo que significa que todos los institutos políticos constituidos legalmente tengan garantizada la obtención de dichos elementos, para estar así en aptitud de participar en la vida democrática del país. Luego, lo anterior implica la posibilidad de buscar la adhesión de la ciudadanía en la búsqueda del poder público, a través de los cargos de elección popular, llevando a cabo las actividades inherentes y permitidas por las leyes de la materia.

Desde esa tesitura, propósito del Estado mexicano ha sido, procurando no intervenir en la vida interna de los partidos políticos, el establecer en la legislación electoral -con fundamento en el artículo 41 de la Constitución Federal- todo lo referente a la figura del financiamiento de los partidos. Dicha circunstancia, como lo señala Francisco José De Andrea Sánchez⁵, se justifica por diversos problemas que se presentan en los hechos, como son: a) los escándalos políticos; b) una preocupación por dotar de principios éticos y morales a la política; c) los crecientes gastos de las campañas políticas necesarias para acceder a los cargos populares en un mundo de creciente complejidad tecnológica y mediática; d) la influencia perniciosa de la delincuencia organizada en las actividades políticas contemporáneas, y; e) la existencia de grandes capitales corporati-

⁴ Cfr. Fix-zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1ª ed. 1999, pp. 634.

⁵ De Andrea Sánchez, Francisco José, *Los partidos políticos. Su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política*, México, UNAM, 1ª ed., 2002, pp. 239.

vos o individuales que buscan favorecer sus intereses económicos a través de contribuciones desproporcionadas a las campañas y partidos políticos.

Ante ese escenario, el autor en cita señala que los países democráticos contemporáneos han optado por utilizar herramientas o mecanismos para contrarrestar los problemas mencionados, que buscan, esencialmente:⁶

1. La limpieza y transparencia del proceso político-electoral y de las campañas electorales.
2. Detener y revertir la escalada de gastos.
3. Reducir la competencia desleal o injusta entre partidos y candidatos.
4. Disminuir cualquier influencia excesiva de los contribuyentes sobre los políticos.
5. Impedir la supeditación de los tres poderes constituidos a los intereses de la delincuencia organizada.
6. Salvaguardar la soberanía nacional.

Por lo que toca a la regulación del financiamiento a los partidos políticos -como mecanismo de control a los problemas enunciados-, las legislaciones han establecido medios o herramientas que generen transparencia en la utilización de los recursos económicos que reciben, los cuales, a juicio del mismo autor son⁷, entre otros:

1. Presentación periódica de informes contables sobre las finanzas partidistas.
2. Auditorías respecto los informes financieros.
3. Límites a las contribuciones a candidatos, partidos o entidades parapartidarias.
4. Topes o techos sobre gastos de partidos y de campañas.
5. Prohibición de donaciones o regalos provenientes de ciertas fuentes.
6. Restricción sobre cierto tipo de actividades de campaña.
7. Incentivos fiscales.
8. Sanciones a las violaciones de las normas referentes al financiamiento de los partidos políticos.

⁶ *Op. cit.*, pp. 239-240.

⁷ *Ib ídem.*, pp. 240-241.

9. Regulación al financiamiento público de los partidos políticos.

Obvio resulta que, además de los mecanismos que se citan como control al financiamiento de los partidos, previamente las legislaciones han fijado una serie de derechos y obligaciones a dichos entes, para que en su ejercicio y cumplimiento respectivamente, sean favorecidos con las prerrogativas que las leyes establecen, entendida dentro de éstas la correspondiente al financiamiento público y privado.

Sobre la justicia y la equidad

Previo al análisis que se pretende realizar en el presente trabajo, se considera trascendental detenerse a tomar en consideración el siguiente aspecto: al establecer la Constitución Federal en su artículo 41 que la ley garantizará que los partidos políticos cuenten de manera equitativa con elementos para llevar a cabo sus actividades, surge de manera significativa el concepto de equidad. Así, resulta de interés reflexionar sobre la teoría de la justicia; pues ya desde hace más de dos mil años Aristóteles señaló que “lo justo y lo equitativo son lo mismo”⁸; aunque, ciertamente, decirlo sólo así limita en gran medida la base conceptual.

Pues bien, partiendo de los cimientos aportados por Aristóteles en el Libro V de su *Ética Nicomaquea*, se aprecia en un inicio el planteamiento del hombre justo y el injusto. Igualmente, el filósofo de Estagira habla de la justicia en dos sentidos, una universal, como la suma de todas las virtudes o la virtud entera reflejada en el actuar del hombre; y la justicia particular o fruto de las relaciones entre las personas –a la cual se ceñirá el presente estudio-. Sostiene entonces, que lo justo es lo legal y lo igual (salvo la existencia de una ley aparentemente injusta), y por tanto, que será injusto el trasgresor de la ley, el codicioso o desigual, y justo el que respeta la ley y la igualdad o equidad⁹.

Se debe precisar, siguiendo al jurista y filósofo mexicano, Eduardo García Máynez, que el término “ley” (nomos) utilizado por el

⁸ *Ética nicomaquea*, trad. Rafael Rutiaga, Grupo Editorial Tomo, 1ª ed., México, 2003, p. 117.

⁹ *Ib ídem*, pp. 95-99.

Estagirita se refiere más que en términos jurídicos, a cualquier tipo de normas, como la ley propiamente dicha, los convencionalismos sociales, las reglas del decoro, formas de vida, es decir, cualquier regla que implique orden¹⁰.

Ahora bien, tratándose de la justicia particular, Aristóteles discernió dos especies¹¹: una distributiva, referente a los miembros de la República, cada uno de los cuales puede recibir más o menos que los otros; y otra correctiva -restauradora, rectificadora o conmutativa-, en relación con las transacciones o conmutaciones privadas. Con lo anterior, llega el filósofo a plantear, respecto a la justicia distributiva, que la igualdad será la misma para las cosas que para las personas. Así, si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. Y por lo que toca a la correctiva, se deberá tomar la diferencia del daño sufrido y tratar a las partes como iguales, atendiendo sólo a si uno cometió injusticia y otro fue objeto de ella.

Ampliando lo expuesto, Aristóteles explica respecto a la justicia distributiva que lo justo es algo proporcional y lo injusto estará fuera de proporción, en mayor o menor medida, pues dicha justicia se refiere a cosas comunes, pero de acuerdo a proporciones. En cuanto a la correctiva, señala que siempre que el daño pueda ser medido habrá una pérdida para uno, y una ganancia para el otro, entonces el medio es lo igual o justo, y por tanto, se igualará con el castigo¹².

En cuanto a lo que la justicia distributiva presupone, García Máynez,¹³ sistematizando a Aristóteles señala:

- a) la existencia de lo repartible entre los miembros de la comunidad;
- b) la instancia encargada de hacer la distribución; y
- c) el criterio que, de ser observado, determinará la rectitud del acto distributivo.

Por lo que respecta a la justicia correctiva o rectificadora, dicho autor aduce también que tiene como fin corregir lo que en las relaciones entre personas debe ser, por contrario a la igualdad, rectificado o corregido.¹⁴

¹⁰ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 15 a ed., 2005, p. 441.

¹¹ *Op cit.*, pp. 101.

¹² *Ib ídem*, pp. 102-104.

¹³ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 15 a ed., 2005, p. 441.

¹⁴ *Ib ídem*, pp. 441.

Como es de imaginarse, sólo de la simple apreciación de los conceptos y los presupuestos de cada una de las justicias que luego de veinte siglos siguen siendo consideradas, es la justicia distributiva la que siempre ha generado mayores problemas. El “principio formal de justicia”, que desde la época del Estagirita ha sido sustentado, de que si los sujetos no son iguales, no recibirán cosas iguales, y su colofón de que los iguales deben ser objeto de un trato igual y los desiguales de un trato diferente, pero proporcionado a su desigualdad; es el principal problema a dilucidar, ya que dicho principio o norma de tratamiento¹⁵ carece de contenido cierto, esto es, de parámetros de aplicación.

En efecto, el principio en mención señala que cuando haya igualdad habrá trato igual, y en caso de presentarse desigualdad, el trato deberá ser desigual, medidas las proporciones; sin embargo, no establece cuándo habrá igualdad y cuándo desigualdad, generándose así el principal problema de la justicia distributiva. Surge entonces, como lo dice García Máynez¹⁶, la necesidad de establecer un criterio comparativo para la determinación de la igualdad o desigualdad, misma que nacerá -señala dicho autor-, con referencia a los méritos de los sujetos, pues efectivamente, sin un criterio de comparación no habrá norma de tratamiento.

De igual manera, para que el criterio comparativo se active se requiere de una pauta de valoración¹⁷, es decir, encontrado el punto que servirá de base para establecer la igualdad y desigualdad de los sujetos, deberá establecerse una base axiológica que le dé contenido, y así, tener por actualizada la norma de tratamiento.

Como presupuesto de la comparación debe tenerse el punto o el respecto sobre el cual hay semejanza, pues la igualdad es con referencia a ciertas cosas. Así, la cuestión a considerar es, ¿sobre qué aspectos debe ponerse especial atención para ejecutar el criterio comparativo?, pues de la respuesta a dicha pregunta depende la determinación -como lo expresa el maestro García Máynez-, de cuáles notas son relevantes jurídicamente¹⁸, ya que no cualquier nota

¹⁵ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, p. 444.

¹⁶ Cfr. *Ib ídem*, p. 444.

¹⁷ Cfr. *Ib ídem*, p. 445.

¹⁸ Cfr. *Op cit.*, p. 468.

sobre las que haya semejanzas o lo anverso será importante para la justicia distributiva, pues la atención sobre un punto irrelevante, sin duda, llevaría a una distribución injusta. Esto plantea, consecuentemente, una tarea de discernimiento que debe encontrar su fundamento en juicios de valor, los cuales pueden diferir de circunstancias referentes a la justicia, sin que ello implique que se trate de algo injusto, puesto que todo valor tiene un grado de validez según el contenido que le dé su realización. Es por ello que el autor en cita expone que:

La validez de las normas jurídicas depende, pues, de que sea posible fundarlas en el juicio de valor que atribuye un predicado axiológico positivo a la conducta cuya realización esas normas exigen, ya de un sujeto, ya de todos los de cierta clase. El problema básico de la teoría de la justicia no consiste en determinar la igualdad o la diferencia de los casos de aplicación de los diversos preceptos, sino en establecer, relativamente a situaciones concretas de la experiencia jurídica, qué consecuencias de derecho tales situaciones deben producir.¹⁹

Siguiendo con la presente conceptualización, resulta de gran relevancia hacer referencia a lo que John Finnis dice acerca de la justicia en su obra “Ley natural y derechos naturales”, pues lleva a cabo una gran operación intelectual capaz de reducir a lo práctico las manifestaciones de la justicia distributiva o “función de conducta justiciera” distributiva, como le define García Máynez²⁰, con lo cual se obtiene mayor claridad en los conceptos y en su ejecución.

Primeramente, Finnis juzga que la exigencia de justicia prevé un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica, que existen en razón de que las personas deben buscar realizar y respetar los bienes humanos, no simplemente en su propio beneficio, sino también con proyección a la comunidad.²¹

Luego, siguiendo también al filósofo de Estagira en cuanto a la existencia de una justicia particular, que tiene que ver en las relaciones interpersonales, Finnis propone tres elementos esenciales del concepto de justicia²²:

¹⁹ *Ib ídem*, p. 471.

²⁰ Cfr. *Ib ídem*, p. 444.

²¹ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1ª ed., 2000, p. 191.

²² Cfr. *Ib ídem*, p. 191-192.

1) *Orientación hacia otro*, pues efectivamente, la actualización o surgimiento de la justicia es cuestión interpersonal, es decir, en cuanto a las relaciones entre las personas;

2) *El deber*, en cuanto a lo que le es adeudado o debido a otro, o sea, a su vez, aquello a lo que otra persona tiene derecho;

3) *Igualdad*, a la que se hará referencia con base en lo dicho por Aristóteles, esto es, la proporcionalidad –lo justo es proporción–.

Cuando se refiere a la justicia en general, como lo hace Aristóteles entendiéndola como la virtud entera, Finnis encuentra que es una voluntad práctica de promover el bien común de las personas –que es el bien de cada uno de los miembros de la comunidad–. Señala además, que la teoría de la justicia es aquella de lo que en líneas generales se requiere para lograr ese bien común.

Al tratar lo referente a las especies de justicia, habla también de una justicia distributiva, y de una justicia conmutativa. Esta última más amplia que la correctiva considerada por Aristóteles, pues no sólo se refiere a la reparación o corrección por el daño causado a otro, sino que también tiene aplicación a las conmutaciones o tratos entre personas²³, en los que no necesariamente hay un abuso o daño.

En su análisis de la justicia distributiva –especie a la que se presta más atención a propósito del presente trabajo–, encuentra que su aplicación se justifica por las dificultades que surgen en la distribución de recursos, oportunidades, beneficios y ventajas, roles y cargos, responsabilidades, impuestos y cargas, etc. A todo lo anterior, sistematizando a Aristóteles, le denomina “acervo común”.²⁴ Luego, una disposición será justa para efectos distributivos, si aporta una solución razonable a un problema de asignación respecto a un aspecto del acervo común que debe ser conferido o proporcionado a individuos particulares. Por consiguiente, el problema es el mismo que se comentó antes, ¿a quién y bajo qué condiciones se debe hacer la asignación?

Pues bien, para dar repuesta a la interrogante, Finnis sugiere una serie de criterios²⁵ principales para dar contenido a lo que con

²³ Cfr. *Ib ídem*, p. 207.

²⁴ Cfr. *Op cit.*, p. 196.

²⁵ Cfr. *Ib ídem*, p. 203.

García Máynez se denominó criterio comparativo para la norma de tratamiento o principio formal de justicia, esto es, aquellos que fundamentarán la comparación entre los sujetos y que darán como resultado la determinación de proporciones. Criterios que son los siguientes:

- *La necesidad*, referente a la realización de bienes humanos básicos;
- *La función*, es decir, la necesidad respecto de los roles y responsabilidades en la comunidad;
- *La capacidad*, no sólo de los roles en las empresas comunes, sino también de las oportunidades para el progreso individual;
- *Los méritos y los aportes*, sea que deriven del sacrificio propio o del uso meritorio del esfuerzo y la habilidad; y
- *La creación o previsión y aceptación de riesgos inevitables*.

Ahora, ante la disyuntiva de encontrar el criterio comparativo y el juicio de valor que es necesario imprimirle para que encuentre contenido la norma de tratamiento, en la opinión de Finnis, los criterios propuestos pueden ser un auxiliar de considerable importancia, sin que deba pensarse que la aplicación de uno sea excluyente de otro. Como se podrá observar, estos criterios son a lo que García Máynez hacía referencia en cuanto a la validez de las normas, que es encontrada en la emisión de juicios de valor (de contenido incluso diverso a lo que podría ser considerado como lo justo en sentido estricto) como lo son la necesidad, la función, la capacidad, etc.

En adición a lo anterior -y por ser merecedora de particular atención al presente trabajo-, por lo que atañe a la equidad o igualdad en la teoría de la justicia, si se hace referencia primeramente a Aristóteles, se encuentra que, en su opinión (con independencia de la frase del propio Estagirita que se apuntó al inicio de este apartado), éstas no son idénticas, pues expone que:

... lo equitativo, siendo efectivamente mejor que cierta justicia, es justo; y por otro lado es mejor que lo justo no porque sea de otro género. Por consiguiente, lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos, lo equitativo es mejor.²⁶

²⁶ *Ética nicomaquea*, p. 117.

Así, cuando se refiere el filósofo griego a que lo equitativo es mejor a cierta justicia, se refiere a lo justo legal, o justicia por disposición de ley (entendida como cualquier regla de conducta, tal y como se mencionó antes). En virtud de que la ley, por ser general, puede incurrir en error, mismo que no es imputable al legislador o a la norma, sino a las circunstancias del caso o hecho concreto. Por tanto, lo equitativo es mejor que cierta justicia –la de la ley- porque es una corrección de lo justo legal, y por ello es en verdad justo.²⁷

Sobre el mismo tópico, Finnis señala que la igualdad es un elemento fundamental de la justicia, y por tanto, de la justicia distributiva, pues todos los miembros de una comunidad tienen igualmente derecho a una consideración respetuosa cuando surge el problema de la distribución.²⁸ Luego, en los problemas de justicia distributiva, la igualdad es un principio residual, pues el objeto de la justicia no es la igualdad, sino el bien común, que no es otra cosa que la realización de todos los miembros de la comunidad.

Se tiene entonces que aunque como resultado de una operación de abstracción, se puede llegar a pensar que lo equitativo o lo igual son lo mismo que lo justo -pues lo corrige en su especie de lo “justo legal”-, no son cosas idénticas.

En adición a lo anterior, resulta pertinente mencionar que Finnis, en la obra citada²⁹, expone lo que en 1518 sugirió el Cardenal Cayetano en su Comentario a la Summa Teológica de Tomás de Aquino, pues estableció, en vez de las dos formas clásicas de justicia, tres especies, como sigue:

- *Justicia legal*, que se orienta de las partes hacia el todo;
- *Justicia distributiva*, que orienta el todo hacia las partes; y
- *Justicia conmutativa*, que orienta a las partes entre sí.

Un tiempo después, la interpretación del Comentario llegó a lo siguiente: el todo es el Estado, y las partes los ciudadanos. Lo anterior encontraba su fundamento en el hecho de que al Estado le correspondía la distribución del acervo común al contar con la atribución exclusiva de crear leyes. Interpretación que, cabe añadir, cons-

²⁷ Cfr. *Ib ídem*, pp.118.

²⁸ cfr. op cit., pp. 202.

²⁹ Cfr. Op cit., pp. 213-214.

tituye un aspecto limitante para la justicia distributiva, ya que si se atendiera a lo que por ley entendía Aristóteles, se encontraría que dicha clase de justicia es responsabilidad de todo miembro de una comunidad, sin que sea falso que en muchos de los casos es el Estado el encargado de la misma, incluso de manera subsidiaria si es en aplicación de una norma.

Así entonces, luego de las consideraciones anteriores y en aplicación de las mismas, tenemos que, en tratándose de financiamiento público a los partidos políticos, al versar respecto a fondos del erario estatal, será el Estado quien tenga la atribución de operar conforme a justicia, y aplicar los criterios comparativos de la norma de tratamiento para la distribución y asignación de los mismos. Esto nos hace llegar a la conclusión de que se trata principalmente de una cuestión de justicia distributiva. De igual manera, los recursos que hayan de otorgarse a cada instituto político conformarán el acervo común, y, siguiendo el referente marcado por el artículo 41 de la Constitución Federal, para que los partidos políticos cuenten con recursos de manera “equitativa” o justa, se atenderá a proporciones –por ser ello lo justo-.

Dichas proporciones entran en juego por las diferencias que se aprecian entre cada partido político, esto es, habrá trato desigual a los desiguales; pero, ¿sobre qué aspecto se va a establecer la diferencia de las partes?. Es en este punto donde cabe aplicar los criterios propuestos por Finnis y que ya arriba se han señalado. Luego, para saber cuál debe ser el criterio pertinente en la especie, es menester que se recuerde lo que dispone la Norma Suprema en el multicitado artículo 41, fracción I, segundo párrafo:

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Sólo los ciudadanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos.

Así, en una interpretación gramatical, si sencillamente se susti-

tuyera en la transcripción anterior el término “fin” por “función” se tiene que no hay distingo entre éstos, pues el precepto constitucional se refiere a la finalidad o propósito de los partidos políticos en el desempeño de sus actividades, es decir, encontramos una sinonimia, y lógicamente, la consecución de un fin o propósito es realizada a través de una función; se trata entonces de una cuestión de semántica. Sin embargo, la solución no siempre será tan sencilla como resulta de esta clase de interpretación.

Se tiene pues que la “función” de los partidos políticos es promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al poder público.

Ahora, del texto del mismo precepto constitucional, se aprecia que el financiamiento público forma parte de los elementos que de manera “equitativa” –entiéndase proporcional según lo antes asentado- debe garantizar la ley a los partidos políticos para el cumplimiento de sus fines. En seguida, la norma en cita desarrolla los parámetros para establecer las proporciones sobre las cuales se habrá de distribuir o asignar el financiamiento público. Dichos parámetros, que se desarrollan con mayor precisión en la ley reglamentaria, se refieren al número de votos obtenidos por cada partido político en la elección de diputados al Congreso de la Unión inmediata anterior, donde quien mayor número de votos haya obtenido, mayor proporción del acervo común tendrá asignado -en la inteligencia de que de igual forma también se establece un mínimo, pues así opera la proporcionalidad-. Esto es, el que obtenga mayor representación en el órgano legislativo, por haber tenido un mayor acceso de los ciudadanos al poder, será quien mejor desarrolló su función, o sea, cumplió en mayor medida con el fin atribuido.

Con la medida de la votación mencionada se establecerán entonces las proporciones, es decir, será el criterio comparativo para que tenga contenido la norma de tratamiento. En otras palabras, como antes se dijo, la medida de la votación es el reflejo del cumplimiento proporcional de su función, que como criterio de aplicación para la justicia distributiva se representa en la satisfacción de la

necesidad respecto de los roles y responsabilidades en la comunidad, en este caso, la de los partidos políticos.

Se concluye entonces, respecto a la justicia distributiva en el financiamiento público a los partidos políticos, que será el criterio de la función el que sirva de comparativo para la asignación o distribución del acervo común. Y en cuanto a la equidad, se debe entender pues, en base a lo expuesto, que la misma operará en la rectificación que se haga de la norma general ante el hecho concreto, que, como se sabe, será cuestión que corresponda a los tribunales, quienes tienen la atribución de aplicar la ley a las situaciones concretas.

Ciertamente, debe precisarse también que previo a la aplicación del criterio de la función en la distribución del acervo común (recursos públicos para el financiamiento), debe emplearse también el de la necesidad. Esto en virtud de que los partidos políticos deben ser acreedores de manera previa, y por su sola constitución –al menos en materia federal-, a un financiamiento igual para todos que les permita realizar sus actividades ordinarias (artículo 49, numeral 7, inciso a), fracción V, primer guión, del Cofipe). Luego, posteriormente a la asignación que podríamos denominar “base”, cabe aplicar el criterio de la función, por el cual se establecen las proporciones.

Resulta conveniente en este punto, a manera de aclaración, mencionar que no obstante el marco conceptual descrito en este apartado, y en específico lo concerniente a la “equidad”, los tribunales federales –la Sala Superior en aplicación de criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación- han equiparado el término a su género “justicia” o de igual modo, a la “igualdad de oportunidades”. Por lo tanto, para efectos expositivos, y con el fin de no entorpecer la lectura en aclaraciones o en un cuestionamiento por el uso del término equidad, se utilizará éste como lo han delimitado las autoridades jurisdiccionales en cita, únicamente con el comentario que lo rectifique cuando se estime en verdad necesario. De cualquier modo, se consideró prudente haber expuesto el presente apartado por permitir llegar a las conclusiones personales de este trabajo, las cuales, a final de cuentas, también serán cuestionables bajo el escrutinio del lector.

Regulación vigente y posibles vulneraciones al sistema federal

Tomando en cuenta que el sistema federal bajo el cual se rige el Estado mexicano, implica una distribución de competencias de autoridad, a saber: federales o centrales y estatales o locales –sin entrar en debate respecto al municipio u otras instancias que intervengan en dicha distribución competencial-; luego, será en cada uno de dichos ámbitos donde se regule lo que constitucionalmente les corresponda, pudiendo existir coincidencia en algunas facultades, mismas que serán objeto de aplicación según la esfera competencial del Estado.

Una materia que presenta coincidencia en los ámbitos federal y estatal, como consecuencia de la regulación que debe encontrarse garantizada en cumplimiento a la fracción IV del artículo 116 constitucional -esto en materia electoral-, es lo referente al financiamiento público a los partidos políticos, ello con el fin de garantizar su sostenimiento y de realizar las actividades tendentes a obtener el voto ciudadano. Lo establecido en dicho precepto no implica un señalamiento para los estados de las bases o reglas para el financiamiento público de los partidos por parte de la federación, sino que dicha regulación fue delegada a los estados como entes autónomos, quienes tienen la atribución de hacerlo de la manera que estimen más conveniente, siempre y cuando se cumpla el principio de equidad –o igualdad de oportunidades, como cuestionablemente lo han entendido los tribunales federales-, lo que es necesario para una participación partidista en condiciones favorables para el cumplimiento de sus fines.

Como se observa entonces del contenido del antes citado artículo 41, fracción I, de la Constitución de la República, los partidos políticos nacionales tienen derecho a participar en las elecciones estatales y municipales; sin embargo, considerando que nos encontramos dentro de un régimen o sistema federal, cuando un partido político nacional, en ejercicio de dicho derecho consagrado constitucionalmente, participe en elecciones locales, deberá estarse a la regulación electoral de la entidad de que se trate (lo contrario implicaría una vulneración al sistema bajo el cual se rige el Estado

mexicano), y por tanto, deberá recibir el mismo tratamiento que los partidos políticos estatales, en aras de preservar el principio de equidad, que se traduce en la ya comentada igualdad de oportunidades en la contienda comicial.

Ahora bien, a manera de ejemplo, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, en su artículo 27, señala que los partidos políticos recibirán en forma equitativa, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales y en los términos que la ley establezca, recursos del erario público estatal para su sostenimiento, y para que cuenten durante los procesos electorales (locales) con apoyos para sus actividades tendientes a la obtención del sufragio universal; circunstancia que constituye el cumplimiento por parte del ordenamiento local a lo establecido en el artículo 116, fracción IV de la Constitución Federal.

En concordancia con lo anterior, la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, en el artículo 36, señala que son derechos de los partidos políticos nacionales y estatales, entre otros: “disfrutar de las prerrogativas y recibir el financiamiento que les corresponda en los términos de la presente Ley, la cual garantizará que el financiamiento público, prevalezca sobre el de origen privado”.

Por otra parte, el artículo 38 de la legislación electoral del Estado de Chihuahua, que señala las prerrogativas de los partidos políticos durante el proceso electoral -obviamente incluidos los nacionales por disposición expresa del artículo 36 antes reseñado-, establece como tal la de participar anualmente del financiamiento público estatal para el ejercicio de sus actividades políticas en el Estado, en la forma y términos previstos en la Ley. Se observa entonces, que la legislación electoral local, al contemplar la posibilidad de que partidos políticos nacionales participen en elecciones estatales por el derecho conferido constitucionalmente para tal efecto, establece para éstos el mismo tratamiento que el correspondiente a los partidos estatales en cuanto a las prerrogativas conferidas legalmente.

En este punto, el artículo 40 de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua contiene la norma reguladora para el otorgamiento de financiamiento público, y enuncia como requisitos los siguientes:

1. La vigencia de su registro al 31 de diciembre del año anterior,

y

2. Haber obtenido por lo menos el 2% de la votación estatal emitida en la elección de diputados de mayoría relativa, en el proceso local inmediato anterior.

Por su parte, el artículo 39, numeral 12, de la legislación en comento, señala que los partidos políticos que participen por primera vez en un proceso electoral recibirán financiamiento público únicamente para actividades ordinarias permanentes, ello mediante los procedimientos que también establece el artículo 40 de la ley, en el cual se precisan los mecanismos de distribución del mismo; sin embargo, no se señala en el precepto primeramente mencionado, qué procederá en año no electoral respecto a los partidos que se encuentran en la situación prevista en el mismo, así como tampoco distingue entre partidos políticos nacionales o estatales, por lo que al tenor de las normas antes referidas, en interpretación armónica, se debe entender que incluye a ambos.

En diverso sentido, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, aplicable a los partidos políticos nacionales en el ámbito federal o central, señala el tratamiento a los partidos políticos de registro posterior a la última elección, al disponer en su artículo 49, párrafo 8, inciso a), que se le otorgará a cada partido político el 2% del monto que por financiamiento total les corresponda a los partidos políticos para el sostenimiento de sus actividades ordinarias permanentes, así como en el año de la elección una cantidad adicional igual para gastos de campaña. Además, el párrafo 9 del artículo en comento, señala que las cantidades a que se hizo referencia, serán entregadas por la parte proporcional que corresponda a la anualidad a partir de la fecha en que surta efectos el registro, y tomando en cuenta el calendario presupuestal aprobado para el año.

Como se ve, la legislación federal finca a favor de los partidos políticos de reciente creación –entiéndase de registro posterior a la última elección–, la obtención de la prerrogativa del financiamiento público aún en un año sin proceso electoral, regulando además que para el año de la elección, obtendrán una cantidad adicional igual para gastos de campaña.

Lo anterior pudiera prestarse a una interpretación dislocadora del sistema federal, pues como se ha evidenciado, el tratamiento que da la legislación del Estado de Chihuahua a los partidos de registro posterior a la última elección, citada a manera de ejemplo de lo que puede suceder en cualquiera de las entidades federativas, es distinto completamente a lo dispuesto por el Cofipe, y desde esa perspectiva, la expectativa de un derecho por parte de los partidos políticos nacionales, respecto al financiamiento público de las entidades federativas una vez que acudan a obtener su registro ante las mismas, se verá trastocado por los diversos sistemas establecidos en cada una de las legislaciones electorales de los estados.

Sin embargo, no debe entenderse que lo establecido en el Cofipe debe condicionar a las entidades federativas en el financiamiento público a los partidos nacionales, pues el ámbito local es autónomo, y como tal, cuenta con facultades suficientes para regular en su ámbito interior lo que le resulte conveniente, siempre que no vulnere lo establecido en la Constitución Federal.

Ahora bien, respecto a lo anterior surge un problema de principios que en materia electoral resulta de gran relevancia, en específico, el de equidad, entendido como igualdad de oportunidades; ello cuando se examina la situación en que eventualmente se podrían encontrar:

- partidos políticos nacionales de nueva creación o registro posterior a la última elección;
- partidos políticos nacionales que ya han participado en contiendas estatales con anterioridad;
- partidos políticos locales de reciente creación o registro posterior a la última elección; y
- partidos políticos locales con participación previa en elecciones.

En efecto, si se retoma lo establecido en la legislación electoral del Estado de Chihuahua, antes comentado, y en su aplicación a los partidos que se encuentren en las hipótesis que se mencionan, se obtendrá lo siguiente:

Tanto los partidos locales como nacionales con participación previa en elecciones estatales, se encontrarán en la misma situación

o circunstancia para el otorgamiento de financiamiento público por parte del erario público de la entidad federativa, mismo que se distribuirá conforme a las bases que para tal efecto establece el artículo 40 de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua antes comentado, en las cuales se consideran las proporciones de los montos a recibir según la representatividad en el electorado con base en la última elección de diputados por mayoría relativa, esto es, en aplicación de la justicia distributiva.

En lo que toca a los partidos políticos nacionales y locales con registro posterior a la última elección, según lo dispuesto por el párrafo 12 del artículo 39 ya citado con antelación, éstos tendrán derecho a financiamiento público la primera vez que participen en comicios estatales únicamente para gastos por actividades ordinarias permanentes. No se señala sin embargo, en adición a lo antes comentado respecto a ese precepto, qué derecho pudieren llegar a tener en año no electoral, aun y cuando en la práctica la autoridad electoral administrativa de la entidad (Instituto Estatal Electoral) ha negado el financiamiento en tales circunstancias, y ha interpretado la norma en el sentido de que los partidos de registro posterior a la última elección, sólo tendrán derecho a las ministraciones de financiamiento hasta el año de proceso electoral, sin que a la fecha existan precedentes jurisdiccionales con criterios interpretativos al respecto.

Desde la panorámica planteada se observa que, aún y cuando en el Estado de Chihuahua no se ha presentado impugnación en sede jurisdiccional (Tribunal Estatal Electoral) por parte de los partidos locales o nacionales con registro posterior a la última elección por la negativa a otorgarles financiamiento público en un año en que no se verifiquen comicios, la posibilidad se encuentra latente, y podría ser al menos por dos situaciones: por la negativa a otorgar financiamiento en año no electoral para actividades permanentes ordinarias; y, tratándose de año de proceso electoral, por negárseles el derecho a financiamiento para gastos de campaña, teniendo únicamente el correspondiente para actividades permanentes, como así lo señala la norma electoral local antes apuntada.

Resulta relevante en este punto citar la jurisprudencia de la

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, referente al principio de equidad, relacionado con el derecho a la prerrogativa del financiamiento público, la que ha señalado y precisado ciertos aspectos que, en concordancia con lo establecido en el artículo 116, fracción IV, inciso f), de la Constitución Federal, explicitan el mencionado principio.

Dicha jurisprudencia³⁰, de clave S3ELJ 10/2000, es del rubro y texto que a continuación se transcribe:

FINANCIAMIENTO PÚBLICO LOCAL. EL DERECHO A RECIBIRLO ES DIFERENTE PARA LOS PARTIDOS POLÍTICOS PARTICIPANTES EN UNA ELECCIÓN ANTERIOR QUE NO DEMOSTRARON CIERTA FUERZA ELECTORAL, RESPECTO A LOS DE RECIENTE CREACIÓN.—El artículo 116, fracción IV, inciso f) de la Constitución General de nuestro país, garantiza que las legislaturas locales otorguen financiamiento público a los partidos políticos, sin determinar criterios concretos para el cálculo del financiamiento público total que deberá distribuirse entre ellos, como tampoco la forma de distribución, cantidad o porcentaje que deba corresponder a cada uno de ellos, confiriendo al ámbito interno de cada una, la libertad para el establecimiento de las formas y mecanismos para su otorgamiento, con la única limitante de acoger el concepto de equidad, cuyo alcance se relaciona con el de justicia, tomando en cuenta un conjunto de particularidades que individualizan la situación de las personas sujetas a ella, de modo que el concepto pugna con la idea de una igualdad o equivalencia puramente aritmética; por eso, sus efectos se han enunciado con la fórmula de la justicia distributiva, relativa al trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Por tanto, en el concepto de equidad, se comprende el derecho igualitario de acceso al financiamiento público de los partidos políticos, así como el otorgamiento de este beneficio en función de sus diferencias específicas, como podrían ser, su creación reciente o bien, tomando en cuenta su participación en procesos electorales anteriores, y entre estos últimos, la fuerza electoral de cada uno. En consecuencia, quienes ya participaron en una elección anterior y no cubrieron ciertos requisitos, verbigracia la obtención de un determinado porcentaje mínimo de votación, se encuentran en una situación diversa respecto de los partidos que aún no han participado en proceso comicial alguno, y, por tanto, unos y otros merecen un trato diferenciado entre sí, pues existe plena justificación

³⁰ *Compilación Oficial de Jurisprudencia 1997-2005*, Tomo de Jurisprudencia, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2ª ed., 2005, pp. 131-132.

del no financiamiento a institutos políticos que no obstante haberlo recibido para una elección anterior, no demostraron tener la fuerza suficiente para seguir gozando de tal prerrogativa, cuestión diversa a la situación de los de nueva creación que, por razones obvias, han carecido de la oportunidad de probar su grado de penetración en la sociedad.

Pues bien, la jurisprudencia en cita fue el resultado de tres Juicios de Revisión Constitucional ante la Sala Superior del Tribunal Electoral (SUP-JRC-15/2000, SUP-JRC-16/2000, SUP-JRC-21/2000) en contra de actos del Tribunal Electoral del Estado de Colima, que confirmó los acuerdos de la autoridad administrativa electoral de dicha entidad, en el sentido de no otorgar financiamiento público al Partido Alianza Social.³¹

En aquella ocasión, la negativa de la autoridad electoral colimense se sustentó en un precepto del Código Electoral del Estado (55, fracción I) que señalaba que para tener derecho a la percepción de financiamiento público, se requería que los partidos políticos hubieren participado con candidatos propios en la elección inmediata anterior para Diputados locales por el principio de mayoría relativa, cubriendo cuando menos el 50% de los distritos electorales y el 1.5% de la votación total, sin prever el supuesto de partidos nuevos o registro posterior a la última elección.

Así, dentro de las resoluciones de referencia, el Tribunal Electoral Federal llevó a cabo una relación de los preceptos constitucionales tanto federal como local, que se refieren a las prerrogativas de los partidos políticos para el cumplimiento de sus fines como entidades de interés público, entre otros, la del otorgamiento a su favor de financiamiento con recursos del erario estatal.

Luego, con base en el principio de equidad, que según lo señala Javier Patiño Camarena³² al referirse al ámbito electoral, implica un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, relacionado con la justicia conmutativa, en la que la igualdad consiste en que todos

³¹ Se observa además de la tesis transcrita, que la Sala Superior del Tribunal Electoral relaciona "por su alcance", el concepto de equidad con el de justicia; y más adelante, lo convierte a la fórmula de la justicia distributiva, circunstancia que difiere un poco con lo expuesto en el apartado correspondiente del presente trabajo, y sobre el cual se hizo la aclaración pertinente en relación con los criterios de dicho Tribunal y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Aunque en efecto, dichos conceptos guardan relación.

³² Cfr. Patiño Camarena, Javier, *Nuevo derecho electoral mexicano*, México, IFE, 5ª ed., 1999, p. 341.

reciban lo mismo -al tener todos los partidos los mismos derechos, obligaciones y prerrogativas-, y la justicia distributiva, que consiste en la distribución de cosas desiguales proporcionalmente a la desigualdad de los sujetos –aplicado a los principios de distribución del financiamiento público-; se argumentó que un partido político que habiendo participado con anterioridad en proceso electoral, no hubiera cumplido los porcentajes señalados en la legislación comicial local para obtener financiamiento público, indudablemente se vería excluido de la hipótesis que le da derecho a recibir esa prerrogativa. Dicha cuestión, a juicio de la Sala Superior, era una circunstancia completamente distinta a la de aquel partido político de reciente creación, y por tanto, de reciente registro ante la autoridad, pues éste, de conformidad con el antes referido artículo 116, fracción IV, inciso f), de la Constitución Federal, y el correlativo que lo cumple de la Constitución de Colima, tiene derecho a financiamiento para su sostenimiento y para las actividades tendentes a la obtención del sufragio, y en su caso, para demostrar su fuerza electoral en los comicios correspondientes; razón por la cual volvía inoperante la aplicación lisa y llana del precepto electoral del código de la entidad, pues debía garantizársele su participación en la vida democrática local en igualdad de condiciones a los demás partidos políticos.

Sin entrar en detalle respecto a la totalidad de la argumentación vertida en las sentencias origen de la jurisprudencia transcrita, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación declaró la inaplicabilidad del precepto del Código Electoral del Estado de Colima respecto al partido de registro reciente, por contravenir lo establecido en los artículos 41 y 116 de la Constitución Federal, así como el 86 bis de la Constitución del Estado de Colima, al negársele al instituto político una prerrogativa enunciada en los preceptos mencionados; y al participar por vez primera en comicios locales, consecuentemente, le debía ser otorgado el financiamiento correspondiente a su sostenimiento y para las actividades tendentes a la obtención del sufragio.

No obstante lo anterior, resulta pertinente precisar en este punto los siguientes detalles:

La jurisprudencia transcrita fue emitida por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el mes de marzo de 2000. Observando las sentencias antes referidas, se desprende que las mismas declararon la inaplicabilidad de un precepto legal estatal por ser contrario a lo establecido en la Constitución Federal, esto es, por las facultades de control constitucional que el Tribunal Electoral entendía como propias con fundamento en el artículo 99 de la Norma Suprema.

En esa época, se encontraba pendiente de resolución una contradicción de tesis denunciada por el Presidente de la Sala Superior del tribunal de referencia en noviembre de 1999 –a la que se le asignó el número 2/2000- ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contradicción que en mayo de 2002 fue declarada inexistente por el Pleno del Máximo Tribunal, ello por no haber posibilidad o atribución a favor del Tribunal Electoral para hacer declaración respecto de la constitucionalidad de leyes, y por tanto, para entrar en contradicción de tesis con las salas o el Pleno de la Corte. Lo anterior, aún sustentándose en el artículo 133 constitucional para declarar sólo la inaplicación de preceptos legales de carácter electoral, por ser la acción de inconstitucionalidad la única vía para impugnar leyes comiciales.

La contundente resolución tuvo como producto diversos criterios de jurisprudencia que vedaron por completo cualquier atribución de control constitucional para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a quien sólo se le confirió, a juicio del Pleno del Máximo Tribunal, la facultad de interpretar las leyes comiciales al amparo de la Constitución Federal. Tales criterios jurisprudenciales, sólo por evidenciar la limitación que la Corte determinó respecto a la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, son de los rubros que a continuación se transcriben³³:

CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO EXISTE VÁLIDAMENTE ENTRE UN CRITERIO SUSTENTADO POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CUANDO

³³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XV, Junio de 2002; pp. 5, 81, 82, 83, respectivamente.

SE TRATA DE LA CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES ELECTORALES.

LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SI RESUELVE RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA ELECTORAL O SE APARTA DE UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFRINGE, EN EL PRIMER CASO, EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Y EN EL SEGUNDO, EL ARTÍCULO 235 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

Pues bien, ante dicha perspectiva, y de vuelta a los preceptos normativos de la legislación chihuahuense, se desprende que lo dispuesto en el artículo 39, numeral 12, de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, en el sentido de que los partidos políticos que participen por vez primera en un proceso electoral recibirán financiamiento público únicamente para actividades ordinarias permanentes –esto mediante los mecanismos que establece diversa norma del mismo ordenamiento-, al tenor de la jurisprudencia de la Sala Superior reproducida anteriormente, podría entenderse que conculca el principio de equidad respecto a los partidos políticos que ya hubieren participado en comicios locales, pues no da posibilidad a recibir financiamiento para gastos de campaña.

No obstante, debe hacerse notar que dicho precepto debe tener plena aplicación y vigencia, pues en vista a lo anteriormente expuesto, no existe posibilidad de impugnación en contra de los actos de autoridad que se deriven de dicha norma en cuanto a su constitucionalidad, incluso contemplando la vía de control constitucional establecido en la fracción II del artículo 105 de la Norma Máxima del país. Esto en virtud de que la acción de inconstitucionalidad, que legitima a los partidos políticos para proceder en con-

tra de leyes electorales, al igual que en los demás supuestos para impugnar normas generales, se debe ejercer dentro de los 30 días posteriores a su publicación, y la norma en cita tiene vigencia desde 1997, por decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado el 18 de octubre de ese año.

Luego, la única solución se encuentra en la reforma del precepto a través de los procedimientos constitucionales a cargo del Poder Legislativo del Estado. Además, aun y cuando se trata de un problema de justicia, y en lo particular, de lo equitativo -que implicaría una corrección o rectificación de lo justo legal (en términos aristotélicos), esto es, de la regla genérica-, no se ha presentado en concreto la solicitud de tutela jurisdiccional en contra de la aplicación gramatical de la norma en cita para obtener una interpretación diversa. Sin dejar de mencionar que esa circunstancia, en caso de que se llegare a verificar, traería consigo problemas operativos de no poca magnitud, pues no se encontrarían bases normativas sobre las cuáles otorgar financiamiento para gastos de campaña al instituto político que no ha competido en comicios estatales, lo que daría como resultado una integración normativa, esto es, el órgano jurisdiccional se vería forzado a legislar.

Se observa entonces, que la contingencia de impugnaciones por la negativa a financiamiento público para gastos ordinarios en año no electoral a los partidos nacionales o locales que cuenten con registro posterior a la última elección estatal, sí puede ser materia de estudio, no así lo relativo a los gastos de campaña en año de comicios; empero, surge un punto trascendental, pues independientemente de si la legislación electoral de Chihuahua prevé únicamente el otorgamiento de financiamiento para actividades ordinarias permanentes, es de relevancia para la vida democrática de la entidad federativa, y en mayor medida en el ámbito presupuestal, el hecho de que se constituya un partido político nacional con miras a participar en las elecciones federales y, verificado lo anterior, esto es, la obtención del registro como partido político nacional, acuda ante las entidades federativas para obtener su registro ante las autoridades electorales locales y, por tanto, el financiamiento público correspondien-

te, pues el Cofipe sí otorga el derecho a dicha prerrogativa aún en año no electoral, como ya se comentó.

En esa tesitura, se puede generar una vulneración al orden federal, pues si tomamos en cuenta la posibilidad de impugnación por parte de un partido político nacional de reciente creación, a la negativa a otorgarle financiamiento público en un año en que no se celebrarán comicios -obvio que únicamente para gastos de sostenimiento-, podría generar una interpretación en última instancia, esto es, por parte de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el sentido de ampliar el ámbito de aplicación del artículo 39. 12 antes referido, y fincar el derecho al impugnante para recibir la prerrogativa aún en año en que no se celebren elecciones, lo cual sería una intromisión en la vida autónoma de la entidad federativa.

Se concluye entonces que una interpretación en el sentido que se comenta -y que sería posible en base a la jurisprudencia que antes se transcribe-, podría conculcar el federalismo por la razón de que, siguiendo en la hipótesis de que el impugnante fuera un partido político nacional -pues la misma interpretación aplicada a un partido local no tendría la misma relevancia, como se verá-, la resolución que en su caso obtuviera favorablemente a sus pretensiones, le generaría un financiamiento doble en el caso -frecuente- de que la constitución del partido fuera con miras a participar en elecciones federales, y en el año que éstas se vayan a verificar no suceda lo propio a nivel local. Luego, es obvio que las actividades que el partido nacional desarrolle a nivel local no será con la finalidad de perseguir la representación política en la entidad, sino en la federación, y el financiamiento que en su caso reciba de las entidades federativas (que no tengan elecciones el mismo año en que se celebren las federales) no será más que otra manera de acrecentar sus arcas para participar en los comicios federales, lo cual se aprecia como dislocador del sistema federal en que vivimos, pues ningún beneficio a la vida política interna de la entidad federativa le representará otorgar el correspondiente financiamiento a que se vea obligada.

Partidos nacionales y las transferencias a sus comités locales

El tratamiento igual en términos absolutos a los partidos locales y nacionales, en base al principios de autonomía regional que implica el federalismo, no significa que se cumplimente el principio de equidad en lo tocante al financiamiento público, pues probablemente éste se ve más bien transgredido en razón de lo siguiente:

Los partidos políticos nacionales, como se desprende incluso de su sola denominación, tienen como finalidad, entre otros, difundir sus principios y postulados así como promover la vida democrática en un espectro territorial que abarca la totalidad del país. Así, si una vez cumplidos los requisitos establecidos para tal efecto, obtienen su registro ante la autoridad electoral administrativa, tendrán derecho a la obtención de financiamiento público, según lo dispone el Cofipe en su artículo 49.

Con el ánimo de crear presencia en la población los partidos políticos nacionales buscan proyectarse en el mayor grado posible, lo que conlleva a buscar representatividad en todo el territorio del país, hecho que se logra estableciendo comités locales en las entidades federativas o municipios, a través de la distribución del financiamiento público recibido del erario público federal, para llevar a cabo las acciones concretas que sean acordes a la normatividad legal e interna del partido.

Lo anterior trae a colación la sentencia dictada en el Juicio de Revisión Constitucional SUP-JRC-305/2003³⁴, en la cual se analizó la facultad que tienen los partidos políticos para hacer transferencias de recursos económicos entre su comité nacional y estatales, y los límites que en su caso pudieran o debieran tener en relación con el financiamiento público que llegare a corresponderles en el ámbito local, así como su repercusión en cuanto al principio de equidad.

En dicho asunto se determinó, por mayoría de cuatro votos, que los partidos políticos nacionales tenían derecho a llevar a cabo las transferencias de recursos que fueran de su conveniencia, sin

³⁴ SUP-JRC-305/2003, promovido el 15 de agosto de 2003 por el Partido Acción Nacional, en contra de actos del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Coahuila, resuelto por la ponencia de el magistrado Leonel Castillo González; el 11 de noviembre de 2003.

que deba existir norma local que contraríe o limite dicha facultad; sin embargo, los argumentos vertidos son un tanto discutibles. Muestra de ello lo es el voto concurrente emitido por el Magistrado Orozco Enríquez, y el que en contra emitió el Magistrado Eloy Fuentes Cerda, quien estimó que era inequitativo el permitir a los partidos políticos nacionales la distribución indiscriminada de fondos a los comités estatales, pues repercutía en perjuicio de los partidos políticos de los estados. Además, como se ha expuesto con anterioridad, se conculca el principio federal de autonomía regional, pues la permisibilidad que el orden central otorga a los institutos políticos de naturaleza nacional en el tema que se analiza, aún en su actuación dentro del ámbito local, -donde deben estarse a las leyes locales-, y por lo tanto, donde se supone debe existir un tratamiento igual al de los partidos políticos de carácter estatal, se ve transgredido por parte de los partidos nacionales, generando una desproporción manifiesta en virtud de los montos económicos adicionales que las transferencias de los comités centrales o nacionales realizan a los de los estados.

En síntesis, por parte de las autoridades electorales, los partidos políticos nacionales reciben un tratamiento igual al aplicado a los estatales; sin embargo, dichos partidos no conducen su actuación con los recursos que cuentan para su desempeño a nivel local, sino que además echan mano de mayores recursos, provenientes del financiamiento público del erario central o federal.

Pues bien, en concordancia con lo anterior, se plantea el siguiente panorama: un partido político nacional de reciente creación que obtiene su registro ante autoridad estatal en año no electoral y, si así lo establece la legislación local, tendrá derecho a financiamiento público para su actuación dentro de la entidad; además, por ser partido político nacional, obtiene financiamiento del erario federal, y por tanto, su comité estatal recibirá fondos de dichos recursos, de donde se desprende que tendrá, en su actuación dentro de la entidad federativa, una doble fuente de recursos económicos públicos.

Por otra parte, un partido político estatal de reciente creación o registro ante la autoridad local, con fines de participar en la vida democrática de una entidad federativa, tendrá derecho a recibir re-

curso del erario público estatal según las bases que señale su legislación atinente, y será esa su única entrada económica del erario estatal para cumplir con sus fines y difundir sus postulados y programas.

Se encuentra entonces una disparidad entre los dos institutos políticos en lo que al aspecto económico corresponde, pues se observa que siendo los dos de reciente creación -uno nacional y otro estatal-, el desenvolvimiento de ambos dentro de la entidad federativa no se regirá en las mismas circunstancias, pues cuando uno por ser nacional obtiene los recursos del financiamiento local y la transferencia de fondos de su comité nacional, el otro sólo tendrá derecho al correspondiente al estado.

Dicha circunstancia, sin duda alguna, tendrá repercusiones dentro de la vida democrática del ámbito estatal o local de que se trate, pues siguiendo en el supuesto de un año en que no se celebren comicios dentro de la entidad, ambos partidos buscarán crear rai-gambre en la población para la época en que sí se celebren; sin embargo, el partido político nacional, teniendo más recursos por ser de diversas fuentes, estará en posibilidad de realizar más actividades de difusión, o bien, de mayor proyección de su surgimiento a la vida política y democrática. Circunstancia que crea una situación de ventaja respecto del partido político estatal, y por lo mismo, una violación al principio de equidad, pues no es posible hablar de igualdad de oportunidades ante ese estado de cosas.

Cuestión diferente resulta la de los partidos políticos nacionales con registro anterior a la última elección estatal, y que según las bases establecidas en la mayoría de las legislaciones locales, tienen derecho al financiamiento público estatal por cumplir los requisitos en ellas establecidas, donde señalan el de contar con registro vigente al año anterior, así como la obtención de determinado porcentaje de votación en los últimos comicios, pues precisamente es la demostración de contar con cierta preferencia de los electores de la entidad lo que genera la operatividad de la justicia distributiva en el otorgamiento proporcional del financiamiento público tanto a los partidos nacionales como locales en lo sucesivo. Ello, a fin de

que se encuentren en posibilidad de cumplir con las actividades a éstos conferidos constitucionalmente, cumplimentándose así el principio de equidad. Sin embargo, la misma suerte corre en la especie lo relativo a las ministraciones o transferencias de los comités nacionales a los locales en año de elección local, pues la desproporción se presentará igual frente a los partidos estatales.

De cualquier manera, al recibir un instituto político nacional financiamiento público de los dos ámbitos que conforman la federación -al margen de la aportación de información a la autoridad electoral sobre el uso que se dio a los recursos del erario-, es inconcuso que será siempre difícil determinar hasta qué punto un partido político nacional actuó como tal, o bien, como local, esto en cuanto al uso de sus recursos obtenidos del erario. En tal virtud, el carácter permisivo de la legislación federal en cuanto a las transferencias de los comités nacionales a los locales, por principios de justicia debe ser acotado para el caso de que se verifiquen comicios en el ámbito estatal y un partido nacional pretenda participar en ellos.

Se trata entonces de un problema de justicia distributiva, pues aun y cuando las bases de asignación de los recursos públicos hayan sido respetadas en los niveles federal y local, y así las proporciones darían un resultado aparentemente justo; el uso de los recursos federales por medio de transferencias de los comités nacionales a los locales, representan la entrada en juego de fondos no contemplados en la legislación -es decir, un acervo común distinto-, y por tanto, quebrantan la distribución y proporciones establecidas para ser magnificadas en perjuicio de quienes no se encuentran en esa posibilidad, es decir, de los partidos políticos locales.

Así pues, se observa que los problemas que surgen respecto al tema del financiamiento público muestran lo inacabado de las legislaciones tanto federal como locales, pues es necesario una mayor regulación con la finalidad de alcanzar el tan citado principio de equidad en materia electoral, el cual debe entenderse, según lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia en las ejecutorias emitidas en las acciones de inconstitucionalidad 5/98 y 11/98, respectivamente, en los siguientes términos:

La equidad en materia electoral, para la obtención de recursos y demás elementos para el sostenimiento y la realización de los fines de los partidos políticos, estriba en el derecho igualitario consignado en la ley para que todos puedan alcanzar esos beneficios, y no por el hecho de que, cuantitativamente hablando y por sus circunstancias particulares, un partido pueda o deba recibir más o menos cantidad de esos elementos o recursos.

La equidad en materia electoral, tratándose de financiamiento público a los partidos, estriba en el derecho igualitario consignado en la ley para que todos puedan alcanzar esos beneficios, atendiendo a las circunstancias propias para cada partido, de tal manera que cada uno perciba lo que proporcionalmente le corresponda acorde con su grado de representatividad.

De acuerdo a lo anterior, debe entenderse también que el tratamiento equitativo –o justo, según los autores citados en diverso apartado- se debe dar entre todos aquellos entes que se encuentren en igualdad de circunstancias. Lo que no riñe con el hecho de que dentro de las legislaciones locales, como en el caso de la respectiva al estado de Chihuahua, se implanten reglas en el sentido que anteriormente se expuso, esto es, de otorgar financiamiento público a los partidos políticos de registro reciente sólo hasta el primer año en que participen en comicios locales, para que sea después de los resultados electorales, y dependiendo del porcentaje de votación recibida para fijar la proporción, cuando se sitúen en las mismas circunstancias que los demás partidos políticos, caso en el cual se satisface mayormente el principio de equidad, entendido como de justicia distributiva.

En relación con lo anterior, es deseable también efectuar reformas en el sentido de que los partidos estatales de reciente creación, y que no han participado en comicios electorales, sí tengan la posibilidad (sobre la base del criterio de necesidad) de recibir recursos del erario un año antes del proceso electoral, bajo el argumento de que tengan la oportunidad de darse a conocer dentro de la ciudadanía, para así poder competir –aunque sea en alguna medida- con los partidos nacionales, que, como ya se dijo, cuentan con las partidas o transferencias que en su caso haga el comité nacional a los estatales o locales.

En este punto resulta igual de trascendente citar el hecho de que la permisibilidad del Cofipe en cuanto a las transferencias que pueden hacer los comités nacionales de los partidos a los locales, sí resulta violatoria del principio de equidad, como lo hizo ver el Magistrado Fuentes Cerda en el voto particular que emitió en el juicio a que se hizo referencia con antelación, y en ese caso, las restricciones que en su caso establezcan las legislaciones locales deben operar en sus términos, pues dentro de la vida estatal, los partidos políticos deben someterse a las reglas locales.

Así, aun y cuando podría señalarse dentro de la codificación electoral federal, que dichas transferencias se ajustarán a lo que en su caso establezcan las legislaciones de los estados, se presentaría el riesgo de caer en interpretaciones jurisdiccionales por la Sala Superior que den lugar a situaciones de lo más variadas dada la pluralidad de legislaciones y, como consecuencia, de estimaciones de lo justo. Por lo que se antoja más conveniente una norma genérica a nivel federal que fije parámetros y acotamientos a los partidos políticos en cuanto al uso del financiamiento público federal en las entidades federativas, pues son recursos de un nivel de la federación que no debe interferir en el otro.

Otra cuestión

Ahora, surge una cuestión adicional, que resulta de lo preceptuado en los artículos 41 y 116 de la Constitución Federal, en el sentido de que los partidos políticos nacionales tienen derecho a participar en las elecciones estatales y municipales; y, las constituciones y leyes de los Estados en materia electoral deben garantizar que los partidos políticos reciban en forma equitativa, financiamiento público para su sostenimiento y cuenten, durante los procesos electorales, con apoyos para sus actividades tendentes a la obtención del sufragio universal.

Pues bien, la situación es la siguiente: en materia electoral siempre se ha interpretado que los Estados deben proporcionar a los partidos políticos los elementos mínimos para su funcionamiento y la obtención del voto ciudadano; no obstante, ello nace de lo esta-

blecido en los dos preceptos constitucionales reseñados, de donde se desprende el derecho de los partidos políticos nacionales a participar en las elecciones estatales y municipales, y que los estados en sus constituciones garantizarán el financiamiento a dichos institutos políticos; pero el artículo 116 se refiere únicamente a las bases de la vida política de las entidades federativas, por lo que podría interpretarse de manera restrictiva, que al referirse únicamente a su vida interior, el hecho de que se mencione el financiamiento público de los partidos políticos es aplicable a los de carácter estatal y no nacional, sin que lo anterior sea inequitativo, pues como se mencionó previamente, el financiamiento público que recibe un partido político nacional por parte de la autoridad electoral federal, es precisamente para que se encuentre en posibilidad de difundir sus programas o postulados, así como fomentar la vida democrática, en la totalidad del territorio que conforma la federación, y entonces, el financiamiento a que se refiere el artículo 116 de la Ley Suprema debiera entenderse únicamente a los partidos estatales.

Es obvio que la anterior interpretación no será fácilmente aceptada, considerando los intereses partidistas en la realidad nacional; sin embargo, una circunstancia que sí puede atenderse, y que fomentaría el principio de justicia en la vida democrática de los estados, es el hecho de que se suprima el financiamiento público para gastos permanentes de los partidos políticos nacionales en las entidades, y sólo asignárseles el financiamiento correspondiente a actividades tendentes a obtener el sufragio en comicios locales, por ser éste un gasto fuera de lo ordinario para los partidos políticos nacionales, como se deduce del artículo 41 de nuestra Constitución Federal. O bien, de continuar el financiamiento público para año no electoral a los partidos en cita -lo cual así será seguramente-, podría delimitarse legalmente qué actividades corresponden al desempeño de los partidos políticos nacionales en el ámbito local, a semejanza de un partido estatal, y tener un mejor parámetro para verificar si se cumplimenta el principio de equidad en cuanto al uso del financiamiento recibido, que como finalidad primordial tiene el de generar igualdad de oportunidades.

Así, con el establecimiento de mayores parámetros respecto a la situación particular de cada partido político, todos tendrían los mismos derechos, y en atención a sus circunstancias especiales, esto es, por tratarse de un partido nacional –que cuenta con financiamiento público federal-, local, porcentajes de votación obtenidos en la última elección, partidos de registro reciente, etc., operaría la proporcionalidad de los montos a percibir.

Resulta claro entonces que la regulación del financiamiento de los partidos políticos, con una base estrictamente fincada en el principio de justicia (o de equidad, como lo han delimitado los tribunales federales), deviene en una tarea de suma dificultad, pues la realidad política y legislativa que rigen en la actualidad, en opinión de José Woldenberg, citado por Jorge Alcocer,³⁵ “tiende a apuntalar el sistema de partidos, porque obliga a las organizaciones regionales a sumar esfuerzos a los partidos políticos nacionales. No obstante, no debe perderse de vista que se trata de una disposición artificial, que tiende a construir partidos nacionales con pies de barro, y que impide la expresión de la pluralidad real que existe en el país con sus múltiples sellos regionales”.

³⁵ *Op. cit.*, pp. 91-92.

BIBLIOGRAFÍA:

ALCOCER, Jorge V., Dinero y partidos, Nuevo Horizonte Editores, México, 1. ed., 1993.

DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José, Los partidos políticos. Su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política, UNAM, México, 1a. ed., 2002.

Ética nicomaquea, trad. Rafael Rutiaga, Grupo Editorial Tomo, 1a. ed., México, 2003.

FINNIS, John, Ley natural y derechos naturales, Abeledo-Perrot, Argentina, 1a. ed., 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, Derecho constitucional mexicano y comparado, Porrúa, México, 1a. ed., 1999.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Filosofía del derecho, Porrúa, México, 15a. ed., 2005.

PATIÑO CAMARENA, Javier, Nuevo derecho electoral mexicano, IFE, México, 5a. ed., 1999.

Compilación oficial de Jurisprudencia 1997-2005, Tomo de Jurisprudencia, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2a. ed., 2005.

Relevancia y actualidad en la contienda, WOLDENBERG K., José, Dinero y contienda político-electoral, CARRILLO, Manuel y otros, coordinadores, FCE, México, 1a. ed. 2003.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, junio de 2002.

LEGISLACIÓN

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua.

Ley Electoral del Estado de Chihuahua.

AGENDA POLÍTICA

Samuel Schmidt*

“...la Fortuna, a los que ha obligado a no confiar más que en ella, por lo general los hace más ávidos de gloria que aptos para sobrellevarla.”

Quinto Curcio

La despolitización de la sociedad mexicana ha provocado la ausencia de una agenda nacional; la sociedad esta enmudecida y no tiene ni acceso a las esferas donde se toman decisiones, ni el gobierno abre accesos para que entre la opinión ciudadana; los gobiernos con mucha frecuencia gobiernan en base a ocurrencias con lo que el error es frecuente y costoso; los partidos políticos pelean por el poder sin siquiera tomarse la molestia de presentar modelos de país o aunque sea, por lo menos, ideas del rumbo a seguir y la meta a alcanzar; los grandes problemas nacionales son ignorados, o en el mejor de los casos, se generan parches para tratar de paliar los peores efectos de situaciones mal atendidas y por supuesto no resueltas¹. Si bien esta postura permite aplazar y paliar ciertos efectos políticos, en el largo plazo, es inevitable que produzca situaciones graves².

*Profesor de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y miembro del Colegio de Chihuahua. *Sbmil50@hotmail.com*

¹ Hay un dicho común entre los políticos que dice que no hay problema por serio que sea que no se resuelva en el cajón del tiempo, lo que implica que el problema será ignorado hasta que los actores afectados se olviden del mismo.

² Abordé este tema en mi libro **Los Grandes problemas nacionales**, versión siglo XXI, donde rescribí el ensayo de Andrés Molina Enríquez escrito un siglo antes, para concluir que los problemas esenciales del país siguen siendo los mismos que los descritos por el destacado sociólogo.

En México la apuesta política desde las esferas de las elites política y económica, ha consistido en la pérdida de memoria de la sociedad que no recuerda siquiera las promesas de campaña de la última ronda electoral, pero para no arriesgar mucho, se han construido enormes capacidades represivas que contengan las explosiones sociales³, estamos adquiriendo alta tecnología militar y considerando que no le vamos a declarar la guerra a nuestros vecinos, este armamento terminará dirigiéndose contra la sociedad civil.

Habiendo llegado a este extremo, la Razón de Estado sienta sus reales, pero como la defensa de los intereses de la elite gobernante que se ha alejado de la sociedad. De ahí en adelante, no hay manera de dirigir la agenda política hacia las necesidades sociales y esta responderá solamente a los intereses de los gobernantes y los actores que los apoyan⁴.

La agenda política de los partidos es limitada, ha excluido los temas “impopulares” y se ha reducido básicamente a la serie de pasos que hay que dar para tomar el poder: el poder por el poder. Estamos frente al caso dramático que ni siquiera se han avocado a resolver temas fundamentales que deben normar su relación con la sociedad. Póngase como ejemplo, la poca disponibilidad para emprender una reforma político-electoral que amplíe los derechos políticos de la sociedad y facilite la inclusión de los grupos sociales no partidistas en el aparato de poder. Llama la atención que mientras la sociedad clama por los candidatos independientes, los partidos políticos se aferran a las leyes –que ellos aprobaron- cancelando esta opción. El argumento es muy sencillo, si se aprueban los candidatos independientes los partidos perderán espacios, y como los partidos se resisten a ajustarse a las nuevas exigencias de la realidad⁵, les es más sencillo asegurarse de cancelar ese derecho, y no modificar las

³ Véase la reacción del gobierno que tendió un cerco policiaco-militar para enfrentar las protestas sindicales durante el cuarto informe de Vicente Fox y como vemos grandes desplazamientos policiaco militares para enfrentar las tensiones sociales que cada día se van volviendo más graves y más comunes.

⁴ Los partidos políticos se oponen a que se supervisen los gastos de pre-campaña, aunque desde ese momento se empiezan a comprometer las decisiones de los futuros gobernantes. ¿Cuánto cuesta en manejo de influencia un donativo de millones de pesos?

⁵ Si la realidad no esta de acuerdo con los partidos que se joda la realidad.

reglas políticas para subsanar aquello que lleva a la sociedad a exigirles que cambien⁶.

Los partidos políticos se han burocratizado y se han especializado en defender y promover los intereses de sus burocracias aún pasando por encima de la ley. No es poco ofensivo leer las historias de tráfico de influencia de legisladores y otros políticos. No menos grave es que cada día es más frecuente enterarse de negociaciones ignominiosas para el reparto del poder. No hay duda que las más escandalosas y ofensivas de la época moderna son las concertaciones, por medio de las cuales Carlos Salinas decide entregarle al Partido Acción Nacional las primeras gubernaturas. La perversión de esto fue que si el PAN ganó las elecciones se le debió haber reconocido el triunfo, si perdió, el gobernador debió haber sido quién triunfó, pero ambas partes nos dieron una lección magistral de cómo se pisotea la voluntad popular y como el proceso electoral se ha convertido en un proceso vacío para que los políticos lo utilicen a su servicio para satisfacer sus intereses, que una vez más, insisto, no son necesariamente los de la nación.

La agenda política gubernamental se ha vuelto cada vez más limitada. Los gobiernos se han llenado de gobernantes inexpertos, insolentes y soberbios, están poco preparados, buscan con denuedo la auto-gratificación, están apegados a viejos paradigmas y con capacidades de gobernación reducidas. Normalmente toman decisiones sin analizar cual es la consecuencia de las mismas lo que genera confusión gubernamental y miopía, porque la intencionalidad política se reduce al corto plazo y con una maximización de la ganancia personal. Desconocen el uso de la tecnología avanzada para tomar decisiones y para gobernar, confunden el conocimiento de las nuevas herramientas con la sensibilidad para gobernar, y sus limitaciones los han llevado a confundir el arte de gobernar con el oficio de administrar y esto ni siquiera lo hacen bien, y cuando esto sucede,

⁶ De introducir los candidatos independientes seguramente el elenco de candidatos se ampliará muchísimo y se colara toda una serie de oportunistas, gente inmadura, maleantes electorales y políticos, pero también y en primerísimo lugar, gente sana y limpia que logre atraer la voluntad societaria. Hay que apostar todo para abrirle las puertas a éstos últimos a riesgo de que se cuelen los primeros. Una vez mas hay que decirlo, hay que asumir los riesgos de la libertad en lugar de cerrarle el camino.

la sociedad encuentra que la brecha entre el gobierno y ella misma es cada vez mayor, que la distancia en necesidades se vuelve casi infranqueable y que los costos sociales de las malas decisiones adquieren dimensiones catastróficas⁷.

A muchos académicos les preocupa que se den fracturas entre actores sociales y ahora tendríamos que tomar en cuenta que la fractura entre el gobierno y la sociedad adquiere una dimensión preocupante, porque en primera instancia, las prioridades, deseos, preferencias, de cada uno y entre ambos, difícilmente tienen coincidencia y los rumbos escogidos o preferidos se bifurcan peligrosamente. Estamos frente a un riesgo de fractura entre la sociedad y el gobierno de muy serias consecuencias, donde la gobernabilidad se vendrá por los suelos. Una de las primeras consecuencias de este distanciamiento es que la gente le pierde la confianza al gobierno (alguien decía que la nueva paradoja política es que el gobierno le ha perdido la confianza a la sociedad); se aleja de los procesos de elección, y los gobiernos son de minoría porque las grandes mayorías han dejado de votar; éstas se han alejado de los mecanismos de creación de consenso y a los gobernantes les cuesta cada vez más trabajo imponer sus decisiones democráticamente, lo que refuerza al autoritarismo.

El surgimiento de opciones políticas está limitado y se pierde la pluralidad ideológica que tanto respiro le dio a la política mexicana en los años más aciagos del autoritarismo. Esto facilita el surgimiento de delinquentes electorales y que la democracia se convierta en materia de negociación, creándose serios problemas de gobernabilidad.

El país requiere de forma urgente la formulación de diversas agendas que confluyan en una gran agenda nacional. En primer lugar se necesita una agenda social que aborde la satisfacción de las demandas sociales más sentidas, aquí se incluye la guerra contra la pobreza, la mala educación y la mala salud; se requiere crear un sistema de oportunidades que no sea recurso demagógico; la agenda política requiere de una reingeniería política que abra los canales

⁷ El mejor ejemplo es el FOBAPROA y el hecho que mantendrá anclada a la economía nacional hasta muy bien entrado el siglo XXI.

de participación y que garantice la posibilidad de la remoción de malos gobernantes, así como asegurarse de educar y preparar a los gobernantes, aquí debe concentrarse un esfuerzo nacional para el reemplazo de elites ya mencionado más arriba; la agenda gubernamental debe concentrarse en la obligación de rendición de cuentas que incluye la transparencia del gobierno, la exigencia de administraciones eficientes y efectivas y gobiernos bien enfocados a satisfacer los deseos de la sociedad; y por último una agenda judicial donde se genere una cultura legal que incluye la cultura de la queja, depure el aparato jurídico reemplazando a los jueces venales y sometidos a los poderes económico y político por jueces cuyo único amo es la ley y la justicia y esto debe completarse con los mecanismos para remover a los malos jueces.

Por supuesto que debe crearse un mecanismo de opinión social para formular y enriquecer la agenda nacional. La sociedad cambia constantemente y no hay razón para que la política y el gobierno se conviertan en obstáculos para promover las nuevas necesidades y deseos sociales.

RENOVACIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL COLEGIO DE GARANTÍAS Y AMPARO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

El Colegio de Profesores de Garantías y Amparo de la Facultad de Derecho de la UNAM., acaba de renovar su directiva, la cual tiene ahora como Presidente al doctor Luciano Silva Ramírez.

Integran, igualmente, el Comité Directivo, los maestros Edmundo Elías Musi, en calidad de Secretario, José R. Padilla Castellanos, es el tesorero. La Coordinación Académica está a cargo del maestro Moisés Gutiérrez Gómez y el licenciando Rogelio Cepeda Cervantes, tiene la función de Secretario de Actas.

La elección fue por consenso, la cual se desarrolló el 22 de marzo de 2006, teniendo como sede la Casa Club del Académico y fue supervisada por el doctor Pedro Hernández Silva, presidente de la Asociación de Colegios de Profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM Área 001 de la APAUNAM. La asistencia de maestros fue copiosa.

El Colegio de Profesores de Garantías y Amparo agrupa a un buen número de maestros de estas disciplinas, las cuales son consideradas de gran importancia en la Facultad de Derecho de nuestra Máxima Casa de Estudios. De ahí que el Colegio citado, tenga una influencia destacada entre las otras agrupaciones de este mismo género.

Este Colegio de Profesores fue presidido con anterioridad, por los doctores en derecho Alfonso Noriega Cantú e Ignacio Burgoa Orihuela, dos de los más destacados amparistas que cultivaron esta disciplina protectora de la libertades humanas.

El doctor Luciano Silva Ramírez Presidente del colegio aludido, es Licenciado en Derecho (con mención honorífica) por Constitucional y Administrativo, Especialidad en Pedagogía, Maestría en Derecho, Maestría en Pedagogía, todas realizadas en esta Casa de Estudios, y en 1987 obtuvo el grado de Doctor en Derecho con la tesis doctoral "Análisis Político Jurídico de la Supremacía de la Cons-

titución y el Sistema de Control Judicial en México” en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

A partir del 1º de febrero de 1979, imparte las cátedras Garantías y Amparo, de las cuales es Titular por Oposición B; profesor adscrito al Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo, es director y tutor de tesis de licenciatura y de Grado en la Facultad de Derecho y en la División de Estudios de Posgrado, respectivamente, así como Profesor de Carrera de dicha Facultad. Miembro de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho A.C. Expositor a la fecha de conferencias, diplomados, cursos de Posgrado en la propia Facultad de Derecho de la UNAM, como en diversas universidades, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunales Electorales, Juntas de Conciliación y Arbitraje, y foros de la República. Ha participado en la elaboración de proyectos de leyes; invitado a los grupos de trabajo para la elaboración de los Códigos Penal, Procesal Penal del Distrito Federal.

El doctor Silva Ramírez ha sido propuesto al cargo de Magistrado (Sala Superior en la Suprema Corte de Justicia de la Nación) del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; Asesor de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión; candidato al Consejo de la Judicatura del Distrito Federal; propuesto al cargo de Magistrado del Tribunal Agrario; Candidato a la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; Miembro del Jurado Calificador en el proceso de selección de Magistrados del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala, y hasta la fecha abogado litigante.

Quid Juris

Año 1 Volumen 4

**Publicación del Tribunal Estatal
Electoral de Chihuahua**

Producción editorial integral:

Ediciones del Azar A.C.

Calle 17 número 117

Chihuahua, México, 31000.

Tels.: (614) 417-2852, 4-100-584,
(Cel.)157-1159 Fax: (614) 415-9283

Impreso y hecho en México

