

Año 9 Volumen 27 | diciembre 2014 - febrero 2015

Quid Iuris



Tribunal Estatal Electoral
de Chihuahua

TRIBUNAL ESTATAL ELECTORAL



Clasificación:
LC - JA71
Dewey - 324.072



@Quid_Iuris



Disponible en el
App Store

<http://www.quidiurischihuahua.org.mx>

Erick Alejandro Muñoz Lozano
Magistrado Presidente

Socorro Roxana García Moreno
Magistrada

César Lorenzo Wong Meraz
Magistrado

Quid Iuris

Volumen 27 Año 2014

Publicación trimestral del
Tribunal Estatal Electoral
de Chihuahua



Publicación Indexada. Folio 17756

Sistema Regional de Información
en Línea para Revistas Científicas
de América Latina, el Caribe, España y Portugal

latindex

QUID IURIS: Locución latina. "¿QUÉ DEL DERECHO?"

Número ISSN: 1870-5707

Clasificación:

LC - JA71

Dewey – 324.072

Se prohíbe la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación sin la autorización de los autores.

EN LA PORTADA.- La cascada de Basaseachi, ubicada sobre la Barranca de Candameña en la majestuosa sierra tarahumara, cuenta con una altura de 246 metros siendo la quinta cascada más alta de América; el significado de su nombre en lengua rarámuri es "Lugar de cascada o de coyotes".

Una de las etnias que habitan en la sierra de Chihuahua son los tarahumaras, nombrándose a si mismos rarámuris que significa "pies ligeros", cuyos integrantes, debido a la geografía inhóspita en la que habitan de aparejos, cañones, montañas y grandes desfiladeros cuentan con gran fortaleza y destreza física, capacidades atléticas reconocidas a nivel nacional e internacional.

Entre sus actividades económicas ponen en práctica el cultivo de la trinidad mesoamericana: maíz, frijol y calabaza, combinado con el pastoreo de cabras y ovejas; así como la cacería, recolección de frutas y legumbres silvestres.

El maíz lo utilizan de las más variadas formas, una de ellas es la fermentación del maíz para obtener una bebida alcohólica llamada tesgüino; esta bebida se consume en cualquier reunión de naturaleza religiosa o social y forma parte vital dentro de su esquema cultural.

"Sin tesgüino no hay lluvia,
Sin lluvia no hay maíz y
Sin maíz no hay tesgüino" .

Fotografías

Portada: cortesía de la Dirección de Turismo de Gobierno del Estado de Chihuahua.

Contraportada: cortesía de la Coordinadora Estatal de la Tarahumara de Gobierno del Estado de Chihuahua.

Publicación trimestral coleccionable
del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua
Calle 33 No. 1510
Colonia Santo Niño
Chihuahua, Chih., México, 31200
Tels.: (614) 4-13-06-91 y 4-13-64-50

www.techihuahua.org.mx

quidiuris@techihuahua.org.mx

 [@Quid_Iuris](https://twitter.com/Quid_Iuris)

Aplicaciones disponibles en:



Apple Store

www.quidiurischihuahua.org.mx

Consejo editorial

Erick Alejandro Muñoz Lozano

Magistrado Presidente

Socorro Roxana García Moreno

Magistrada

César Lorenzo Wong Meraz

Magistrado

Responsable editorial

Magistrada Socorro Roxana García Moreno

Comité editorial

Lic. Patricia Graciela Rojas Nuñez

Lic. César Daniel Baca Romero

Lic. Nohemí Gómez Gutiérrez

Lic. Nancy Lizeth Flores Bernés

Lic. Alicia Hinojos Gutiérrez

Diseño de portada

Ing. Miguel Ángel Solís Durán

Objetivo

La Colección Jurídica Quid Iuris, es una publicación trimestral del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, la cual tiene como objetivo la divulgación y fortalecimiento de la cultura democrática a través de la difusión de trabajos de gran relevancia académica para los estudiosos de las ciencias jurídicas, políticas y sociales, con la participación de destacados académicos y juristas locales, nacionales e internacionales.

Quid Iuris se encuentra indexada en los catálogos *Latindex*, *vLex* y *clase*, importantes compiladores de archivos digitales de América Latina y el mundo entero, así como en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y arbitrada por la Escuela Libre de Derecho.



Tribunal Estatal
Electoral de
Chihuahua

Quid Iuris

Con un espíritu de servicio y renovación constante, acorde a las demandas del siglo XXI, y con el propósito de acercar la Colección a más lectores, el Consejo editorial presenta a Quid Iuris en dos modalidades más que facilitarán su uso como herramienta de investigación.

Los pasos a seguir para acceder a la Colección Jurídica en estas nuevas modalidades son los siguientes:

1. Dispositivos móviles *Apple*: a) ingrese a la aplicación *App Store*, b) introduzca en el buscador las palabras claves "*Quid Iuris*", c) Una vez encontrada la publicación electrónica se podrá acceder a su descarga de forma gratuita, d) posteriormente, los volúmenes de la colección jurídica quedaran disponibles en el "Quiosco" de sus dispositivos móviles *Apple* y se le informará automáticamente en el momento en que exista un nuevo volumen para su actualización. Es posible descargar un tomo o toda la Colección.
2. Aplicación *web*: a) en cualquier dispositivo con acceso a internet ingrese a la dirección electrónica www.quidiurischihuahua.org.mx b) acceda al volumen de su preferencia, c) además, en el buscador podrá realizar consultas de los artículos a través de filtros por materia, volumen, autor o palabra clave.

Esta nueva herramienta es parte clave de la visión innovadora y muestra del crecimiento por el que hemos trabajado para colocar a Quid Iuris en un espacio importante en el ámbito académico a nivel estatal, nacional e internacional.



Contenido

<i>Presentación</i>	13
Artículo inéditos	
<i>La violación al principio de imparcialidad judicial derivada de sustentar una sentencia condenatoria en pruebas que no fueron parte de la acusación ministerial</i> José Ramón Cossío Díaz	17
<i>El juez electoral en el Sistema Democrático en México</i> Manuel González Oropeza	41
<i>La justicia administrativa en Chihuahua</i> Jorge Higinio Mazpúlez Pérez	57
<i>Ética judicial y su aplicación diaria</i> Mariano Azuela Güitrón	73
<i>El principio de proporcionalidad en tres piezas</i> Mónica Aralí Soto Fregoso	95
<i>La vicepresidencia de la República en la historia constitucional de Colombia</i> Hernán Alejandro Olano García	133
<i>Los derechos políticos emanados del Constituyente de 1857</i> Carlos Manuel Rosales y Erik Estrada Herrera	197
<i>Medios de comunicación en materia electoral</i> Socorro Roxana García Moreno	237
Recomendaciones editoriales	
<i>Una ausencia en la Historia Mexicana del Derecho.</i> <i>Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos</i>	249
<i>Introducción al estudio del Derecho</i>	265
<i>Globalización, Derecho Supranacional e Integración Americana</i>	275
<i>Lineamientos editoriales</i>	277

Presentación

Toda investigación, todo arte, de la misma manera que toda acción y opción tiende al bien,¹ la investigación jurídica y la difusión de la cultura democrática son unos de los fines con los que cuenta este Tribunal y para ello emite la Colección Jurídica *Quid Iuris* que en esta ocasión nos presenta su volumen veintisiete conformado por ocho artículos elaborados por importantes investigadores y destacados juristas, que promueven la investigación y reflexión de los temas que aquí se desarrollan.

En primer término, contamos con la destacada aportación del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío Díaz que nos comparte el análisis de su voto particular referente a sí es correcta la interpretación del artículo 21 de la Constitución Federal, respecto a que la autoridad judicial tiene la facultad para apreciar pruebas no consideradas por el Ministerio Público en las conclusiones acusatorias, precisando de forma clara y concisa sus razonamientos acerca de que no debe imperar la evitabilidad de impunidad sobre una acusación deficiente para la construcción de la acusación.

Contando siempre con el apoyo y deferencia hacia esta Colección por parte del Magistrado de Sala Superior del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación doctor Manuel González Oropeza, en esta ocasión nos presenta interesantes reflexiones sobre la importancia del papel del Juez electoral en el Sistema Democrático y de la justicia electoral de México con vocación internacionalista como consecuencia de recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para garantizar el Estado de derecho.

Todos los que hemos tenido el honor y privilegio de ser sus alumnos tenemos vivencias, recuerdos y enseñanzas, pero sobre todo respeto y admiración hacia el maestro Jorge Mazpúlez Pérez, quien con una trayectoria

¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, G Gallach Palés, Francisco(*Traductor*). Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada, Elaboración de formato PDF: Lorena Ambriz Barajas, Madrid, España, 1931, p. 5.

académica en la Universidad Autónoma de Chihuahua de más de 53 años y 30 años de catedrático en la carrera de Derecho en el Tecnológico de Monterrey, le agradecemos y nos enorgullece su artículo titulado *La justicia administrativa en Chihuahua*, en donde examina a la luz de la reciente reforma constitucional local del 18 de octubre de 2014 norma en la que se amplía la competencia del Poder Judicial del Estado para conocer en materia administrativa y fiscal, así como también señala principios rectores que deberán regir la función contencioso administrativa.

La prudencia, la templanza, la fortaleza y la justicia son las cuatro virtudes cardinales que llevan a la persona humana a su perfeccionamiento, reflexión a la que nos invita el Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mariano Azuela Güitrón en su artículo denominado *La Ética Judicial y su aplicación diaria*; hombre destacado y congruente a lo largo de toda su trayectoria judicial y promotor fundamental para la elaboración del primer Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

Así mismo, en este ejemplar se cuenta con la destacada colaboración de la maestra Mónica Aralí Soto Fregoso, Magistrada Presidenta de la Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación quien nos presenta un análisis sobre el principio de proporcionalidad, su origen, función, los elementos que lo integran y nos convoca a meditar sobre el fortalecimiento de este principio en la decisión jurisdiccional.

El destacado catedrático de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de La Sabana de Bogotá Colombia, el doctor Hernán Olano García, integrante de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana (RIJIA), nos expone su investigación referente a la historia de la vicepresidencia en Colombia; narrándonos la función de esta figura desde Nuevo Granada hasta la actual Colombia llevándonos a la introspección de que doce constituciones de nuestro continente contemplan la figura del Vicepresidente.

Invaluable fuente de consulta en materia constitucional resulta ser el artículo del doctor Carlos Manuel Rosales, Asesor del Centro de Capacitación

Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el especialista en Derecho Electoral y Parlamentario licenciado Erik Estrada Herrera, que nos exponen algunos de los rasgos del liberalismo adoptado por el constituyente de 1857 en donde se incluyeron los derechos políticos de sufragio activo y pasivo, el derecho de asociación, de reunión, de discurso, de imprenta y de petición, Carta Magna que sirvió de base para el modelo constitucional de 1917.

Para finalizar, contamos con la valiosa aportación de la Magistrada del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua y responsable editorial de esta Colección Jurídica Socorro Roxana García Moreno con el artículo titulado *Medios de comunicación en materia electoral*, en el cual nos relata la transición de la regulación de los medios de comunicación tanto en la reforma del 2007 como en las reformas del 2014, en la cual se establece como causal de nulidad de elección la compra o adquisición de tiempo en radio y televisión.

Lic. Alicia Hinojos Gutiérrez
Comité editorial

*LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE
IMPARCIALIDAD JUDICIAL DERIVADA
DE SUSTENTAR UNA SENTENCIA
CONDENATORIA EN PRUEBAS QUE NO
FUERON PARTE DE LA ACUSACIÓN
MINISTERIAL **

*José Ramón Cossío Díaz ***

SUMARIO: I. Antecedentes; II. Sentencia mayoritaria; III. Posición.

* Artículo derivado del voto particular del autor, pronunciado en el amparo directo en revisión 3684/2012, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sesión de 19 de febrero de 2014. El autor agradece la colaboración de Julio Veredín Sena Velázquez y Juan Carlos Ramírez Covarrubias en la elaboración del presente documento.

** Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho Constitucional en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Recibido: 09 de octubre 2014.
Aceptado: 09 de octubre de 2014.

Resumen:

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de tres votos el amparo directo en revisión número 3684/2012, en el cual se determinó confirmar la sentencia recurrida y negar el amparo al quejoso, al concluir que el hecho de que el juez penal justifique su decisión con medios de prueba no señalados en las conclusiones de acusación formuladas por el Ministerio Público, pero que sí se ofrecieron y desahogaron en la etapa de instrucción de un proceso penal, no vulnera el contenido del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Frente a esta decisión alcanzada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresé mi desacuerdo con la opinión mayoritaria ya que se debió declarar incorrecta la interpretación del artículo 21 de la Constitución Federal, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que resolvió el juicio de amparo 108/2011; pues aun cuando puedan existir datos de prueba contundentes para afirmar la plena responsabilidad del sentenciado, si el acusador es deficiente en la acusación, no debe imperar el discurso de evitabilidad de impunidad, para que el juez reconfigure o construya la acusación, en total violación al derecho humano de debido proceso.

Palabras claves: prueba, instrucción, Juez, Ministerior Público, imparcialidad, acusación, sentencia.

Abstract:

The First Chamber of the Supreme Court of Justice decided by a majority of three votes the direct legal protection under the review 3684/2012, in which it was determined to confirm the judgment under appeal and deny the legal protection to the complainant. Concluding that the fact of the trial Judge justified his decision with evidence not well identified in the conclusions of accusation made by the Public Prosecutor, but these were formally showed and vented in the investigation stage during criminal proceedings, the content does not violate Article 21 of the Political Constitution of Mexican United Sates.

Faced with this decision reached by the First Chamber of the Supreme Court of Justice I expressed my disagreement with the majority opinion as it should have declared incorrect interpretation of Article 21 of the Federal Constitution from the Third Collegiate Court in Criminal Matters of the Second Circuit which ruled the penal injunction on document 108/2011; for even though there may be strong evidence data to affirm the full responsibility of the condemned, if the accuser is deficient the indictment, I should not prevail the speech preventability of impunity for the judge to reconfigure or construct the indictment, in total violation of the human right to such process.

Key words: proof, evidence, instruction, Judge, Public Prosecutor, impartiality, indictment, judgment.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de tres votos¹ el amparo directo en revisión número 3684/2012, en sesión celebrada el 19 de febrero de 2014. Derivado de la opinión de los Ministros de la mayoría se determinó confirmar la sentencia recurrida y negar el amparo al quejoso, al concluir que el hecho de que el juez penal justifique su decisión con medios de prueba no señalados en las conclusiones de acusación formuladas por el Ministerio Público, pero que sí se ofrecieron y desahogaron en la etapa de instrucción de un proceso penal, no vulnera el contenido del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

I. Antecedentes

De acuerdo con las constancias del asunto materia de la ejecutoria pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se tuvieron como hechos probados, los siguientes:

El Agente del Ministerio Público Federal, adscrito a la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada de la Procuraduría General de la República, inició una averiguación previa el 14 de abril de 2002, en la que ejerció acción penal sin detenido, contra el quejoso -recurrente² en el amparo directo en revisión 3684/2012-, y otras personas, por los delitos de violación a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y contra la salud, en la modalidad de tráfico de los estupefacientes denominados clorhidrato de cocaína y cannabis sativa. En consecuencia, solicitó al órgano jurisdiccional en materia de procesos penales federales que librara la orden de aprehensión correspondiente.

El Juez Tercero de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales en el Estado de México conoció de la consignación ministerial, respecto de la que, el 15 de abril de 2002, por una parte, negó girar la orden de aprehensión respecto del delito contra la salud, y por la otra, concedió

¹ La resolución fue aprobada por los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo, con el voto en contra de los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

² A fin de no generar confusión, en adelante se aludirá en este término al quejoso.

dicha orden por cuanto hacía al delito de delincuencia organizada, en contra de quien posteriormente sería recurrente ante la Suprema Corte, y otros.

Inconforme con la anterior determinación narrada, el agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, mismo que fue resuelto por el Segundo Tribunal Unitario "A" del Segundo Circuito, en el sentido de modificar la resolución impugnada y librar la orden de aprehensión en contra de los inculpados, por su probable responsabilidad en la comisión del delito contra la salud.

El 23 de marzo de 2006, en cumplimiento de la resolución de apelación, el juez de la causa decretó auto de formal prisión en contra de los imputados, por su probable responsabilidad en la comisión de los delitos de delincuencia organizada, previsto y sancionado por los artículos 2, fracción I, y 4, fracción I, inciso b), de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y contra la salud, en la modalidad de tráfico de estupefacientes denominados cocaína y marihuana, previsto y sancionado por los artículos 193 y 194, fracción I, del Código Penal Federal, ambos en relación con los diversos 7, fracción II, 8, 9, párrafo primero, y 13, fracción III, del mismo ordenamiento penal.

El 12 de septiembre de 2007, el Juez Tercero de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales en el Estado de México dictó sentencia en la que consideró al recurrente penalmente responsable de la comisión de los delitos por los que fue acusado, y por los que le impusieron las penas de prisión de veinte años y multa por el equivalente a trescientos cincuenta días de salario.

El Quinto Tribunal Unitario del Segundo Circuito conoció del recurso de apelación que contra dicha sentencia interpusieron el recurrente y su defensor particular, medio de impugnación que se resolvió, el 17 de septiembre de 2008, en el sentido de confirmar la decisión judicial de condena.

El quejoso promovió un juicio de amparo directo mediante escrito presentado el 20 de mayo de 2011, ante el Quinto Tribunal Unitario del

Segundo Circuito, en el que precisó que se violaron en su perjuicio los derechos humanos establecidos en los artículos 14, 16, 17 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En su demanda de amparo, el recurrente manifestó que el juez de la causa valoró pruebas que el Ministerio Público no citó en sus conclusiones acusatorias, lo que violó en su perjuicio el artículo 21 de la Constitución Federal. Dicho planteamiento se calificó como infundado por parte del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito; órgano jurisdiccional que, a fin de resolver el juicio de amparo 108/2011, efectuó una interpretación del numeral fundamental en cita. El quejoso cuestionó la decisión del órgano de amparo mediante recurso de revisión.

II. Sentencia mayoritaria

En la resolución del medio de impugnación, la Primera Sala estableció que la problemática del asunto consistía en determinar si se vulneraba el contenido del artículo 21 constitucional, cuando la autoridad judicial, para el dictado de una sentencia condenatoria, aprecia pruebas que si bien fueron incorporadas en la etapa de instrucción, éstas no fueron referidas en las conclusiones acusatorias presentadas por el Ministerio Público.

Con objeto de dar respuesta a la problemática planteada, es oportuno precisar las principales consideraciones emitidas en la resolución de referencia, la cuáles esencialmente, consistieron en:

- a) En un primer apartado del estudio de fondo del asunto, se destacó el marco doctrinal que ha tenido la Primera Sala sobre la interpretación del numeral constitucional en cuestión, en su texto vigente hasta antes de la reforma publicada el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación. Sobre esto, se hizo notar el esquema de división de funciones consistente en la investigación de los delitos y la administración de justicia, que pugna por la salvaguarda del principio de imparcialidad judicial, la que encuentra complemento con la actual redacción del artículo 1º del texto fundamental y así consolidarse como garantía del debido proceso.

- b) Enseguida, se destacó que era indispensable garantizar la imparcialidad judicial, en su vertiente de separación de funciones acusadoras y decisoras, para evitar riesgos de que quien juzgue tenga distorsiones en la toma de la decisión. Entonces, para evitar tal desviación, es necesaria la separación entre quien formula la hipótesis de acusación y un defensor quien la refuta; al respecto -se dijo-, el juez nunca debe formular una hipótesis de acusación, sino analizar si la hipótesis es suficientemente sólida como para desvirtuar la presunción de inocencia, lo cual -se destacó- únicamente podría efectuarse al observar el material probatorio que se desahogó ante él.
- c) Bajo esa doctrina, se indicó que la Primera Sala ya ha declarado la inconstitucionalidad de distintas normas adjetivas por las que se faculta al juzgador la verificación de la correcta formulación de las conclusiones por parte del Representante Social y, en caso de advertir alguna irregularidad enviarlas al Procurador General, para que éste determine lo procedente. Se expuso que las porciones normativas respectivas daban oportunidad al juzgador instructor del proceso penal para que desarrollará una doble función: como juzgador y como auxiliar del órgano ministerial. En ese tenor, las normas de referencia se oponían a los principios de igualdad de las partes en el proceso, que incide en la observancia de que los derechos deben ejercerse en plena igualdad por las partes.
- d) En un segundo apartado del estudio, se analizaron las disposiciones legales correspondientes a la presentación de un pliego de conclusiones acusatorias por parte de la autoridad ministerial en un proceso del orden penal federal, con el objeto de describir y comprender dicha figura, a fin de resolver la interrogante planteada por el recurrente.
- e) Con todo lo anterior, en el tercer y último apartado del estudio desarrollado en la resolución se hace notar que la función del ente acusador, en el sistema procesal penal federal mexicano, se presenta en la consignación ministerial ante el juez que conoce de la causa penal. Momento en el que se presenta una hipótesis inicial de hechos y su

respectiva calificación delictiva, para que se pueda dar paso a la etapa de enjuiciamiento penal.

- f) Luego -se dijo-, no se debe soslayar que en la etapa de instrucción ya existe una acusación inicial, presentada en el momento de la consignación ministerial, lo que implica para el Representante Social que, únicamente, pruebe dicha hipótesis de acusación. Y, finalmente, en la etapa conclusiva de la instrucción, se presenta al juzgador el resumen de las perspectivas que tuvo cada una de las partes con el desarrollo de lo sucedido durante la instrucción del proceso.
- g) Consecuentemente, se declaró que las conclusiones acusatorias vertidas por el Ministerio Público configuran la posibilidad de que éste pueda sostener que con el desahogo de todo el material probatorio durante la instrucción del juicio su acusación inicial es lo suficientemente sólida para desvirtuar la presunción de inocencia del inculcado; por lo que constituyen la presentación final de la acusación, luego de que el procesado tuvo la oportunidad de conocer y responder la imputación.
- h) No obstante lo anterior, en la resolución de la mayoría, se distingue la circunstancia de que al ya haber sido formulada una hipótesis inicial de acusación por persona distinta al juez y desarrollada la actividad probatoria de las partes durante la instrucción, no puede considerarse que la atención del juzgador a pruebas desahogadas ante él, pero no mencionadas en el documento que contiene las conclusiones acusatorias, pueda generar riesgo para que al juzgar pueda tener distorsiones en la toma de decisión, de conformidad con la teoría de la *disonancia cognitiva*.
- i) Desde esa perspectiva, se puntualizó que era indudable que ya expuesta una acusación inicial por persona distinta al juez, desahogado un material probatorio sujeto a contradicción y expuestas visiones conclusivas sobre lo acontecido durante la instrucción, únicamente restaría al juez evaluar la capacidad explicativa de las hipótesis propuestas y razonar si la acusación cuenta con un fundamento racional sólido sobre los hechos afirmados de conformidad con las pruebas desahogadas

durante la instrucción penal. Lo que era compatible con "restringir las limitaciones del acceso a la verdad en un proceso penal, la satisfacción de intereses de la sociedad y la tutela de derechos de las víctimas u ofendidos".

- j) En ese entendido, se expuso que el hecho de que se autorice a la autoridad judicial la realización de una revisión de la totalidad del material probatorio contenido en autos, no significaba que ésta adoptara funciones de la autoridad ministerial, ya que es precisamente en la instrucción penal donde se desahogan las pruebas ante el juzgador que deben dar sustento a su sentencia.
- k) Respecto de lo anterior, se detalló que dicha circunstancia no implica que el juez pueda perfeccionar la acusación penal, pues está vinculado a los hechos que se afirman en la acusación y no puede ir más allá de los mismos, porque únicamente tiene la posibilidad de constatar si la afirmación de dichos hechos puede quedar probada con el material probatorio que se introdujo a la instrucción penal.
- l) Desde esa perspectiva, se destacó que no se actualizaba la misma razón por la cual esta Primera Sala declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos legales que facultaban al juzgador a instar la corrección de las conclusiones acusatorias por parte del Ministerio Público. Esto, ya que atender a un material probatorio que sí se desahogó ante el juez, durante la instrucción, no compromete de ninguna forma al juzgador en la formulación de una hipótesis de acusación, sino que permite a éste evaluar la capacidad explicativa tanto de la hipótesis de acusación como de las posibles hipótesis alternativas defensivas.
- m) Por otro lado, en la sentencia sostenida por los Ministros de la mayoría de la Primera Sala se consideró que la facultad de que el juez analice todas las pruebas que fueron introducidas en la instrucción penal, no genera indefensión alguna al inculpado, ya que, precisamente, durante el desarrollo de la instrucción penal, la defensa tiene la oportunidad de someter a contradicción el material probatorio de cargo o, en su

defecto, tiene perfectamente garantizado un recurso de apelación que se puede presentar en un momento inmediatamente posterior al dictado de la sentencia penal donde tiene la posibilidad de alegar lo relativo a una incorrecta valoración probatoria por parte del juzgador.

- n) Así, se concluyó que la posibilidad de que el juzgador tome en cuenta para el dictado de su sentencia pruebas que si bien están contenidas en autos e incluso que cumplen con los requisitos de validez, las mismas no fueron mencionadas en el pliego de conclusiones del Ministerio Público, no modifica los términos en que inicialmente se sustentó la acusación y no repercute en el hecho de que el acusado quede sin la posibilidad de una defensa adecuada. Ello, en atención a que la sentencia, y su correspondiente sanción, se emite con base a afirmaciones de hechos que no pueden ser modificados.

Frente a la decisión alcanzada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reseñada en los apartados previos, en la sesión respectiva expresé mi desacuerdo con la opinión mayoritaria.

III. Posición

Las razones de mi posición, radican en la necesidad de resolver si fue correcta la interpretación constitucional que el Tribunal Colegiado realizó en relación al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a que la autoridad judicial tiene la facultad para apreciar pruebas no consideradas por el Ministerio Público en las conclusiones acusatorias.

El problema era el siguiente: el quejoso planteó, como parte de sus conceptos de violación³ que el juzgador rebasó la acusación ministerial por aludir a pruebas que si bien estaban incorporadas al expediente judicial no fueron consideradas por el Ministerio Público al formular conclusiones, por lo que se violó en su perjuicio el artículo 21 de la Constitución Federal.

³ Conviene precisar que en la demanda de amparo se hicieron valer cuatro conceptos de violación, de los cuales los cuatro son principalmente de legalidad, y, en el segundo y cuarto, contienen argumentaciones referentes a la interpretación del artículo 21 de la Constitución Federal.

Desde mi óptica, la argumentación de agravio del recurrente, en la que cuestionó la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resultaba fundada. Luego, dicho planteamiento era eficaz para evidenciar que el aludido ejercicio interpretativo realizado por el órgano colegiado federal, fue incorrecto.

En efecto, partiendo de la idea de que el actual texto del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina la prevalencia de la protección de los derechos humanos reconocidos tanto en ese cuerpo normativo como en los tratados internacionales, el debido proceso penal constituye un derecho humano universalmente reconocido, cuyo concepto ha sido definido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.⁴

Un análisis sistemático de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite advertir la existencia de garantías judiciales, consagradas en los artículos 14, 16, 17, 19, 20, 21, 22 y 23, que tutelan la protección del derecho humano de debido proceso, en el contexto de las garantías de seguridad jurídica y de legalidad.⁵ La comprensión de principios que tutelan el debido proceso en el ámbito penal no es un tema novedoso.

La Constitución Federal ha mantenido un esquema de protección, incluso previo a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 -por la que se incorporó la implementación del sistema procesal penal acusatorio y oral-

⁴ Concepto retomado de los precedentes: Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 27; y, Caso Tribunal Constitucional, sentencia del 31 de enero del 2001, párrafo 69.

⁵ La clasificación de las garantías está definida desde la perspectiva doctrinal, en donde se ubican las previsiones contenidas en los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución Federal. Un análisis relativo es posible consultarlo en la obra: *Las Garantías Individuales, parte general de la colección Garantías Individuales*. 2ª edición, México, 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 73 a 82.

, esquema que resultaba aplicable para analizar el ejercicio de interpretación constitucional realizado por el Tribunal Colegiado.⁶

Y este sistema de garantías judiciales salvaguardadas en la Constitución Federal, que ha garantizado la protección del derecho humano al debido proceso penal, al mismo tiempo, es compatible con el contenido que le es otorgado por los artículos 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos⁷ y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸

⁶ Aquí, cabe aclarar que la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 insertó un cambio paradigmático en el sistema procesal penal, porque el legislador directamente reconoció la adopción del modelo acusatorio, en el artículo 20 constitucional. Sistema procesal que deberá aplicarse con la adición de la característica de oralidad, una vez cumplidos los términos establecidos para la vigencia de la disposición, a nivel federal y en las entidades federativas, de conformidad con los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. No obstante, como se enfatiza, en el caso el análisis de constitucionalidad aplicaban las disposiciones constitucionales previas a la reforma, en virtud de que en el ámbito federal no se había realizado la declaratoria legislativa para la aplicación del sistema procesal penal acusatorio delineado por la Constitución Federal.

⁷ Artículo 8. Garantías judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un **juez o tribunal** competente, independiente e **imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [énfasis destacado]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁸ Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional, al establecer la división las facultades del Ministerio Público y de la autoridad judicial, indefectiblemente pugna por la salvaguarda del principio de imparcialidad judicial.

A partir de los elementos narrados, me pareció que fue incorrecta la apreciación del Tribunal Colegiado, sobre el artículo 21, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal; en el sentido de que la apreciación de la totalidad de las constancias probatorias es una facultad de la autoridad judicial que no debe sujetarse al límite de la acusación, porque de lo contrario se afecta el arbitrio y la función jurisdiccional. Dicha interpretación se contrapone con lo previsto en los artículos 14, párrafo segundo, 17,

carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

párrafo segundo, y 20, apartado A, fracción IX, y 21 de la Carta Magna -texto anterior a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008- porque es contraria a la división clara de funciones de la autoridad judicial y la representación social, al ejercicio efectivamente imparcial de las funciones del juzgador, el derecho a un debido proceso, el principio de igualdad de partes y contradicción. Por lo que el agravio que expresó el recurrente resultaba esencialmente fundado.

A partir del análisis de los artículos 291, 292 y 293 del Código Federal de Procedimientos Penales, se advierte que las formalidades que deben observarse y los supuestos hipotéticos que podrán actualizarse, y a los que están sujetos las partes, en resumen, son los siguientes:

- En la tramitación del proceso penal, una vez agotado el periodo probatorio, el juzgador debe requerir al Ministerio Público de la Federación para que, con vista en los autos, presente las conclusiones que estime pertinentes.
- La formulación de conclusiones ministeriales está sujeta al cumplimiento de las formalidades específicas, pero es imprescindible que se elaboren por escrito y se presenten en el término de diez días en caso de que el expediente no exceda de doscientas fojas, de lo contrario podrá considerarse la ampliación de un día por cada cien fojas excedentes o fracción, sin que el término final sea superior a treinta días hábiles.
- El Ministerio Público de la Federación, al formular sus conclusiones, hará la precisión de si hay o no lugar a acusación.
- Tratándose de la formulación de conclusiones acusatorias, la legislación procesal exige la fijación en proposiciones concretas, los hechos punibles que atribuya al acusado, las sanciones correspondientes, y la cita de leyes y jurisprudencia aplicables al caso. Dichas proposiciones deben contener los elementos constitutivos del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad, así como las circunstancias que se deben tomar en cuenta para la individualización de la pena.

Ahora bien, tratándose de la formulación de conclusiones acusatorias, el Código Adjetivo Federal de referencia establece el procedimiento a seguir

para hacerlas del conocimiento del acusado para su eventual contestación. La norma penal adjetiva prevé las reglas a seguir para la presentación de la respuesta y las conclusiones propias del acusado, en oposición a las de la acusación del Ministerio Público. El procedimiento es el siguiente:

- Una vez formuladas las conclusiones acusatorias por el agente del Ministerio Público o por el Procurador General de la República, en su caso, el juzgador las deberá dar a conocer al acusado y a su defensor, y les dará vista de todo el proceso.
- Posteriormente, el acusado y su defensor tendrán un término de diez días, en caso de que el expediente no exceda de doscientas fojas, de lo contrario podrá considerarse la ampliación de un día por cada cien fojas excedentes o fracción, sin que el término final sea superior a treinta días hábiles, para dar contestación al escrito de acusación y formular, a su vez, las conclusiones que consideren pertinentes.

A partir de lo anterior, la interpretación constitucional realizada por el órgano colegiado de amparo permite que el juzgador instructor del proceso penal desarrolle una doble función, como juzgador y auxiliar del órgano ministerial. Circunstancia que se materializa en el momento en que el juez analiza pruebas que no fueron mencionadas en el pliego de conclusiones acusatorias del Ministerio Público, para efectos de considerarlas al emitir la sentencia correspondiente. Por tanto, es incorrecto que dicha interpretación esté apegada a los parámetros constitucionales, como se sostuvo en la resolución de mayoría de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Entre las consideraciones vertidas por los Ministros de la decisión mayoritaria, destaca el señalamiento en el sentido de que la facultad de la autoridad judicial para examinar en su totalidad las constancias procesales -las de cargo y descargo-, no puede ser coartada por la falta de mención en las conclusiones del Representante Social, ya que su análisis constituye precisamente el arbitrio y la función jurisdiccional.

En la sentencia de la Primera Sala se precisó que el estudio de las constancias procesales no es una prerrogativa a favor del órgano de acusación, pues de considerarlo así el juzgador -que es a quien por disposición constitucional compete la imposición de las penas- no estaría en condiciones de decidir la controversia.

La anterior consideración no la comparto. En mi opinión, el principio de imparcialidad jurisdiccional, tutelado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no admite asumir como válidas las consideraciones precedentes. La directriz que impera en las garantías judiciales establecidas en los artículos 14, párrafo segundo, 17, párrafo segundo, y 21, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal, son enfáticas en destacar la inexcusable separación de las funciones que desempeñan el Ministerio Público y el juzgador, como órganos del Estado, en el proceso penal.

Aunado a que el debido proceso constituye un derecho humano cuya observancia y efectividad exige el respeto de una serie de garantías judiciales; entre ellas, el juzgamiento por un juez imparcial y objetivo, así como respeto al derecho de igualdad de partes en el proceso y contradicción, las cuales forman parte de la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento, que son garantías que se encuentran tuteladas en las normas constitucionales citadas; mismas que son vulneradas por la interpretación constitucional que, a mi parecer, realizó el Tribunal Colegiado que conoció del juicio de amparo.

Un sistema penal que toma en serio la adopción de los principios que tutelan el derecho humano de debido proceso penal no tiene por qué admitir la realización de actos que fusionen o conjunten las funciones del ente acusador y del juzgador. Por lo que es inadmisibles afirmar que permanezca incólume la imparcialidad del juzgador y el respeto al principio de igualdad de partes, cuando la interpretación constitucional realizada por la Primera Sala del Máximo Tribunal del país permite que el juzgador analice las pruebas contenidas en autos que no fueron mencionadas por la representación social en su pliego de conclusiones acusatorias.

El seguimiento de un proceso penal debe tener claramente identificadas y delimitadas las facultades de quienes intervienen en el mismo. El juzgador, como órgano del Estado que depende del Poder Judicial, no comparte facultades con otro poder estatal; desempeña la actividad de juzgamiento de un caso concreto, con pleno respeto y vigilancia de la observancia de las directrices que conforman el derecho de debido proceso penal. Así, se coloca como eje central, ante quien las partes hacen valer sus pretensiones, vigila la instrucción legal del proceso y resuelve el caso a través de las normas aplicables al caso concreto.

En una posición independiente del juzgador y en franca contradicción mutua se ubican los intereses del Ministerio Público y la defensa. El órgano encargado de materializar el interés del Estado por perseguir las acciones delictivas está representado por el Ministerio Público, dependiente del Poder Ejecutivo, quien detenta esta facultad constitucional y el denominado ejercicio de la acción penal. Sin embargo, cabe aclarar, ¿Qué alcances tienen los conceptos persecución del delito y ejercicio de la acción penal? La persecución delictiva, en atención a los parámetros de significación que le otorga el artículo 21 de la Constitución Federal -texto preexistente a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008-, no pueden ser otra que la investigación de los hechos que motivan el señalamiento de que se ha cometido una conducta considerada como delito en las leyes penales; actividad a la que está adherida la facultad para buscar las pruebas que afirmen el efectivo acontecimiento del hecho investigado; las cuales podrá presentar al juicio respectivo. En tanto que, por ejercicio de la acción penal, se define la función por la que dicho órgano insta a la autoridad judicial para que conozca del asunto relacionado con la investigación, misma que inicia con la consignación, la cual representa el primer sometimiento de los hechos al conocimiento de la autoridad judicial y alcanza su máxima expresión con la acusación formal que deriva de la conclusión del proceso penal.

Particular mención merece el reconocimiento de la víctima u ofendido como parte en el proceso penal, quien está facultado para ejercer los derechos que le confiere la Constitución Federal, en aras de que se le imparta justicia

y sea resarcido del daño. En consecuencia, para hacer valer los derechos constitucionalmente reconocidos es necesario que se provea toda posibilidad de audiencia y réplica, en torno a los actos que se desarrollan en el proceso penal.

Por otra parte, la actuación de la defensa se expresa en el ejercicio pleno del derecho de defensa adecuada y el principio de contradicción, frente a la imputación que se formula. En este punto, el defensor y el imputado comparten un interés común: tener el debido conocimiento de la imputación, defenderse de la misma y solicitar la exacta aplicación de la ley penal. La garantía del acusado a contar con una defensa adecuada está comprendida en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Federal -texto anterior a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008-, y en los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a una defensa adecuada en el contexto del debido proceso penal, ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido que: "*para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*".⁹

Ahora bien, sobre el derecho de defensa adecuada del inculcado frente a la acusación que obra en su contra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ ha desarrollado el principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia, en los términos siguientes [énfasis añadido]:

La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la

⁹ Corte I.D.H., "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párrafo 117.

¹⁰ Corte I.D.H., Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 67 y 74.

consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. [...] El llamado "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre los hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

[...]

La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia.

La etapa conclusiva de la instrucción da lugar a que las partes expongan al juzgador el sentido de sus pretensiones finales, las cuales derivan de la tramitación de esta etapa procedimental en la que se ofrecieron y desahogaron pruebas, tanto para sustentar la acusación como para rebatirla. En consecuencia, constituye una circunstancia fundamental, que presenta al juzgador el resumen de las perspectivas que tuvo cada una de las partes con el desarrollo de la instrucción del proceso penal, y es con estas pretensiones con las que el juzgador pasa a la etapa de juzgamiento para decidir lo que en derecho corresponda.

Tratándose del Ministerio Público, por constituir un órgano técnico del Estado, en quien recae la facultad constitucional al investigar los hechos delictivos y, en principio, el ejercicio de la acción penal, salvo la previsión de excepciones legales, la presentación de las conclusiones está matizada de cierto rigor de exposición. Ello obedece a la trascendencia de su actuación.

Las conclusiones del Ministerio Público constituyen la presentación final de la acusación, luego de que el procesado tuvo oportunidad de conocer y responder la imputación. Por este motivo, es necesario que se formulen en forma clara y precisa, mediante la precisión de los datos fácticos

relevantes para la acusación y que generan consecuencias jurídico penales, así como la invocación de los preceptos legales y jurisprudencia aplicables. Aunado a que el imputado tendrá la posibilidad de rebatir los términos en que las conclusiones son sustentadas por el Ministerio Público, al momento de dar contestación al escrito de acusación.

Y, en atención al carácter de acusador que detenta, las conclusiones que presente el Ministerio Público deben exponer al juzgador los razonamientos necesarios que, en caso de proceder, resulten suficientes para sustentar una sentencia condenatoria. El carácter independiente del Ministerio Público, que ejerce las facultades de investigación del delito y de ejercicio de la acción penal, no admite intromisiones por otro órgano del Estado. Y toda determinación penal que implique afectación a la esfera jurídica del sentenciado debe ser precedida de la acusación ministerial.

Claro está, como he mencionado, el juzgador debe mantener una posición imparcial frente a las partes del proceso penal; lo que implica la prohibición de interferir de tal manera que asuma la representación o defensa de alguna de ellas. Por explicarlo de alguna manera, la posición que incidiera en la actividad que es propia de una de las partes podría actualizarse cuando el juzgador se involucra al grado de proponer, obtener y presentar en el proceso pruebas con la finalidad de respaldar la posición que pretende sostener y demostrar alguna de las partes.

Connotación que de ninguna manera debe confundirse con el deber del juzgador de custodiar, en el marco del debido proceso penal, el respeto de los derechos constitucionales del imputado y de la víctima. La intervención de tutela que realiza el impartidor de justicia en estos términos, no solamente constituye una intervención en la que detenta o ejerce facultades que le corresponden, sino de ocupar el rol de vigilar el debido cumplimiento al derecho humano de debido proceso penal.

La problemática que plantea la interpretación del artículo 21, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal, realizada por la mayoría de los Ministros, recae en reconocer como facultad del juzgador para analizar pruebas no contenidas en el pliego de conclusiones acusatorias

emitidas, de tal manera que lo involucra para que asuma facultades que son propias del Ministerio Público.

Aspecto que evidentemente trastoca la división de funciones competenciales de los órganos del Estado, pertenecientes al poder ejecutivo y judicial, en quienes recaen las facultades diferenciadas de persecución del delito y ejercicio de la acción penal -Ministerio Público-, que es plenamente diferenciado de la relativa a la administración de justicia -autoridad judicial-.

Además, cabe advertir que si la Primera Sala, en el amparo directo en revisión 1603/2011,¹¹ declaró la inconstitucionalidad del artículo 339 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán; así como, al resolver los amparos en revisión 167/2012 y 558/2012,¹² determinó la inconstitucionalidad de los artículos 294 y 295 del Código Federal de Procedimientos Penales, al concluir que dichas normas procedimentales, que facultan al juzgador a instar la corrección de las conclusiones acusatorias por parte del Ministerio Público, son contrarias a la división de funciones de la autoridad judicial y la representación social; dichos precedentes no tienen diferencia esencial con la pregunta planteada por el recurrente en amparo directo en revisión 3684/2012.

Permitir que el juez de la causa aprecie pruebas no consideradas en el pliego de conclusiones acusatorias representa una invasión a las facultades acusatorias propias de la autoridad ministerial. Incluso permite que el juzgador vaya más allá del pliego acusatorio, situación aún más grave pues ante dicha actuación el inculpado no tiene defensa alguna. Lo que denota una clara corrección de la acusación por parte del juzgador, al suplir la deficiencia del Ministerio Público, quien no sustentó las afirmaciones jurídicas base de la acusación en las pruebas incorporadas al juicio; sino que ante tal deficiencia es el juez quien realiza el ejercicio de vinculación entre afirmaciones y pruebas.

¹¹ Resuelto por unanimidad de votos, en sesión de 4 de noviembre de 2012, del que fui ponente.

¹² Resuelto por unanimidad de votos, en las sesiones de 2 de mayo y 7 de noviembre, ambos de 2012, bajo la Ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

La interpretación constitucional asumida por los Ministros de la mayoría permite actualizar los efectos siguientes:

- a) La posibilidad de que el juzgador, para el dictado de la sentencia, considere y valore pruebas que no fueron incorporadas en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público deja al acusado en un completo estado de indefensión.

Como se mencionó en párrafos precedentes, una vez formulado el pliego de acusación conclusivo, el Juez de la causa debe ordenar que el mismo se haga del conocimiento del acusado y su defensor, quienes tendrán la posibilidad de contestar el escrito de acusación y formular, a su vez, las conclusiones que crean pertinentes. En este sentido, su estrategia de defensa es formulada con base a la forma y contenido que contienen las conclusiones presentadas por la representación social en su acusación.

Así, la posibilidad de que el juzgador tome en cuenta para el dictado de su sentencia, pruebas que si bien están contenidas en autos e incluso que cumplen con los requisitos de validez, las mismas no fueron mencionadas en el pliego de conclusiones del Ministerio Público, modificaría los términos en que éste sustentó el acusación, y permitiría que el acusado quedara sin la posibilidad de una defensa adecuada. Ello, en atención a que la sentencia y su correspondiente sanción se estarían emitiendo con base a circunstancias distintas de las que fueron señaladas en el pliego de conclusiones acusatorias, vulnerando en perjuicio de acusado su derecho a una defensa adecuada en el debido proceso penal.

- b) Por otro lado, dicha interpretación confiere facultades a la autoridad judicial, que son propias del órgano ministerial. En efecto, autoriza al órgano judicial, encargado de la instrucción del proceso penal, a realizar una revisión de la totalidad del material probatorio contenido en autos, aun cuando algunas pruebas no hayan sido invocadas en las

conclusiones acusatorias formuladas por el Ministerio Público, para que emita la sentencia correspondiente.

Hipótesis que permitiría al juzgador la corrección de la omisión por parte de la representación social de comprender en su pliego de conclusiones, otras pruebas contenidas en autos. Supuesto que, sin lugar a dudas, genera que el juzgador esté en posibilidad de realizar una revisión de comprobación del ilícito por el que formuló acusación el Ministerio Público, con base en un ejercicio de exploración de la totalidad de las pruebas contenidas en autos, alejado por completo de la congruencia que debe observarse con el contenido en la acusación.

Al actualizarse lo anterior, la posibilidad de que el juzgador interfiera en el proceso, con acciones que son propias de la autoridad ministerial, se materializa porque la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Colegiado lo faculta para analizar pruebas no contenidas en el pliego de acusación del Ministerio Público. El análisis que hace el juzgador de las pruebas que no fueron mencionadas por el órgano de acusación, indudablemente implica un análisis de verificación correctiva que permitirá subsanar las deficiencias de la acusación ministerial, en un esquema coadyuvado que indudablemente resultará en beneficio de su perfeccionamiento.

Sin duda, esta situación significa que el juzgador ejerza acciones de supervisión y perfeccionamiento *motu proprio* de la acusación ministerial para efectos del dictado de la sentencia. Actuación que es contraria al postulado de división de funciones competencias contenido en la Constitución Federal, caracterizado por la tutela de división de facultades de los órganos estatales de persecución y ejercicio de la acción penal propias del Ministerio Público, frente a las correspondientes al ámbito de administración de justicia que competen a la autoridad judicial; además, se opone a los principios de igualdad de partes en el proceso, que incide en el ejercicio de los derechos en plena equidad de las partes, contradicción, y de juzgamiento por autoridad judicial imparcial y objetiva.

Por otro lado, se causa efecto perjudicial en el ejercicio de la defensa adecuada del acusado, ya que la corrección de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público que realiza el juzgador al analizar pruebas no invocadas en dicho pliego para el dictado de la sentencia, le impide al acusado la formulación de una defensa apropiada, ya que el sustento de la acusación ha sido modificado, por lo que las conclusiones de defensa del acusado no podrán combatir las consideraciones iniciales de la representación social.

En la confrontación argumentativa anterior, sostengo que de la interpretación constitucional del artículo 21, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal, se desprende la imposibilidad del juzgador de analizar pruebas que no hayan sido materia de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público. Ello, acorde al derecho a una defensa adecuada, contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, y a la división de funciones competenciales que respaldan la tutela del principio de imparcialidad judicial, exigible por dicho artículo 21 constitucional -ambos del texto anterior a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008-. La cual, paralelamente, desarrolla un incentivo de modificar los medios internos de control institucional, para el Ministerio Público, respecto a la formulación de la acusación, para que se realizaren acorde a las constancias de autos y generar mayor atención profesional de las acusaciones que se pretenden sostener.

En mi opinión, no es posible mantener un doble discurso en la interpretación constitucional respecto al alcance de protección y garantía del derecho humano al debido proceso penal. La Primera Sala ha sostenido la inconstitucionalidad de normas que permiten al juzgador instruir un procedimiento de corrección de las conclusiones acusatorias, previo al dictado de la sentencia; precisamente por vulnerar la división de funciones, entre el juzgador y el acusador, con demerito de la imparcialidad con que debe actuar el órgano de decisión judicial. Criterio al que debería dársele un alcance extensivo, por mera congruencia jurídica, para dotar de prioridad el principio de litis cerrada de la acusación y que el juzgador

decida la controversia únicamente basándose en los parámetros de la acusación.

De este modo, en la resolución del amparo directo en revisión 3684/2012 se debió declarar incorrecta la interpretación del artículo 21 de la Constitución Federal, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que resolvió el juicio de amparo 108/2011; pues aun cuando puedan existir datos de prueba contundentes para afirmar la plena responsabilidad del sentenciado, si el acusador es deficiente en la acusación, no debe imperar el discurso de evitabilidad de impunidad, para que el juez reconfigure o construya la acusación, en total violación al derecho humano de debido proceso. Es por lo anterior que se formuló el voto particular que aquí se reseña.

*EL JUEZ ELECTORAL EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO EN MÉXICO **

*Manuel González Oropeza ***

* Conferencia Magistral impartida por el Magistrado Manuel González Oropeza, el día 4 de febrero de 2014, en el auditorio "Dr. Héctor Fix-Zamudio" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Investigador Nacional Nivel III SNI; desde 2006 se desempeña como Magistrado de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Recibido: 15 de agosto de 2014.
Aceptado: 15 de agosto de 2014.

Resumen:

El Juez en nuestro país ha tenido que vencer muchos obstáculos de diversa índole, dada la formación de instituciones que tenemos en México, donde la democracia se ha identificado, de alguna manera, con la voluntad de la mayoría y con las elecciones. Recientemente los jueces se han encargado del control de la convencionalidad en el que se fija una perspectiva en favor de los derechos humanos, cada vez más han sido protagónicos en nuestro país porque no hay derecho fundamental que no tenga una resolución judicial que defina el alcance y el contenido de ese derecho.

Los jueces electorales no solamente protegen los derechos fundamentales, que son pieza clave del sistema democrático de un país, sino también contemplan la protección de lo que se llama la forma republicana de gobierno.

Sin lugar a dudas, hay una nueva perspectiva en nuestro sistema y lo tenemos que afrontar con toda la humildad, cuidado, responsabilidad de los Jueces, Magistrados, y de la sociedad mexicana.

Palabras claves: Juez, electoral, control de convencionalidad, derechos humanos, sociedad, responsabilidad.

Abstract:

The judge in our country has had to overcome many obstacles of various natures, due to the formation of the institutions that we have in Mexico, where democracy has been identified in some way with the willing of the majority and the voting elections. Recently Judges have been committed to take control of compliance in which the perspective is fixed in favor of human rights, Judges in our country increasingly have been taken lead roles due to the lack of fundamental rights that do not have a court resolution to define the scope and content of the right itself.

Electoral judges not only protect the fundamental rights, that are key to the democratic system of the country but also consider the protection of what is called the republican form of government.

Without a doubt, there is a new perspective in our system and we have to face it with all modesty, carefulness, responsibility of the Judges, Magistrates and the Mexican society.

Key words: Judge, electoral, control of compliance, Human rights, society, responsibility.

En las actuales circunstancias político-electorales por las cuales está atravesando nuestro país, es muy importante que la Sala Superior y las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación externen algunas opiniones y sugerencias sobre la Reforma Político-Electoral que acaba de ser aprobada por el Constituyente Permanente y que redunde en un cambio sustantivo de las instituciones electorales en nuestro país. Pero tampoco se trata de que sólo las autoridades electorales de este país hagan públicas sus observaciones, sino que esto sea una invitación para que toda la ciudadanía e instituciones públicas y privadas participen en la vida democrática de México.

Recientemente Paloma Biglino, Representante de España ante la Comisión de Venecia, se congratulaba de que México estuviera tan cerca de las instituciones académicas y de la discusión de los temas democráticos a nivel global. México también está presente en esta Comisión de Venecia, cuya principal actividad consiste en prestar asesoramiento para la preparación de las constituciones, enmiendas constitucionales y legislación para-constitucional, así como la legislación sobre las minorías o legislación electoral de los países que así lo soliciten, es decir, a petición de un tribunal constitucional (o de un órgano equivalente), la Comisión de Venecia puede dar una opinión *amicus curiae* (de expertos) sobre aspectos del derecho comparado o del derecho internacional en relación a los asuntos pendientes en el tribunal en cuestión.

De hecho la justicia electoral en nuestro país tiene una vocación internacionalista, porque la justicia electoral y muchas de nuestras actuales instituciones surgen a partir de recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para garantizar el Estado de derecho en nuestro país, y gracias a un par de recomendaciones de dicha Comisión en 1992 es que el Estado mexicano hace el esfuerzo de crear todo el Sistema de Justicia Electoral a nivel federal y estatal, para así lograr que la política sea objeto de escrutinio judicial, pero sobre todo, para conseguir que la política esté subordinada al Derecho.

Es por ello que es necesario comenzar estas palabras manifestando que el Juez en nuestro país ha tenido que vencer muchos obstáculos de diversa

índole, dada la formación de instituciones que tenemos en México, donde la democracia se ha identificado, de alguna manera, con la voluntad de la mayoría y con las elecciones.

Los jueces no son electos, son seleccionados, no son objeto de una elección popular y en ocasiones no ven ese interés de la mayoría sino el respeto de las minorías; Robert Dole señala que el respeto de las minorías, los derechos de las minorías, es lo que verdaderamente caracteriza a una democracia, no solamente lo que opina la mayoría.

Es por ello que en 1996 surge la Justicia Electoral Federal y de ahí se repercute en las entidades federativas en nuestro país. ¡Qué paradoja que los jueces sean ahora los encargados de dirimir los conflictos que antes se consideraban como conflictos políticos y alejados del escrutinio judicial, sometidos estrictamente a las facultades de los órganos políticos!

Ignacio Luis Vallarte, en sus célebres *Votos*, desde 1879 manifestaba que los Tribunales deberían estar alejados de resolver cuestiones que atañían a los órganos políticos; que no podían dirimir cuestiones de legitimidad, en pocas palabras, que no podían resolver conflictos electorales.

Cuando se atrevía la Suprema Corte a opinar para resolver un conflicto electoral en el Estado de Morelos, lamentablemente no podía ir en contra de las resoluciones de los Colegios Electorales de los Congresos. Esta decisión evidentemente marcó a nuestro país durante más de un siglo y la transformación fue absolutamente radical, porque ahora son los jueces quienes califican las elecciones, quienes declaran la validez de un proceso electoral e incluso quienes resuelven sobre la elección del presidente de la República y quienes también resuelven -en última instancia- los conflictos que puedan surgir en las elecciones de gobernadores, de representantes por el principio de representación proporcional, etcétera.

¿Cómo es que llegamos a ese cambio de paradigma hace un poco más de 20 años? Lo hicimos conociendo y adecuando nuestra realidad a través de la tradición jurídica de otros países, en donde los jueces de alguna manera han conocido de cuestiones electorales, como en el caso de los

Estados Unidos, que si bien nos inspiró -o inspiró a Vallarta- a determinar el alejamiento de la justicia de la política, Estados Unidos volcó esa jurisprudencia en el año de 1962, en el Caso Baker contra Carr y siguió a partir de entonces toda una jurisprudencia con muchos principios, entre los cuales se encuentra el célebre "Un Hombre, Un Voto", así como todas las controversias en materia de distritación electoral que son bien conocidas.

Un ejemplo reciente ha sido la distritación de Texas, en un país donde los problemas de distritación se dan por cuestiones de etnicidad, de discriminación hacia minorías étnicas. En otros países la distritación, de alguna manera, también se puede utilizar para manipular las preferencias electorales.

El hecho es de que a partir de hace más de dos décadas el Juez mexicano ha incursionado en las labores más profundas de la democracia y de las instituciones públicas de nuestro país.

Pero todavía antes de que se estableciera la justicia electoral, los jueces constitucionales mexicanos eran garantes del sistema federal, del sistema de responsabilidades y del sistema de competencias constitucionales en los órganos de gobierno.

Surge esta facultad a partir de una reforma en la Constitución del Estado de Morelos en 1870, que establece por primera vez la controversia constitucional en nuestro país; la regula en cinco artículos de la Constitución y pretende que cualquier conflicto competencial entre los órganos de gobierno en el Estado sea resuelto por el Tribunal Superior de Justicia.

El Diputado Constituyente de 1917 y Ministro de la Suprema Corte Hilario Medina se equivocó cuando dijo que la controversia constitucional era un aerolito que había caído del cielo en el terreno constitucional mexicano porque efectivamente, ya tenía sus antecedentes en algunas Constituciones Estatales, a las que en ocasiones no prestamos la atención que merecen, pese a que ellas son la cuna de muchas otras instituciones que tiene nuestro país.

Gracias a la controversia constitucional se garantizan dos instituciones importantes que son fundamentales para el Estado de derecho y, en consecuencia, para la democracia: la separación de poderes en nuestro país, las competencias entre los órganos de gobierno y el sistema federal para dirimir los conflictos competenciales entre la Federación y los Estados.

Las acciones de inconstitucionalidad que se innovaron también en 1995 ya determinan una declaratoria de generalidad hacia la constitucionalidad de las leyes y el amparo -que tiene la gran tradición que todos conocemos y de la cual nos enorgullecemos- protege los derechos fundamentales en nuestro país.

Recientemente los jueces se han encargado -más que ningún otro órgano de gobierno, aunque no sólo corresponde a ellos- del control de la convencionalidad, ese gigante dormido que desde 1857 existe en nuestro país, definido como Ley Suprema de la Unión pero a la que todavía falta por darle el contenido y el alcance verdadero de cómo es que los Tratados Internacionales son Ley Suprema de la Unión.

En ese control de la convencionalidad se fija una perspectiva en favor de los derechos humanos, perspectiva en la que México tiene en el contexto americano, un papel preponderante. Digo de América porque la influencia de los Estados Unidos, de la que no podemos escapar, nos ha hecho creer que los Tratados Internacionales tienen ciertas restricciones en la implementación, a través de Leyes de implementación y a que una vez firmado el Tratado, el Congreso es el encargado de implementarlo a través de una ley.

Todos nuestros Tratados son autoaplicativos y evidentemente, en materia de Derechos Humanos, tienen una jerarquía -como lo ha definido nuestra Suprema Corte de Justicia- por encima del derecho doméstico, incluyendo el federal y el estatal, y han sido los jueces los encargados de darle contenido y validez a estos derechos humanos.

No obstante, no es tan fácil como parece. No son los jueces los únicos encargados de estas grandes labores. Evidentemente que en materia de

derechos humanos los jueces cada vez más han sido protagónicos en nuestro país porque no hay derecho fundamental que no tenga una resolución judicial que defina el alcance y el contenido de ese derecho.

Si repasamos el Título Primero de las antes llamadas *Garantías Individuales*, ahora denominadas de los *Derechos del Hombre*, la regulación o la legislación en materia de derechos humanos ha sido corta o escasa, por no decir que inexistente, para fijar el contenido a cada uno de los derechos previstos en la Constitución.

Han sido los tribunales constitucionales de México, como los de los Estados de Veracruz y Chiapas sólo por citar unos ejemplos, los que se han encargado de darle contenido, fijar límites y, en todo caso, resolver cuáles son los alcances de estos derechos a través de las resoluciones, a través de la jurisprudencia y a través de todas estas cuestiones de conflictos que se generan entre los habitantes del país.

En materia electoral, por ejemplo, no cabe duda que los derechos de votar, ser votado, afiliarse o asociarse han sido importantes factores definidos no en las leyes electorales sino más bien en las resoluciones del Tribunal.

Como ejemplo tenemos un caso de hace algunos años, en donde si bien la Constitución establece que el derecho a ser votado y a desempeñar el cargo conforme a la ley pareciera que se acaba al momento de que un funcionario es electo, toma protesta y es declarada válida la elección. Pero el Tribunal Electoral en esa época determinó que había un alcance mayor en su derecho a ser votado, es decir, a desempeñar el cargo conforme a la ley.

El Tribunal Electoral ha conocido y resuelto muchos asuntos en materia de autoridades municipales, diputados y senadores, en donde cualquier obstáculo para el desempeño de la ley, una vez tomando protesta y ya habiéndose declarada la validez de dicha elección, de todas formas el derecho a ser votado genera una protección por parte de los tribunales en México que no tendría por supuesto en ningún otro tribunal nacional.

De tal manera, el alcance de estos derechos políticos ha sido fijado en cada una de las tesis y jurisprudencias de los tribunales electorales, algo que ha ocurrido de la misma manera respecto de todos los demás derechos por parte de los tribunales de amparo en nuestro país.

En el año 2000 la Constitución del Estado de Veracruz determinó un juicio de protección de derechos para los ciudadanos veracruzanos, en acatamiento a la Declaración de Derechos que tiene la Constitución.

Por primera vez se le dio el papel en una entidad federativa a los jueces estatales, de la corresponsabilidad para proteger los Derechos Humanos al nivel local porque finalmente los Derechos Humanos no son competencia exclusiva de nadie, son responsabilidad de todas las autoridades. Al hablar de todas las autoridades no solamente me refiero a los jueces sino también a todas las demás autoridades políticas del país.

Pero los jueces -y sobre todo, los jueces electorales- no solamente protegen los derechos fundamentales, que son pieza clave del sistema democrático de un país, sino también contemplan la protección de lo que se llama la forma republicana de gobierno.

De manera reciente tuvimos en nuestras manos un antecedente de la Suprema Corte de Justicia, de 1872, previo al amparo Morelos de 1874, en donde Sebastián Lerdo de Tejada, entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia, otorga la protección de la justicia federal contra actos de jueces estatales en Yucatán que se habían prorrogado en su mandato debido a que la ley del Estado había ampliado el plazo de dos a cuatro años de esos jueces estatales.

En la época, los jueces estatales de Yucatán eran electos y estos jueces ya habían sido electos por un período de dos años. En el inter se reforma la ley y se amplía ese período a cuatro años.

Algunos de los quejosos en este amparo consideraban que se estaban prorrogando en su mandato, porque si bien la ley había ampliado el período de los jueces, esta ley ya no les debería de cubrir en su período, sino que

debería de aplicarse *ex tunc*; es decir, a partir de los próximos jueces nombrados una vez finalizado el período de dos años.

La Suprema Corte de Justicia, con Sebastián Lerdo de Tejada y los Ministros de gran talante que lo acompañaban, considerada que efectivamente esto era contrario al artículo 16 de la Constitución y que esos jueces se habían convertido en jueces incompetentes de origen, por lo tanto, la forma republicana de gobierno que determina períodos y plazos fijos para cada uno de los funcionarios debería de respetarse y las leyes que modificaran esa forma podrían hacerlo pero para los subsecuentes funcionarios.

Esto es interesante porque efectivamente la forma republicana de gobierno que se establece en la Constitución en diversos artículos, y que actualmente está en el artículo 119 de nuestra Carta Magna, fue un argumento desechado por la Suprema Corte de Estados Unidos cuando en 1849 resolvió el caso Luther contra Borden (*Luther v. Borden*, 48 U.S. 1, 1849), que fue el primer caso sometido a la resolución de un tribunal sobre las elecciones en un Estado, el de Rhode Island, y la Suprema Corte de Justicia, en esa época, determinó que estas cuestiones eran no justificables, que eran cuestiones políticas.

Ese es el núcleo que inspira o en el que funda Vallarta los amparos de León Guzmán de 1878 o el de Salvador Dondé un año después, tres décadas después del caso Luther contra Borden. Nosotros ya desde 1872 habíamos incursionado en que la garantía de la forma republicana de gobierno no solo correspondía a los órganos políticos sino también a los jueces.

La mayor carga de juicios que resuelven los tribunales electorales del país, corresponden en un 60 por ciento mínimo no tanto a la validez de las elecciones o a apelaciones de las autoridades administrativas electorales, sino a los juicios de protección de derechos políticos.

Esto es muy importante porque, en efecto, se ha convertido en un juicio ciudadano que protege *al ciudadano*, el objeto principal de la democracia. Y entre esos juicios ciudadanos, independientemente del individuo que se ve afectado por una resolución en cuanto a su identificación electoral u otras cuestiones administrativas de esa naturaleza, se tiene la oportunidad de resolver cuestiones fundamentales, que desde el año 2003 el Tribunal Electoral ha incursionado en revisar las decisiones o los actos de los partidos políticos al interior de esos mismos partidos políticos.

Esto es una cuestión que en muchos países, ni los más democráticos que tengamos nosotros catalogados, lo han logrado hacer, y que si bien existen limitaciones para los tribunales electorales de no involucrarse en la vida interna de los partidos políticos porque debe respetarse el que finalmente es una asociación de ciudadanos; y en efecto, precisamente por ser asociación de ciudadanos, éstos deben de conservar sus derechos políticos y derechos fundamentales en general, como por ejemplo el de la libertad de expresión al interior del partido político.

Antes del establecimiento de candidaturas independientes, lo cual ya existe en nuestro país, la única manera que tenían los ciudadanos para participar en las instituciones de su país era a través de los partidos políticos. Es evidente que cualquier sanción al interior del partido, como la expulsión, la suspensión de derechos al interior del partido del ciudadano, tenía un efecto muy grande en sus derechos políticos como militante.

A partir del 2003 empezamos a desarrollar una jurisprudencia cada vez más acorde con los objetivos de un partido político. No olvidemos que en la ciencia política clásica, los partidos políticos son organizaciones jerárquicamente organizadas, donde la dirigencia podía hacer o dictar prácticamente toda la vida interna del partido.

En la más reciente visita a Chisinau, capital de Moldavia, nos pudimos percatar de que en ese país predomina el sistema de representación proporcional pura, en donde la lista de los partidos políticos es la única que fija candidatos y los ciudadanos nada más votan a los candidatos que

los partidos políticos establecen en sus listas; ahora Moldavia quiere introducir el sistema de mayoría que tuvo antes de 1994 pero que lo perdió, de tal manera que quiere hacer un sistema mixto como tenemos nosotros en este momento.

Por eso es muy importante que los partidos políticos observen los principios democráticos al interior de la vida partidaria, algo que han venido haciendo con mayor apertura.

Pero también la contribución de los jueces en ese sentido es cada vez más importante. Aun antes de la reforma constitucional del 2007 que le permitía al Tribunal Electoral tener la facultad para declarar la inconstitucionalidad de leyes electorales, ya desde un año antes se habían considerado algunas disposiciones estatutarias de los partidos como inconstitucionales, y de esa manera se colaboraba con los partidos para que sus militantes gozaran de la democracia desde el interior de la organización, y siendo el partido el motor principal de la democracia no podía dejar de ser democrático el partido mismo.

Entonces, los tribunales han incursionado en estas cuestiones, pero también en los usos y costumbres de comunidades indígenas, por ejemplo. Las comunidades indígenas de México que representan aproximadamente el 10 por ciento de nuestra población, y en 1995 empezaron a practicar elecciones con un derecho alternativo, dictado por sus usos y costumbres y no con el derecho estatal de partidos políticos; esto fue un gran logro previsto bajo el auspicio del Convenio 169 de la OIT que refleja los derechos indígenas mínimos de cualquier país.

Sin embargo, se han estado detectando o corrigiendo algunas manipulaciones que se han dado al interior de las comunidades indígenas en detrimento, sobre todo, de las llamadas minorías, como las de género, que en realidad es mayoría numérica; en algunas comunidades los usos y costumbres de ese caso en particular es de que no voten las mujeres sino sólo los hombres, y casos así han llegado al Tribunal Electoral.

En este momento está en vías de resolución el asunto de Choapam, en donde de manera muy tajante la autoridad indígena dijo: "en esta comunidad los mayores de 60 años no votan", y claro, la mitad de los Magistrados del Tribunal Electoral se han sentido agraviados (pues ya han rebasado esa edad o están próxima a ella). Evidentemente no puede haber una discriminación basada en la edad, lo dice nuestra propia Constitución.

Y ahora también las comunidades indígenas están cada vez más siendo objeto de escrutinio judicial, precisamente para que la democracia llegue también a las comunidades indígenas, con la participación de todos, sin que les sea impuesta ninguna restricción, como por ejemplo el *tequio*.

El *tequio* o faena como se le dice de distintas maneras en nuestro país, es el trabajo comunitario que se tiene que hacer por todos los integrantes de la comunidad para poder ascender en los cargos públicos.

Por supuesto, si una comunidad que está a cuatro horas de distancia caminando de la cabecera municipal y la cabecera impone un tequio en esa cabecera, esto implica que la persona de esa agencia o de esa comunidad lejana tiene que caminar cuatro horas y tiene que hacer un tequio de alguna manera que sólo va a beneficiar a la cabecera municipal, dejando las necesidades de su agencia o de su comunidad alejada, y si no lo hace, entonces no puede votar, ni ser votado.

Ello indica que ha habido cierta manipulación de esta actividad dentro de las comunidades indígenas de nuestro país, lo que el Tribunal Electoral está tratando, de alguna manera, de corregir; esto es una muestra de cómo los jueces están contribuyendo a la democracia.

Existe el caso paradigmático de un Juez cuya actividad es una clara muestra de cómo ellos pueden contribuir con su trabajo en la consolidación de la democracia. Aharon Barak, quien fuera presidente de la Suprema Corte de Israel, ha hecho algunas reflexiones muy interesantes sobre cómo los jueces pueden participar en los procesos democráticos de nuestros respectivos países. Para empezar, hace una afirmación que llama mucho

la atención y debiera convertirse en una máxima, "los jueces no somos políticos y al no ser políticos no tenemos agenda, y al no tener agenda tratamos de resolver las cuestiones no de acuerdo a una tendencia ideológica de partido, sino de acuerdo a lo que entendemos que es el texto de la ley".

Esta cuestión se ha discutido mucho en otros países sobre si es posible que haya jueces imparciales que no obedezcan a sus tendencias, a sus ideologías, y en nuestra opinión, creemos que es absolutamente cierto.

Por supuesto, como individuos estamos sujetos de una serie de formaciones o ideas preconcebidas, de educaciones, de valores, que sólo nos podemos explicar en nuestro contexto. Sin embargo, la mejor manera de evitar cualquier tendencia o agenda es tratar de hacer una interpretación de la Constitución y de las leyes de acuerdo al propósito que tienen. Barak determina esto como la "interpretación de propósito", que es la que permite de alguna manera determinar cuál es la intención del legislador o del constituyente, en su caso.

Sin embargo, creemos que a esa explicación debemos nosotros también de reconocer que los jueces no pueden ser, no pueden estar subordinados a la intención de un legislador o a la intención de una circunstancia política histórica que se haya dado en una reforma constitucional o en una reforma legal.

Para que los jueces verdaderamente cumplan un papel determinante con la democracia, debe de entenderse una cuestión que es muy difícil en nuestro país, y es que también los jueces interpretan la Constitución de la misma manera en que el legislador interpreta la Constitución al legislar.

Por supuesto que los Jueces y Magistrados no legislan, pero en las resoluciones tienen la obligación de interpretar la Constitución como si se estuviera legislando, sin la pretensión de tener una regla abstracta y general, sino solamente con la pretensión de aplicar la Constitución y la ley para un caso concreto.

Evidentemente, esto obliga a que el Juez y el Magistrado no esté sometido a la voluntad del legislador que muchas veces no existe como tal, sobre todo en las leyes políticas y en las leyes electorales. Las leyes políticas y las leyes electorales debemos de comprenderlas como lo que son, un objeto de la negociación política, y por lo tanto, un objeto de la circunstancia parlamentaria.

Y muchas veces al tratar de aplicar una ley electoral o una norma de carácter político, pues el Juez está en la disyuntiva de aplicar una parte de esa norma o de aplicar la otra parte que quizá se contraponen, porque muchas veces estas normas se forman y se configuran de esa manera.

Una fracción parlamentaria aporta un párrafo, otra fracción parlamentaria aporta otro párrafo y, bueno, para que la norma sea aprobada se tienen que aprobar los dos párrafos. Pero después los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas se ponen un poco a dilucidar cuál es la verdadera intención de esta ley aprobada.

Un Juez no sólo opina, sino que debe ser muy cauto y reflexivo al resolver cualquier asunto que llega a sus manos; puede tardarse seis meses o un año en un proyecto, tiempo suficiente para analizarlo. En el caso de los Magistrados del Tribunal Electoral sólo cuentan con quince días para reflexionar, analizar y resolver los asuntos que les son turnados; es mucha la responsabilidad y muy poco el tiempo, pero aun así se tiene que afrontar esta situación, y se afronta con la decisión de que los jueces no están necesariamente subordinados a la voluntad del legislador, sobre todo cuando opera en materia de derechos fundamentales la omisión legislativa, una institución a la que cada vez más tiene que prestarse mayor atención, porque cada vez más nos damos cuenta de ella en nuestro país; instituciones constitucionales, derechos que no han sido reglamentados, candidaturas independientes que no han sido debidamente reglamentadas y muchas otras instituciones que no han sido contempladas en los reglamentos, pero que ya están en puerta.

En este momento hay varios juicios en el Tribunal Electoral que se han resuelto, porque ya los ciudadanos exigen tener un registro como candidatos independientes, por citar sólo un ejemplo.

Entonces, si los jueces no son para legisladores, permítasenos el término, entonces todo el sistema constitucional de nuestro país, todo el control de la convencionalidad, todo lo que ha avanzado nuestro país en los derechos fundamentales puede venirse abajo.

No podemos culpar a nadie, no es culpa de nadie, pero es responsabilidad de todos los que tenemos que estar actuando, y dentro de la responsabilidad de un Juez es precisamente resolver el caso.

Ya en el Código Civil de los franceses, Napoleón decía que ningún Juez podrá dejar de resolver por ausencia u oscuridad en el texto de la ley, esto es un principio general del derecho desde su codificación. De tal manera que esa es la gran responsabilidad del Juez y de la manera en que lo pueda hacer, bien o mal, es su participación en la democracia.

Los jueces no tenemos agendas, como dice Barak, tenemos el ideal de aplicar la Constitución y para eso, pues la tenemos que aplicarla directamente.

Véase que el papel del Juez ya dejó de ser el de resolver conflictos entre particulares, cuestiones de derechos reales o del derecho contractual, todas estas cuestiones que fueron importantísimas en el siglo XIX y que todavía los jueces mexicanos nos procuramos y tendemos a hacerlo, pero cada vez más existe el interés público en la función jurisdiccional y necesitamos nosotros prepararnos, precisamente en el derecho público.

Para muchos de nosotros la preparación en el derecho público exige que el Juez conozca de la historia jurídica de nuestro país, pero también el derecho comparado. El único que puede guiarnos en nuevas soluciones es conocer qué es lo que se ha resuelto por otros tribunales en otras latitudes sobre estos mismos temas, cuidando de no aplicarlos directamente,

pero conocerlos por lo menos, conocer la argumentación y aplicarla al caso concreto, innovando en este sentido.

De tal manera vemos cuál es el papel del Juez en la democracia, no solamente el Juez electoral, sino también del Juez constitucional. El Juez electoral, por cierto, es constitucional, pero bueno, el Juez constitucional amplio y a partir del caso Radilla todos los jueces son también jueces constitucionales en nuestro país y todos los jueces deben de aplicar el derecho internacional, como lo prescribe el artículo 133.

Es una gran responsabilidad ser Juez, como también es una gran responsabilidad ser diputado. Felicitamos la reforma por la reelección, porque necesitaba un contacto electoral nuestra ciudadanía para premiar al buen diputado, al buen senador; el principio de no reelección para el titular del Poder Ejecutivo, ya sea estatal y federal, debe de permanecer todavía intacto por nuestra historia, pero algo pasó en 1933 que se extendió hacia la vida parlamentaria, que le afectó muchísimo, con gran pesar para todos, aunque esperemos que ya se estará resolviendo en un futuro quizá no muy lejano.

Pero sin lugar a dudas, hay una nueva perspectiva en nuestro sistema y lo tenemos que afrontar con toda la humildad, pero eso sí, con todo el cuidado y precaución del tamaño de la responsabilidad que está en manos de los Jueces y Magistrados, y por supuesto, de toda la sociedad mexicana.

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN CHIHUAHUA

*Jorge Higinio Mazpúlez Pérez**

* Notario Público No. 14 del Distrito Judicial Morelos, Licenciado en Derecho con Honores Cum Laudae por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Labor docente de 53 años en la UACH, impartiendo las cátedras de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Garantías Individuales, Filosofía de la Historia y Epistemología. Ha sido maestro durante 26 años en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Chihuahua. Asesor Académico de la sociedad legal internacional de honores "Phi Delta Phi", creándose en el 1999 el Capítulo Mazpúlez Pérez Inn. Reconocido en el año 2007 por el H. Ayuntamiento del Municipio de Chihuahua como "Ciudadano Distinguido" del Municipio de Chihuahua. El Instituto de Ciencias Jurídicas de Egresados de la Universidad Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Aragón A.C., le otorgó la Presea, "Tepantlató" al Mérito Académico en 2007.

Recibido: 30 de octubre 2014
Aceptado: 31 de octubre 2014

Resumen:

Las recientes reformas constitucionales en Chihuahua han motivado las reflexiones, que sin pretensiones de un análisis profundo, aquí se expresan y han de ser de esta manera por la recién entrada en vigor de la reforma constitucional, que el 18 de octubre de 2014 amplió la potestad del Poder Judicial del Estado para aplicar además de las leyes del fuero común en materia civil, familiar, penal, de justicia para adolescentes, extinción de dominio y justicia alternativa, se extendió la competencia a las materias fiscal y administrativa en el territorio del Estado, y en estrecha vinculación con ésta, la emisión de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, publicada en el 29 de octubre de 2014 por lo que, en espera de las leyes que dan cuerpo y consistencia a esa materia, esta colaboración se ciñe al límite que ello impone.

Además se realiza un análisis sobre los órganos judiciales que en los Estados son los encargados de la impartición de justicia administrativa, que deban atenerse al principio de legalidad como principio rector de su función, con una actuación pronta, completa, imparcial, gratuita e independiente. El estricto cumplimiento de estos principios habrá de determinar la calidad de justicia impartida.

Palabras clave: fiscal, administrativo, órganos judiciales, justicia, principio de legalidad, estatal.

Abstract:

Recent constitutional reforms have motivated to the reflections, without pretending to a deep analysis, are expressed and have to be this way due to the new entry into force of the constitutional reform. Which on October 18th, 2014. expanded the power of the Judicial Branch of the State to apply in addition to the laws of general jurisdiction in civil, family, criminal matters, justice for adolescents, extinction of dominion and alternative justice, competition was extended to include fiscal and administrative matters in the territory of the State, and closely linked to it, the issuance of the new Organic Law of the Judicial Power of the State, published on October 29th, 2014 therefore, pending laws that give body and consistency to that matter, this collaboration adheres to the limit that it enforces.

Besides an analysis is performed to the courts in the States which are responsible for the impartation of administrative justice, that must comply with the principle of legality as a guiding principle of their function, with a prompt, thorough, impartial, free and independent action. The strict adherence to these principles will determine the quality of justice dispensed.

Key words: fiscal, administrative, judicial branch, justice, principle of legality, state.

Las recientes reformas constitucionales en Chihuahua, han incluido la postergada justicia administrativa en sede jurisdiccional, que más allá de los medios de defensa de los gobernados, hasta ahora, contemplados en el Código Administrativo y las diferentes leyes segregadas de éste, el Código Fiscal, así como la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Chihuahua que regulan su actuación, en sentido estricto, se había mantenido ausente del contexto normativo administrativo-jurisdiccional estatal contrariamente a lo sucedido en otros estados de la república que a partir de la reforma del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 22 de agosto de 1996, autorizó la creación e integración de tribunales especializados con competencia para conocer de la materia contenciosa administrativa, asumieron esta atribución.

Ello ha motivado las reflexiones, que de manera muy superficial, sin pretensiones de un análisis profundo, aquí se expresan y han de ser de esta manera porque, en primer término, por la recién entrada en vigor de la reforma constitucional, que el 18 de octubre de 2014 amplió la potestad del Poder Judicial del Estado para aplicar además de las leyes del fuero común en materia civil, familiar, penal, de justicia para adolescentes, extinción de dominio y justicia alternativa, se extendió la competencia a las materias fiscal y administrativa en el territorio del Estado, y en estrecha vinculación con ésta, la emisión de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, publicada el 29 de octubre de 2014 por lo que, en espera de las leyes que le dan cuerpo y consistencia a esa materia, esta colaboración se ciñe al límite que ello impone, por tanto, sin analizar cuestiones como el procedimiento administrativo o los recursos del mismo orden. En segundo término, porque si bien es cierto, a nivel federal hay amplia experiencia en la materia y gran cantidad de estudios realizados por destacados juristas, el objetivo aquí trazado es, a partir de esta experiencia y análisis, ubicar la justicia administrativa local en el contexto de la impartición de justicia en lo general, tan sólo señalando los elementos esenciales que aquella comparte con ésta.

Como punto de partida, de estos comentarios, tomemos la definición de justicia administrativa que hace el distinguido jurista Héctor Fix Samudio,¹ nos dice que la "justicia administrativa está constituida por un conjunto bastante amplio y crecientemente complejo de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de la administración pública o de la conducta en materia administrativa de cualquier autoridad, por medio de los cuales se resuelven los conflictos que se producen entre la administración y los administrados". Acertadamente el autor sostiene que en ese concepto está contenida la jurisdicción administrativa como uno de los instrumentos jurídicos y procesales para la tutela de los particulares frente a la administración pública.

Al referir el concepto al "crecientemente complejo de instrumentos jurídicos", previene y admite la futura inclusión de instrumentos jurídicos que puedan introducirse a nuestro sistema jurídico, previsión que adquiere relieve y pertinencia actualmente con motivo de las reformas a la Constitución Federal, leyes ordinarias y la creación de otras de los últimos dos años, además de las que necesariamente habrán de expedirse en Chihuahua, de las que sin duda habrán de hacer surgir en su aplicación, situaciones jurídicas nuevas entre la administración pública y los administrados o gobernados y por tanto, el eventual surgimiento de conflictos, cuya solución se da en sede administrativa² o ante los tribunales competentes.

En lo particular, la jurisdicción administrativa en las entidades federativas aun percibida en su carácter instrumental, es decir, desprovista de los caracteres filosóficos que rodean a la justicia en lo general, sino únicamente como mecanismo jurídico establecido por el legislador para la impartición de justicia como servicio público, evidentemente y en principio, debe ajustarse a lo establecido en el artículo 17 de la CPEUM, y por ende a lo

¹ Fix Samudio, Héctor, *Concepto y Contenido de la Justicia Administrativa*, México, Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz, Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 149.

² ALCALA Zamora y CASTILLO Nieto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*.

establecido en los artículos 116 y 122 del mismo cuerpo normativo, en el sentido de que los tribunales que en la actualidad la ejercen, así como los que se creen en el futuro, han de apegarse sin restricciones a los principios que de ahí emanan, dado que los derechos fundamentales que nuestra Carta Magna reconoce y protege en su artículo 1º, lo previsto en el 17, en tanto garantía, viene a ser la piedra de toque o punto de partida para la salvaguarda y tutela judicial efectiva de esos derechos. Esto porque a partir de la reforma al artículo 1º de junio de 2011 la solución de conflictos que se presenten entre la autoridad administrativa y los particulares ha de ser atendiendo la protección de los derechos humanos de estos cuando como personas físicas la administración pública transgreda su esfera jurídica.

De ahí, que en este caso los órganos judiciales de los estados, encargados de la impartición de la justicia administrativa, deban atenerse al principio de legalidad, como principio rector de su función, entendido como la obligación de actuar dentro del marco de competencias que les señala la ley, sin soslayar que la actividad de las autoridades administrativas también incluye las funciones de gestión y de las actividades de prestación de servicios o de mercado de la administración. Es por ello, que su actuación habrá de ser pronta, completa, imparcial, gratuita e independiente. El estricto cumplimiento de estos principios habrá de determinar la calidad de justicia impartida. Así, su función para ser expedita tendrá que desempeñarse con agilidad y oportunidad dentro de los plazos y términos legales y para ello, es necesario dotarlos de leyes procesales que concedan plazos razonables para el desahogo de cada una de las etapas de los procesos, y al interior en su organización y estructura proporcione a los juzgadores una administración y gestión adecuada de las herramientas y recursos tanto materiales como humanos, de tal manera que estos estén debidamente capacitados y en número suficiente para desempeñar su labor en tiempo y forma. Por lo que hace a la completitud, que no es otra cosa que la exhaustividad, entendida en los términos establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN): en el sentido de que dicha garantía constitucional tutela que el tribunal resuelva en su integridad la contienda puesta a su consideración, sin dejar de pronunciarse respecto de cada uno de los puntos debatidos en el juicio, esto es, que debe abordar el

análisis de toda la controversia o resolución impugnadas sin omitir algún punto determinante de la acción o de la excepción de las partes en conflicto. Así, también la SCJN ha sostenido que la imparcialidad, como característica fundamental de la función jurisdiccional, así como el desapego al interés de las partes, sean privadas o públicas, pues sus resoluciones deben ser dictadas conforme derecho y su actividad primordial se agota en el pronunciamiento de la sentencia. Ahora bien, el acceso a la justicia como garantía constitucional se aprecia como la posibilidad de justiciable, ante la prohibición de hacerse justicia por propia mano, de acudir a las instancias jurisdiccionales para que se resuelva sobre la prevalencia de sus derechos subjetivos e intereses cuando los considere vulnerados. Hay autores que afirman que ésta, junto con la defensoría de oficio y el uso de medios alternativos para la solución de conflictos, se desprende tácitamente de la lectura de los dictámenes y de las exposiciones de motivos de las reformas recientes al artículo 17 constitucional, pero además la SCJN ha sostenido que: "Al establecer el artículo 17 de la Constitución, entre otras garantías, que la justicia deberá ser expedita y gratuita no hace otra cosa que imponer la obligación a cargo de las autoridades judiciales para substanciar y resolver los juicios ante ellas ventilados dentro de los términos consignados por las leyes procesales respectivas, función jurisdiccional que además deberá ser gratuita, o sea, con prohibición a cobrar costas a las partes o remuneración alguna por el servicio prestado". Así las garantías anteriores, resultan ser los elementos indispensables para darle contenido y sustento a las garantías de independencia y autonomía, en este caso de la impartición de justicia administrativa en sede jurisdiccional, vistas como la seguridad de que la actuación de los órganos a quienes se les encomiende, responde a un apego absoluto al principio de legalidad, dado que la satisfacción de ellas garantiza y da certidumbre a la función jurisdiccional.

En cuanto a la autonomía de la función jurisdiccional, la fracción V del artículo 116 de la CPEUM claramente estipula que los órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos deberán contar con plena autonomía para dictar sus fallos. Cuestión de la mayor trascendencia e importancia en la materia contenciosa administrativa, ya que es a través de este tipo de órganos jurisdiccionales que el ciudadano puede tener un

verdadero control sobre los actos del Estado y para ello se requiere que el juzgador cuente con el respaldo institucional y los elementos necesarios que le permitan resolver de manera imparcial. Sin embargo, el término autonomía visto en los giros que toma en varias disposiciones y normas constitucionales merece atención especial con el objeto de precisar cuál es el sentido aplicable a los tribunales contencioso administrativos.

En principio, sin mayor interpretación que la letra de la ley, se aprecia que en la fracción V del artículo 116 de la CPEUM, la atribución concedida a las entidades federativas consiste en "instituir Tribunales de lo Contencioso-Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos...", lo que desde esta perspectiva la pretensión del Constituyente Permanente fue establecer que esa clase de autonomía va dirigida a que los juzgadores encargados de esos tribunales tengan la expedita posibilidad de realizar su función juzgadora sin intromisión o subordinación a cualesquiera de los poderes de los estados o de otra autoridad, aunque ajena institucionalmente a estos, con la posibilidad de influir en la toma de decisiones al emitir sus fallos. Esto, no sólo tiene relevancia por la función misma, que debe darse en escrito apego a la división de poderes, principio base y fundamento del Estado de derecho, dado que el término en cuestión, dependiendo del fin perseguido por el Constituyente Permanente, se utiliza en la Constitución Federal de diferente manera a la apuntada y además en ocasiones añadiéndole algún calificativo que lo hace más concreto, pero que requiere una interpretación distinta a la mera letra de la ley, dado el contexto normativo en el que se ubica.

Así el vocablo autonomía, lo encontramos al referirse: al derecho de los pueblos indígenas para su libre determinación (artículo 2°); a las universidades como la facultad y la responsabilidad de gobernarse y así mismas (artículo 3°); al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, al que dota de "plena autonomía técnica y de gestión", con capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública (artículo 6° fracción VIII) al parecer en esta norma el término autonomía no se orienta a la libertad

para emitir sus fallos, sin que ello signifique que no le tenga, sino de manera directa a dos tipos de diferentes como lo son la de gestión y la técnica, por otra parte, dentro de la misma disposición normativa (inciso B, fracción V) en materia de radiodifusión y telecomunicaciones dispone la integración de un órgano público descentralizado con autonomía técnica, operativa, de decisión y de gestión; en cuanto al Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica ordena la creación de un organismo con autonomía técnica y de gestión (artículo 26 inciso B); para la administración de justicia agraria, la ley instituirá tribunales dotados de autonomía y plena jurisdicción, aquí por tratarse de órganos administrativos encargados de impartir justicia en esa materia, debe entenderse la acepción en el sentido apuntado para la función contencioso administrativa en sentido estricto, sin soslayar que si bien los tribunales agrarios también resuelven controversias que tienen como punto de partida actos de la administración pública federal, la facultad aparece reservada a estos tribunales federales (artículo 27, fracción XIX) agregando la plenitud de jurisdicción que según Gabriela María Chain Castro³ consiste en, dictar sentencias en las que, además de anular, pueden ordenar la modificación de las resoluciones y actos impugnados condenando, en su caso, a las autoridades al cumplimiento de ciertas obligaciones y por tanto con la "atribución legal para imponer sanciones a la autoridad que se muestre contumaz en el incumplimiento de las resoluciones"; por lo que hace al Instituto Nacional Electoral (artículo 41, fracción V, Apartado A), nos dice que es un organismo público autónomo, sin duda aquí estableciendo que no estará adscrito a ninguno de los poderes del Estado Mexicano, pues en otra norma del mismo apartado previene que será autoridad en la materia, independiente en sus decisiones y funcionamiento, por lo que sin expresarlo esa independencia al decidir, debe ser interpretada como la garantía de autonomía con sujeción al imperio de la ley y por ello imparcial, toda vez que al señalar las funciones de la Contraloría General de ese instituto indica que serán con autonomía técnica y de gestión, ubicándose esto en la garantía de independencia en su funcionamiento que emana de la concedida al órgano electoral del que es parte.

³ Fix Zamudio, Héctor, op. cit., nota 1.

Aun cuando posteriormente se haga referencia a la facultad del Congreso de la Unión (artículo 73, fracción XXIX-H) "para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones", en este punto la mención se hace para destacar que con ello claramente está indicando la autonomía para juzgar con plenitud de jurisdicción, así como la independencia en su funcionamiento. Asimismo, la fracción II del artículo 74, otorga la Cámara de Diputados la facultad de coordinar a la entidad de fiscalización superior de la Federación, a la que ahí mismo le concede la autonomía técnica y de gestión que luego ratifica en los artículos 79 y 116. Por otra parte, cuando en el artículo 102 ordena el establecimiento de los organismos tanto federales como estatales destinados a la protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, la autonomía está referida tanto a la separación constitucional de otros órganos y poderes del estado, sino también orientada a la independencia en el funcionamiento pues cuentan con facultades para conocer de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos, con la salvedad de que su función está acotada a formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas y no a resolver controversias que se den entre particulares y la administración pública. Respecto de las facultades de estos organismos, es pertinente señalar que forman parte de la Justicia Administrativa en los términos en que se definió en párrafos anteriores pero no forman parte de la jurisdicción, administrativa propiamente dicha de acuerdo con la diferenciación que de ellas hace Fix Zamudio.⁴

Por otra parte, en el artículo 116 fracción IV, inciso c), al mencionar a las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las

⁴ Fix Zamudio, Héctor, op. cit., nota 1.

jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, al referirse a la autonomía la orienta a su funcionamiento, es decir en sentido contrario al que lo hace en las normas constitucionales antes indicadas pues a continuación prescribe que serán "independientes" en sus decisiones, lo que debe entenderse al propio tiempo como autonomía para emitir sus resoluciones. Sin olvidar que, así como en el caso de los tribunales agrarios en materia agraria, los órganos jurisdiccionales electorales son especializados, mas no especiales, encargados de resolver las controversias en materia electoral originados en actos administrativos que surgen de la competencia y atribuciones de los órganos administrativo electorales, pero que refiriendo ahora la actividad al orden estatal, tampoco forman parte de la jurisdicción en materia contenciosa administrativa ahora concedida al Poder Judicial del Estado que tiene por objeto, como se dijo anteriormente, dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares.

Del examen anterior a las normas constitucionales en las que se hace mención directa al vocablo autonomía, se hace evidente que en algunas normas se le da el tratamiento de atribución para resolver controversias sin sometimiento o subordinación a ninguna influencia o intromisión para ejercerla y que aun cuando la protección que ofrece esta garantía va dirigida a órganos tales como los tribunales, sean estos constitucionales, federales o del orden común, en realidad se le está concediendo como independencia, al juzgador en lo individual, ya que aun en el caso de que éste actúe como integrante de un órgano colegiado, los individuos que los integran están en libertad de emitir su opinión ya sea ubicados en la unanimidad, la mayoría y la disidencia expresada en la emisión de votos particulares o concurrentes con sus respectivas variantes.

En otras normas, la autonomía esta dirigida a señalar que el órgano al que se le otorga no forma parte de ninguno de los poderes del estado, señalando expresamente que se trata de órganos "autónomos". Sin embargo, en otras normas literalmente se establece que la autonomía es en el funcionamiento a la que le agregan calificativos tales como de gestión, técnica, financiera o presupuestal, operativa o de decisión y en esas mismas normas se dispone que la independencia es la toma de decisiones.

Finalmente más allá de cualquier debate jurídico en torno a esos vocablos que como conceptos jurídicos parecen traslaparse en el texto constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como máximo intérprete de las normas constitucionales ha dispuesto: *"DIVISIÓN DE PODERES. PARA EVITAR LA VULNERACIÓN A ESTE PRINCIPIO EXISTEN PROHIBICIONES IMPLÍCITAS REFERIDAS A LA NO INTROMISIÓN, A LA NO DEPENDENCIA Y A LA NO SUBORDINACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. El artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe implícitamente tres mandatos prohibitivos dirigidos a los poderes públicos de las entidades federativas, para que respeten el principio de división de poderes, a saber: a) a la no intromisión, b) a la no dependencia y c) a la no subordinación de cualquiera de los poderes con respecto a los otros. La intromisión es el grado más leve de violación al principio de división de poderes, se actualiza cuando uno de los poderes se inmiscuye o interfiere en una cuestión propia de otro, sin que de ello resulte una afectación determinante en la toma de decisiones o que genere sumisión. La dependencia conforma el siguiente nivel de violación al citado principio, y representa un grado mayor de vulneración, puesto que implica que un poder impida a otro, de forma intijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. La subordinación se traduce en el más grave nivel de violación al principio de división de poderes, ya que no sólo implica que un poder no pueda tomar autónomamente sus decisiones, sino que además debe someterse a la voluntad del poder subordinante; la diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el poder dependiente puede optar por evitar la imposición por parte de otro poder, en la subordinación el poder subordinante no permite al subordinado un curso de acción distinto al que le prescribe. En ese sentido, estos conceptos son grados de la misma violación, por lo que la más grave lleva implícita la anterior. Controversia constitucional 35/2000. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. 22 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Roberto Lara*

Chagoyán. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy treinta y uno de agosto en curso, aprobó, con el número 80/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta y uno de agosto de dos mil cuatro. Época: Novena Época. Registro: 180537. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, septiembre de 2004. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 83/2004. Página: 1187".

Ahora bien, como se mencionó en párrafos anteriores, el Constituyente Permanente delegó al Congreso de la Unión en el artículo 73, fracción XXIX-H, la facultad de "para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares..." ésta facultad fue ejercida con la emisión en la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que en su artículo 1º párrafo primero, dispone que: "El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un tribunal de lo contencioso-administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con la organización y atribuciones que esta Ley establece". A continuación en el segundo párrafo le concede lo que resumidamente puede sostenerse, siguiendo la terminología de otras normas constitucionales antedichas, como "autonomía presupuestal".

Por otra parte, el artículo de esa ley orgánica, ordena que el presidente de la República, con la aprobación de la Cámara de Senadores, nombrará a los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, quedando desde esta perspectiva, abierta la discusión de si, como en el modelo francés, ese tribunal forma parte del Poder Ejecutivo Federal, argumento fortalecido por el hecho de que el artículo 94 de la CPEUM no lo incorpora como formando parte del Poder Judicial, lo que explica el porque la procedencia de la revisión o juicio de amparo, según sea el caso (artículo 104 y 107 de la CPEUM), contra sus determinaciones y por tanto, debiera incorporarse a la ley que organiza y rige la administración pública federal o como lo sostienen algunos, que realmente ese Tribunal

no forma parte de dicha administración pues no basta para considerarlo así la circunstancia de que la facultad de nombramiento de los magistrados sea del presidente de la República, como tampoco es suficiente el argumento de que es la imparcialidad de los juzgadores la que se vería preservada si los agentes encargados de impartir justicia en la materia contencioso administrativa formara parte de la administración pública federal, ya que para el desempeño de esa función no depende de la adscripción a uno o a otro poder.

Para todo efecto práctico, por lo que se refiera a Chihuahua, siguiendo la tradición judicialista y la tendencia que se ha manifestado en el resto de las entidades federadas que le han instaurado, los órganos encargados de la justicia administrativa son los que conforman el Poder Judicial del Estado, por así haberlo determinado el Poder Constituyente Local, competencia que antes ejercía, tan sólo el Pleno del STJE, al conocer de manera limitada sobre controversias fiscales a través del llamado juicio de oposición, que era del conocimiento únicamente de ese órgano judicial, de esta forma a partir de la reforma a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua (CPECH) de 18 de octubre de 2014, en su artículo 99 se estableció que: "La potestad de aplicar las leyes del fuero común en materia civil, familiar, penal, de justicia para adolescentes, fiscal, administrativa, de extinción de dominio y justicia alternativa, en el territorio del Estado, corresponde al Poder Judicial, salvo las excepciones previstas en la ley. Lo anterior sin perjuicio de las potestades que deriven de otros ordenamientos". Como se desprende de la letra de la norma, hemos de entender que la materia contenciosa administrativa sobre la que han de conocer, salas del STJE será la relativa a todo acto de la administración pública, salvo las excepciones que se establezcan en la legislación secundaria, y que de conformidad con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, se dispuso que esa tarea queda encomendada a "salas de lo contencioso administrativo y fiscal" que serán unitarias y conocerán de las impugnaciones que se presenten en términos de lo dispuesto por las leyes de la materia.

Por las razones antes dichas, no queda sino la bienvenida a la decisión tomada por el Constituyente Permanente Local, de hacer posible la protección de la justicia local en materia de lo contencioso administrativa para los particulares, o como quiera que se les designe, ya sea gobernados o administrados, sin que sea esencialmente determinante para la función si formalmente el órgano encargado de impartirla es autónomo en los términos antes apuntados o si se encomienda, como sucede a partir de las modificaciones legales en Chihuahua a salas del STJE, ya que lo verdaderamente importante para la impartición de justicia administrativa estrictamente jurisdiccional, es que las controversias generadas con la emisión o generación de actos administrativos que en opinión de aquellos a quienes van dirigidos directo o indirectamente afecte sus derechos subjetivos o sus intereses, puedan ser dirimidas en sede jurisdiccional, más allá de la autocomposición y autodefensa que al conflicto pueda darse en sede administrativa, que en la particular situación de Chihuahua, hasta antes de la mencionada reforma que motiva estos comentarios, resultaba inaplazable, pues si bien es cierto, en el Código Administrativo vigente, otrora instrumento legal con reconocimiento nacional por su precisión y complitud, se establecen los medios de defensa y recursos que quien se considere afectado en su esfera jurídica puede utilizar para la defensa de los mismos, lo cierto es que a partir de la disgregación especializada que se hizo de ese código a través de las diferentes leyes de carácter administrativo, la materia considerada como parte de la justicia administrativa, en este caso en sede administrativa, trajo como resultado que en cada una de esas leyes se establecieron recursos administrativos tales como la revisión o la queja, concediéndoles el mismo tratamiento o asimilando ésta última a la primera, por lo que la sistematización adecuada que de ello se haga, ahora obligadamente, a partir de la entrada en vigor de las reformas mencionadas para hacer más completa y eficaz su instauración, sin duda alguna redundará en beneficio de la impartición de justicia en el Estado de Chihuahua.

Además, siguiendo el nuevo texto del artículo 99 ya mencionado, se da competencia al STJE para la impartición de la justicia alternativa, que asumimos se trata de utilizar los mecanismos de mediación y conciliación

para la solución de controversias que puedan suscitarse en la materias sobre las que la potestad del PJE pueda ejercer la función concedida, ello antes de incitar al órgano judicial que habrá de resolver en definitiva las controversias y toda vez que la norma referida no hace distingo alguno en cuanto a que si la justicia alternativa pueda utilizarse en materia civil, entendida en el sentido amplio, debe entenderse entonces que este medio alternativo de resolver los conflictos es, a partir de las reformas, aplicable también a las materias fiscal y administrativa, acabando así con el prurito, sustento de antiguas oposiciones para establecer en Chihuahua, la justicia administrativa en sede jurisdiccional, sin importar, por las razones antes dichas, a que órgano o tribunal al que se le encomendara, en el sentido de que era inútil establecer la justicia administrativa en sede jurisdiccional, dado que prácticamente todas las controversias suscitadas por la actuación administrativa concluían en convenios o acuerdos entre los gobernados o particulares y la administración pública estatal, que en esencia se trataba de actos de autoritarismo que no admitían impugnación ni permitían su cuestionamiento y que finalmente, ahí estaba la justicia federal para resolver la cuestión. De ahí que, la institucionalización la mediación o conciliación en sede jurisdiccional, como justicia alternativa, resulta un mecanismo con el rango de garantía en el sentido del artículo 1º de la CPEUM y que en materia estrictamente jurisdiccional emana del artículo 17 del mismo cuerpo normativo.

ÉTICA JUDICIAL Y SU APLICACIÓN DIARIA *

Mariano Azuela Güitrón **

SUMARIO: I. Introducción; II. Actualidad de la ética judicial; III. Las virtudes; IV. Código de Ética del Poder Judicial de la Federación; V. Las virtudes cardinales, en general; VI. Las virtudes cardinales; VII. Conclusión.

* Conferencia Magistral impartida por el Ministro en Retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mariano Azuela Güitrón, el día 19 de marzo de 2014, en el Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

* Ministro en Retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Presidente de la Junta de Honor del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Se ha desempeñado como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, Presidente del Tribunal Fiscal de la Federación, Director General del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisionado y Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Recibido: 15 de mayo de 2014
Aceptado: 15 de mayo de 2014

Resumen:

La insistencia sobre la necesidad de la ética judicial se origina, desde la Cumbre Judicial Iberoamericana, su Secretaría Permanente depositada en España, convocó a las naciones iberoamericanas a participar en reuniones para fortalecer y mejorar el funcionamiento de los órganos impartidores de justicia. En año 2001 en Santa Cruz de Tenerife, Islas Canarias, España se realiza una nueva Cumbre emitiéndose el Estatuto del Juez Iberoamericano que busca evitar caer en situaciones contrarias a su independencia e imparcialidad. En 2004, en la Cumbre de República de Honduras y en la de El Salvador se toma la importante decisión de elaborar un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial a fin de que la naciones que no cuenten con su propio código puedan tener a éste como punto de referencia. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial se aprobó en Santo Domingo, República Dominicana en el año de 2006, para ese momento México tuvo la satisfacción de contar con su propio Código de Ética del Poder Judicial de la Federación y de muchos códigos de ética de diferentes tribunales superiores de justicia, y de tribunales administrativos.

Palabras claves: ética judicial, virtudes, prudencia, fortaleza, templanza.

Abstract :

The emphasis on the need for judicial ethics originates from The Ibero-American Judicial Summit, its permanent secretariat placed in Spain, called to all Ibero-American nations to participate in meetings to strengthen and improve the functioning of the agencies of justice deliverers. In 2001 in Santa Cruz de Tenerife, Canary Islands, Spain makes a new Summit being issued the Statute of the Ibero-American judge who seeks to avoid falling into situations contrary to the independence and impartiality. In 2004, at the Summit of Republic of Honduras and El Salvador it is taken the important decision to develop a Latin American Model Code of Judicial Ethics to the nations that do not have their own code may have this as point of reference. The Ibero-American Model Code of Judicial Ethics was adopted in Santo Domingo, Dominican Republic in the year 2006; by that time Mexico was pleased to have its own Code of Ethics of the Mexican judicial Branch of the Federation and some other codes of ethics from different superior judicial courts and some administrative courts.

Key words: Judicial ethic, virtues, prudence, strength, temperance.

(Advertencia preliminar: cuando se imparte una conferencia sin ayuda de un documento se utiliza un lenguaje coloquial, sin preocuparse de usar un vocabulario preciso, sin tratar de no incurrir en repeticiones y, por lo mismo, incluso se cometen errores de dicción y se falta a la sintaxis. De ahí la necesidad, cuando se pretende publicar esa intervención, de hacer una versión escrita con las mismas ideas pero con la depuración necesaria, como acontece en este caso).

I. Introducción

Distinguida y distinguidos miembros del *presídium*, respetables asistentes a este acto. En primer lugar expreso mi reconocimiento a quienes me honran con su presencia; asistir a un evento sobre ética judicial y su aplicación cotidiana presupone una inquietud sobre la materia. Es un buen punto de partida al revelar la certeza de la ausencia de personas carentes de interés por la ética y mucho menos por la necesidad de su aplicación cotidiana. Sin embargo, mi optimismo disminuye si considero una situación factible: si quienes acuden a la conferencia ya tienen un previo interés sobre el tema ¿No resulta inútil su asistencia? Sin embargo, la respuesta a esta incógnita y, lógicamente, a su rechazo trataremos de resolverla a lo largo de la charla. En ella diremos algo sobre el ser humano y advertiremos, adelanto una idea, que el mismo siempre está en riesgo de equivocarse, así como de incurrir en conductas indebidas derivando de ello la imperiosa necesidad de fortalecer las ideas que lo llevan, de manera constante, a actuar con rectitud. Tengo la esperanza de contribuir con mis palabras a ese propósito.

Hablar de la ética judicial podría crear una falsa expectativa a quienes no quieran realizar el esfuerzo cotidiano de ajustar su comportamiento a ella y tengan la esperanza de recibir recomendaciones precisas para aplicarlas en todas las situaciones; algo así como proporcionar un cuaderno con la solución a todos los problemas. Ocurre algo semejante cuando dos personas se casan y esperan la entrega de un cuadernillo donde todo problema matrimonial esté solucionado. Ello no es posible. El conferencista no puede adivinar las situaciones concretas que se irán presentando; sólo puede dar algunas pistas auxiliares para poder decidir atinadamente cuando ello ocurra. Finalmente cada persona es responsable de sus decisiones y de la aplicación de los principios de la ética. Con estas aclaraciones previas podemos abordar el primer punto, a saber, explicar por qué hoy se habla tanto de la ética judicial, cuando ello no sucedía en tiempos anteriores.

II. Actualidad de la ética judicial

La insistencia sobre la necesidad de la ética judicial se origina, desde mi punto de vista, en los eventos de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Su Secretaría Permanente depositada en España, convocó a las naciones iberoamericanas a participar en reuniones para fortalecer y mejorar el funcionamiento de los órganos impartidores de justicia. Específicamente el tema se abordó en la Cumbre realizada en Caracas, Venezuela, en el año de 1998. Se recalcó la importancia de que los países de Iberoamérica buscaran la excelencia en la actuación de los jueces para lograr el respeto y reconocimiento de la sociedad.

Si se ve la declaración final de ese evento se advertirá la recomendación a todos los impartidores de justicia del área iberoamericana de fortalecer los valores, los principios y las virtudes de la ética judicial. En la siguiente Cumbre, también en Caracas en 1999, en la declaratoria final aparece la proposición del Código de Ética para el servidor judicial iberoamericano. En diecinueve cánones se señalan los comportamientos idóneos. En el año de 2001 en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España se realiza una nueva cumbre emitiéndose un documento de gran significación: el Estatuto del Juez Iberoamericano. Se parte de la contemplación de las presiones cotidianas que vive, derivadas de la búsqueda de decisiones favorables por los justiciables, no limitándose a los argumentos propuestos, sino acudiendo a todo tipo de influencias y presiones, llegándose, incluso, a pretender corromperlos. De ahí la necesidad de dotarlos de atributos garantizadores de la rectitud de su comportamiento, dificultando e impidiendo el éxito de esos procedimientos. En ese Estatuto se contemplan, por ejemplo, el otorgamiento de remuneraciones justas, el reconocimiento de la estabilidad en el cargo, como la inamovilidad, garantizadora de la plena entrega a la actividad judicial. También se apunta la conveniencia del establecimiento de una jubilación o haber de retiro para cuando concluyan su cargo evitándose la angustia de llegar a ese momento sin posibilidad de afrontar sus compromisos personales y familiares, evitándose caer en situaciones contrarias a su independencia e imparcialidad.

En el año de 2002 la Cumbre Iberoamericana se celebra en Cancún Quintana Roo, México, revelándose con ello la presencia de nuestro país. Ahí se emite un documento en que ya no es el Juez el centro de la preocupación, sino, al contrario, se busca establecer un compromiso con los justiciables. Se le denomina Carta de los Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano. En ella se ofrece a los justiciables la impartición de una justicia imparcial, independiente, eficaz, eficiente, equitativa, profesional y transparente. Al mismo tiempo se hace un llamado a todos los jueces de Iberoamérica para que cumplan con esos propósitos. Todo ello conduciría a la búsqueda de la excelencia, complementándose el punto tratado en la Cumbre anterior.

Para conseguir la referida excelencia se debe rodear a los jueces de las prerrogativas descritas en el Estatuto del Juez Iberoamericano ya citado. Para favorecer a los justiciables debe exigírseles el cumplimiento de las características especificadas en la Carta mencionada.

Posteriormente, en el año de 2004 se realiza una nueva Cumbre en dos naciones de Centroamérica, en la República de Honduras y en la de El Salvador, específicamente en Copan y San Salvador. Se toma una decisión muy importante; elaborar un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial a fin de que las naciones que no cuenten con su propio código puedan tener a aquél como punto de referencia. Para las que sí lo tengan, también podrán aprovecharlo como elemento de orientación. Se seleccionaron dos prestigiados juristas, Rodolfo Luis Vigo de Argentina, y Manuel Atienza de España. Quienes los conocíamos pensamos que se iba a dar un problema, pues son de corrientes filosóficas diferentes. Curiosamente ello no sucedió. En el evento de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia de hace unos días nos programaron al primero de los mencionados y a mí para tener un diálogo ante los asistentes; parece no resultó mal. Se me ocurrió preguntarle cómo había surgido el referido Código. En su respuesta nos compartió, en primer lugar, que él también tuvo el temor incluso de no cumplir con el encargo y tener serias dificultades, pero ello no sucedió pues, sorprendentemente, la solución estuvo en no plantearse problemas filosóficos sino en tratar de descifrar lo que una

sociedad desea de sus jueces y desde esa perspectiva surgieron todas las coincidencias.

En el Código Modelo hay dos partes; en la primera se establecen los principios: capacitación, conocimiento, cortesía judicial, diligencia, honestidad profesional, imparcialidad, independencia, integridad (punto en el que sí hubo algunas diferencias porque mientras Rodolfo Vigo insistía en la necesidad del juez de cuidar incluso su vida privada, para el otro coautor en ese campo no debía operar el Código pero, finalmente, coincidieron en señalarla), justicia, equidad, motivación, prudencia, responsabilidad institucional, secreto profesional y transparencia; quince principios constitutivos de la estructura del Código Modelo Iberoamericano.

En la segunda parte se establece la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial señalándose su estructura a base de nueve comisionados de algunas naciones y delegados de las restantes, buscándose la participación de todos. La Comisión debe tener como una de sus tareas estar a la disposición de los países que forman parte de la cumbre para resolver los problemas sobre ética, promover y difundir la ética judicial.

Por cierto, a partir del año de 2010, por solicitud del presidente de la Suprema Corte de Justicia de México, Guillermo Ortiz Mayagoitia, por un período que concluirá el 31 de agosto de 2014, nos corresponde la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Iberoamericana, obligándonos a idear distintos mecanismos para motivar la preocupación por la ética judicial en todos los países iberoamericanos; en ello un paso para aplicar la ética en la vida diaria es pensar en ella. Entre sus actividades durante varios años se ha convocado un concurso de ensayos jurídicos sobre los principios del Código Modelo Iberoamericano. Existe una etapa nacional, llegándose a un reconocimiento local y los mejores trabajos pasan a la etapa internacional con reconocimiento de esa naturaleza a los primeros lugares. Finalmente se publican los trabajos seleccionados. Hasta ahora la edición de los mismos la ha realizado México como colaboración con la Cumbre Judicial Iberoamericana.

El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial se aprobó en Santo Domingo, República Dominicana en el año de 2006. Para ese momento México tuvo la satisfacción de contar con su propio Código de Ética del Poder Judicial de la Federación y de muchos códigos de ética de diferentes tribunales superiores de justicia, y de tribunales administrativos. Por lo que toca al primero debe precisarse que su realización fue democrática. En el año de 2003, atendiendo a las recomendaciones de las Cumbres realizadas en los lugares citados, y como cumplimiento a un compromiso internacional de elaborar en cada nación su propio código de ética judicial, se diseñó en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la manera de prepararlo. En primer lugar se formó una Comisión. La presidía el Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, con el tiempo Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Formaban parte también de la Comisión, un Consejero de la Judicatura Federal, Magistrado Jaime Manuel Marroquín Zaleta, un miembro del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Magistrado José Luis de la Peza también, con el tiempo, presidente del Tribunal, un Magistrado de Circuito Jorge Higuera Corona, un Juez de Distrito Humberto Suárez Camacho, un Ministro Jubilado Diego Valadés Ríos y, finalmente, una Magistrada jubilada Gema de la Llata. Como Secretario de la Comisión fungió el Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Simplemente por las promociones a cargos de mayor responsabilidad que tuvieron varios de sus integrantes se advierte lo exitoso de la Comisión. Por otro lado, también con sentido democrático, se convocó a todos los integrantes del Poder Judicial a hacer proposiciones en torno al Código de Ética; por otra parte, se realizó un trabajo cuidadoso en donde se examinaron otros Códigos de Ética existentes en México y en el mundo, así como elementos doctrinales. Finalmente en el mes de agosto del año de 2004, después de que un primer proyecto había sido motivo de varias observaciones por los organismos cupulares del Poder Judicial, mismas que fueron tomadas en cuenta por la Comisión se aprobó el Código de Ética referido. Posteriormente, en el mes de noviembre se realizó una ceremonia solemne en la que con intervenciones del Ministro Ortiz

Mayagoitia y del Ministro Jubilado Diego Valadés y algunos otros, se enfatizó la importancia de ese documento. A todos los miembros del Poder Judicial de la Federación se les hizo llegar un ejemplar del Código con la identificación de cada uno, buscando ejemplificar la virtud del humanismo a partir del reconocimiento de todas las personas.

Como advertirán se van a cumplir 10 años del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, ameritando algún evento para festejarlo. En 2005, cuando había transcurrido un año, se realizó una ceremonia para conmemorarlo y esto con mucha mayor razón debe hacerse cuando ha transcurrido ese plazo. Ello dependerá, lógicamente, de la determinación del Pleno de la Suprema Corte. Bien se dice que la Historia es la maestra de la vida y si se tiene una actividad internacional y nacional destinada al fortalecimiento de la ética es aconsejable un evento para dar testimonio de su presencia. Podría destacarse la importancia de la ética y la certificación de su efecto ejemplificativo cuando muchos la reflejan en su conducta diaria.

III. Las virtudes

Procede ahora decir algo sobre la virtud. ¿Qué se entiende por ella?, en forma muy general es un hábito que lleva a la persona a realizar el bien y evitar el mal, parece muy sencillo, pero no debe perderse de vista que para ello debe determinarse ¿Qué es bueno?, y ¿Qué es malo?, tarea derivada de las características del ser humano a las que me referiré dentro de un momento. ¿Cómo se adquiere la virtud?, a través de la realización de actos "honestos". Una persona, por ejemplo, puede realizar un acto de honradez pero eso no significa que tenga ya la virtud de la honradez; deberá seguir realizando actos de honradez para gradualmente adquirir esta virtud e igual debe suceder con todas las demás virtudes; su papel debe ser forjar una especie de segunda naturaleza, facilitadora de la práctica de perseguir el bien. Ello no obliga a su realización pues la persona humana es libre y esa libertad puede ejercerse de maneras distintas.

Cuando la persona deja de hacer lo que hizo para adquirir la virtud es factible llegue a perderla. Hay aquel dicho famoso "árbol que crece torcido jamás endereza sus ramas"; aplicado al ser humano no es válido porque hay árboles que crecieron torcidos y sin embargo, de pronto enderezaron sus ramas; pero también se da lo contrario, personas que han sido rectas y de pronto, cuando ya casi nadie se lo espera, empiezan a retorcer su conducta; ello tampoco es dramático pues también es posible llegar a recuperarla volviendo a reiterar los actos honestos respectivos.

Si uno busca libros sobre las virtudes se va a encontrar no solamente una gran variedad sino la utilización de palabras con contenidos diferentes, según el criterio de cada autor. Por ejemplo, si se observan los llamados "principios" en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, acudiendo a otros Códigos o a Tratadistas diversos se verá su tratamiento como virtudes, cuestiones, por otra parte, propias de eruditos.

IV. Código de Ética del Poder Judicial de la Federación

El Código indicado destaca cinco principios tomados de la Constitución: independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia; y menciona diecisiete virtudes derivadas de la excelencia. Conforme a ello cumplirá con este principio quien guíe su conducta por las siguientes virtudes: compromiso social, decoro, fortaleza, honestidad, humanismo, humildad, justicia, laboriosidad, lealtad, orden, patriotismo, perseverancia, prudencia, respeto, responsabilidad, sencillez y sobriedad. En los artículos del Código se dan explicaciones de cada una de ellas, sin que para entenderlas se requiera limitarse a ellas. Se busca apuntar algunas sencillas ideas que tienen que ver con la práctica de la virtud debiéndose profundizar en una materia muy abierta a la interpretación para enriquecerla. ¿Qué virtudes existen?, si atendemos a los libros que abordan el tema advertiremos un número elevadísimo, tratándose en varios casos de sinónimos, es decir, de vocablos diferentes con el mismo significado. Con esta advertencia vamos a circunscribirnos a las "virtudes cardinales".

V. Las virtudes cardinales, en general

Etimológicamente se hace referencia a "quicio", la parte de la puerta que permite se abra o se cierre, es decir, lo esencial; sin ello no sería puerta. Consiguientemente con ese calificativo se busca destacar la gran importancia de estas cuatro virtudes. Las mismas están dirigidas a distintos atributos humanos: la prudencia tiende a regular la inteligencia; la fortaleza fortalece la voluntad, y la templanza dirige al bien los apetitos sensibles, los deseos y las inclinaciones; la justicia tiene una calidad diferente pues tiende a regular las relaciones de la persona con sus semejantes.

Para mejor comprenderlas conviene recordar algunos aspectos de lo que es la persona humana. Al respecto debo precisar que antes se hablaba del "hombre" pero desde la práctica de un presidente de empezar a decir "los niños y las niñas", "los hombres y las mujeres", "las señoras y los señores", y la coincidencia con movimientos internacionales insistentes en la equidad de género, debemos ser muy escrupulosos de hablar como en el pasado pues ello puede producir la reacción de las mujeres quienes reclamarán: ¡Nos están ignorando!, o peor aún ¡Nos están discriminando! Consecuentemente, aun cuando los libros de otra época siempre hablan de hombres debiéndose entender como expresión referida a la especie humana donde están comprendidos quienes pertenecen al sexo masculino y al sexo femenino ahora debemos hacer la distinción y hablar de los hombres y las mujeres o, si queremos utilizar una sola palabra aludir a la "persona humana" o a los "seres humanos". ¿Qué es la persona humana?, también se multiplican las definiciones y las mismas obedecen a variadas corrientes filosóficas, ¿Cuál es la visión que cada persona concreta tiene sobre sí misma?, yo haría referencia a tres definiciones, para mí, muy convincentes: una es la definición clásica de Pascal "La persona es una substancia individual de naturaleza racional"; ello significa, en primer lugar, la característica esencial de "ser sustantivo", a saber, "existente en sí mismo y no en otro ser, como acontece con los seres accidentales cuya existencia se da en los seres sustantivos. En segundo lugar, es "individual", a saber, posee elementos que lo identifican como un ser distinto de todos los de su especie, aun cuando coinciden en su naturaleza esencial. En tercer lugar,

es de naturaleza racional, donde está implícita la libertad; es un ser que toma decisiones guiándose por los dictados de su inteligencia con la posibilidad de ir por el camino recto o por el equivocado.

Otra definición, repetida por varios pensadores, es la del filósofo José María Guix: "La persona humana es un microcosmos en el que se dan cita y se encuentran en cierta manera todos los reinos de la creación; por los elementos físicos y químicos de su cuerpo, se haya relacionado con los seres minerales, por sus funciones vitales se vincula con los vegetales y con los animales, y por su inteligencia y voluntad emerge victoriosamente del mundo de lo sensible para elevarse al mundo de lo invisible". En este mundo descansa propiamente lo diferenciador de los seres humanos, frente a los animales, la inteligencia y la libertad.

El pensador mexicano, con un gran valor de compromiso social, Don Pedro Velázquez da una definición descriptiva: la persona humana es el ser que puede decir: ¡Yo soy!, ¡Yo siento!, ¡Porque soy consciente al tener conciencia!, ¡Yo quiero, porque tengo voluntad!, ¡Yo elijo porque tengo libertad!, ¡Yo soy responsable porque la libertad me dota de responsabilidad!, ¡Yo me perfecciono por la acción de la libertad!

De las anteriores definiciones pueden derivar concepciones accesibles a toda persona de buena fe para comprender lo que es la persona humana; cada uno de los que estamos aquí puede descubrir estos atributos en su propia naturaleza y advertir con mayor claridad la razón de estar llamados a encontrar en la virtud el camino seguro para alcanzar su perfeccionamiento durante toda su vida.

Libertad. ¿Qué es la libertad? Antes de responder debemos advertir la tendencia, en esta época, a identificar esa facultad con uno de sus aspectos, a saber, la "libertad psicológica", o "libre albedrío". ¡Hacer lo que quiero!, pero ese hacer lo que quiero en una persona con las características enunciadas es muy pobre y riesgoso, especialmente para los demás. ¿Cuándo me perfecciono? ¿Cuando hago lo que quiero me estoy perfeccionando?, o ¿Me perfecciono cuando lo que quiero se vincula con

el desarrollo de alguna de mis actitudes, de alguna de mis potencialidades, permitiéndome crecer en mi calidad humana?, de aceptar esta afirmación podríamos definir a la *libertad* como una facultad de elegir un bien entre distintos bienes conforme a la razón, con sentido de responsabilidad y con independencia de presiones exteriores u orgánicas.

La libertad implica entonces su relación con la inteligencia y ¿Cuál es el papel de ésta o, dicho de otro modo, de la razón, del entendimiento?: "encontrar la verdad". Cuando voy a actuar o a decir algo, debo preguntarme: ¿Es bueno o es malo? y, entonces, el entendimiento tiene que discurrir, tiene que analizar y, finalmente, llegar a la conclusión de si eso es bueno, para practicarlo, o si es malo para evitarlo. De este modo la persona usará de su libertad persiguiendo el bien determinado por la inteligencia como guía para obrar.

La libertad es un atributo complejo; en ella pueden distinguirse diversas manifestaciones. La *libertad física* reflejada en la posibilidad de moverse, de ir de un lado a otro, sin ningún obstáculo. Esa libertad desaparece cuando la persona no puede ir a donde quiere, cuando ha sido privada de la libertad y se encuentra en un centro de reclusión. Su libertad física se ha restringido a ese sitio y a la libertad de movimiento concedida dentro de él.

Después tenemos la *libertad fundamental*, inclinación de todo ser humano de actuar de la manera que estima pertinente; se trata de una aspiración latente en todos los seres humanos. Al respecto me llama la atención cuando los padres quieren lucir a su niño que aprendió algunas cosas en la escuela como cantar o decir una recitación. Cuando hay visitas los papás le hablan ¡Hijo recítales lo que te enseñaron en tu colegio!, ¿Y qué hace el niño?, se queda mudo, diciendo implícitamente: ¡No quiero ser un títere! ¡Quiero ser persona y no aparecer como un muñeco de mis papás "titiriteros"! Se trata de una expresión de la libertad fundamental. Pinocho, personaje de la literatura infantil, es un ejemplo simbólico del ser humano, recordarán el cuento: se trata un muñeco al que un hada le da vida y, paradójicamente, ¿Qué pasa? Inmediatamente empieza a enfrentar dificultades en torno al

bien y al mal. Por ejemplo, cuando lo mandan a la escuela, aparecen los amigos, diciéndole ¡Mejor vamos al campo de diversiones! y Pinocho vive el drama de su calidad humana, enfrentándose a situaciones atractivas contrarias a otras garantizadoras de lo debido.

Los animales respetan sus instintos necesariamente y siempre actúan de la misma manera; entre este tipo de seres no hay progreso, no hay creatividad, en cambio el ser humano tiene libertad e inteligencia proyectadas en el progreso. Surgen los grandes descubrimientos, los grandes inventos como expresión del ser humano.

Aparecería la *libertad psicológica* ya referida como la facultad de actuar en un sentido o en otro, aspecto considerado por muchos como la única expresión de la libertad.

También se debe distinguir la *libertad moral* cuando se busca actuar correctamente, es decir, buscando el propio bien o el de los demás.

La *libertad legal* es otra expresión de esa facultad. La misma se refiere a los casos en que la persona puede actuar en determinado sentido por no estar prohibido por alguna ley. Un estudiante, por ejemplo, no tiene libertad legal de no estudiar; tiene la obligación de hacerlo porque precisamente esa actividad lo señala como uno de sus deberes. Así podríamos multiplicar los ejemplos.

Se habla, finalmente, de la *libertad política* cuando la persona goza, dentro de un Estado, del ejercicio de su propia libertad conforme a las características señaladas.

La inteligencia viene a orientar a la libertad pero no cualquier inteligencia, sino sólo la que está formada. Lo primero que debe encontrar la persona inteligente es la formación gradual con mayores elementos para ¡Elegir bien el bien!, diferente a simplemente elegir, pues siempre existe la posibilidad de hacerlo. ¡Elegir bien el bien!, el bien genuino a perseguir por la libertad.

Otro tema, necesario para comprender a la persona humana, es el de la *individualidad* ¿Por qué el ser humano es digno? En la declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas hay un primer párrafo en el que se destaca el siguiente pensamiento: "La libertad, la justicia y la paz del género humano, encuentran su base en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", de ahí parte la declaración, ante todo de un reconocimiento de algo propio de la naturaleza, no otorgado por ningún organismo internacional o nacional. Es una prerrogativa de la naturaleza misma, y el mismo también debe ser reconocido por los organismos internacionales y los Estados nacionales. Debo advertir que en la actualidad estas reglas unánimemente aceptadas en todo el mundo en el pasado siglo XX, incluso se llegan a cuestionar, paradójicamente, por organismos internacionales. Hoy, por ejemplo, se difunde y defiende la libertad de género enfrentada claramente con la visión natural de reconocer en los seres humanos diferencias accidentales, entre ellas las existentes entre hombre y mujer, sin desconocer casos excepcionales, también naturales, de personas atraídas por otras del mismo sexo. Hoy todo queda a la libre decisión de cada persona. En la exposición de motivos de una Constitución de un país de Centroamérica se habla del "género" definiéndolo como el "sexo que con toda libertad elija un individuo, pudiendo coincidir o no con el que tuvo en su nacimiento". Se olvida la naturaleza quedando todo abandonado al capricho personal. Se trata del endiosamiento de la libertad y del relativismo. Desde luego, si entre los asistentes hay quienes se adhieran a estos modernismos cuenten con mi absoluto respeto. Por mi parte me limito a compartirles mi punto de vista. Faltaría a la honestidad intelectual defender posturas, para mí, inadmisibles.

Otra característica humana muy importante es la *sociabilidad*. Muchos argumentos lo demuestran. Sólo me detendré en uno: el ser humano no puede subsistir si no vive en una sociedad; sólo en ella se pueden satisfacer

sus necesidades fundamentales. En Sociología se explica la presencia de necesidades sociales básicas; consideradas con ese carácter por presentarse en todos los tiempos y en todas las personas, las mismas son: familiares, educativas, económicas, políticas, religiosas y recreativas. Lógicamente, no se puede tratar de cualquier sociedad sino sólo de aquella con organización idónea para conseguir esos objetivos. Se necesitará de una o varias personas con la misión de dirigir, coordinar, motivar, corregir y sancionar. Se trata de la autoridad, pues gracias a una o varias personas como titulares de la misma se podrá trabajar conjuntamente para satisfacer las necesidades apuntadas de todos los miembros de la comunidad. La autoridad y su ejercicio presuponen normas jurídicas y un régimen político idóneo. Usar la autoridad es, ante todo, "servicio" pues ello representa una necesidad lógica pues la razón misma de su existencia es que gracias a ella se puedan superar los problemas que impedirían a los hombres, por sí solos, satisfacer sus necesidades.

Esto conecta con la idea del bien común. ¿Qué se entiende por esta expresión? La creación normal y estable de aquellas condiciones necesarias para el desarrollo integral de los miembros de la comunidad; dicho de otra manera, todo aquello propiciador del genuino perfeccionamiento de los miembros de una sociedad, la plena realización de su destino natural y espiritual.

Ahí aparecería el tema de las *virtudes* ¿Por qué hay que vivir diariamente las virtudes? porque de esa manera se contribuye al adecuado funcionamiento de la sociedad y con ello las personas llegan a su perfeccionamiento.

VI. Las cuatro virtudes cardinales

Digamos algo de las mismas. En primer lugar la prudencia tiende al perfeccionamiento de la inteligencia. ¿Cuál es el auxilio de la misma? En el lenguaje usual cuando una persona habla a la primera, o sea dice lo primero que se le ocurre, si alguien quiere señalarle su defecto, le dice: ¡Eres un impudente! No es difícil cuando se actúa de ese modo, como se dice

popularmente, se "mete la pata" y la razón es la ausencia de meditación y discernimiento. Su inteligencia no actúa o lo hace torpemente. Si se actúa prudentemente se logra prever el futuro y lográndolo se ven sus consecuencias, pudiéndose seleccionar los mejores medios para alcanzar los fines pretendidos; asimismo, se logra el mayor bien posible y se reduce el mal al mínimo e, incluso, se evita. La prudencia permite encontrar un equilibrio entre la temerosa desconfianza y la temeraria presunción de la propia eficacia; eso es típico del ser humano, así como puede dirigirse a lo más grandioso, lo puede hacer hacia lo más opuesto a su calidad humana. Es entonces cuando la prudencia nos detiene: "Ni caigas en el temor de no poder hacer lo visualizado", ni tampoco en la presunción de decir "yo todo lo puedo y lo haré fácilmente" debes guardar un perfecto equilibrio y actuar con eficacia en sentido positivo.

También es tarea de la prudencia dirigir las virtudes de fortaleza y templanza al sacrificio; no al sacrificio como algo que se busque sino al sacrificio, consecuencia necesaria de nuestra naturaleza humana. ¿Quién quiere enfermarse?, y, sin embargo, una constante en la vida son esos padecimientos. Partiendo de esa realidad, la prudencia nos recomienda cuidarnos en esos momentos: debes ir al médico, debes tomar los medicamentos indicadas pues de otra manera no vas a salir adelante y todo esto exige sacrificio. Los sacrificios están a la orden del día. Llego a la oficina y me encuentro con un compañero chocantísimo y lo debo aguantar por mucho tiempo. La prudencia te dirá: "Trata de buscarle el modo; a lo mejor no es tan chocante como te ha parecido", la prudencia me señala cómo debo actuar. Me llamó la atención mi jefe. ¿Cómo debo reaccionar?, y para el jefe se dará una situación semejante: "Esta persona me esta fallando", "¿Qué debo hacer para, respetando su calidad humana y sin lastimarlo logre hacerlo entender la necesidad de mejorar en el desempeño de su trabajo?". La prudencia, incluso, tiene una serie de pasos para lograr la perfección en su práctica: uno de ellos es recurrir al pasado, a la memoria, ¿Cómo he vivido situaciones iguales o parecidas a las que quiero realizar?, ¿He tenido éxito?, ¿He fracasado?, ¿Qué debo hacer para en una nueva ocasión llegar a tener éxito? Otro indispensable es hacer intervenir a *la inteligencia*, ¿Qué situaciones se me están presentando?, ¿Qué situaciones se me van a presentar? También debe

haber *previsión*, ser dócil a lo recomendado por la inteligencia. "Este señor sabe mucho", ¿No sería bueno consultarle para recomendarme los pasos a dar?, "debo ser dócil a quien más sabe". Es importante la *circumspección*. "Debo analizar todos los puntos relacionados con lo que pienso hacer para no fallar en nada". Debo utilizar la razón y el buen sentido para ver la realidad y no actuar con base sólo en la imaginación. ¿Va a haber problemas? Debo anticiparme para que no me hagan desistir de lo pretendido. Debo ser sagaz, ¿Cómo debo superar los problemas, cómo conseguir el éxito? De esa manera tendríamos un uso perfecto de la prudencia. Lógicamente dar esos pasos está en relación directa con la trascendencia e importancia de la conducta pretendida. La prudencia debe estar presente en la práctica de todas las demás virtudes, pues lo propio de la misma es señalarnos los caminos a seguir sin tener un objetivo propio de ella.

En segundo lugar tenemos la virtud de la *Templanza*; ella controla los apetitos sensibles, las inclinaciones y deseos. Un ejemplo: la templanza me recomienda ponerme a dieta, en virtud de un diagnóstico médico de diabetes, debiendo hacer un plan para adelgazar. ¿Quién le va a señalar como lo debe hacer con éxito?, la prudencia me orientará y la templanza me conducirá al control de mis apetitos sensibles, porque si llego a una atractiva comida existe el riesgo, por la debilidad humana, de dar marcha atrás a mi proyecto de seguir la dieta señalada. También el éxito en el cumplimiento de los buenos propósitos necesitará de la fortaleza para contar con la fuerza de voluntad necesaria para perseverar.

La virtud de la templanza tiende a regular nuestras acciones ejecutivas y expresivas, corporales y espirituales. Esto implica hacer ejercicios de sobriedad. André Comte Sponville sostiene al respecto que el placer es algo que se le da al ser humano y, consecuentemente, la templanza no trata de eliminar los placeres sino de encausarlos, y para ello nos ayuda a ser dueños y señores de nuestros actos. Por ejemplo, nos lleva a moderar el vicio de fumar disminuyendo gradualmente las veces en que se hace e, incluso, tener confianza en que se dejará definitivamente; lo mismo sucede con el beber. No se trata de nunca hacerlo, sino de controlarlo y hacerlo

con tranquilidad cuando se quiera, sin dejarse dominar por el deseo de continuar haciéndolo, en forma incontrolada.

La *fortaleza*, en efecto, es una virtud extraordinaria pues ante la debilidad humana propiciadora de los fracasos y las indecisiones en el cumplimiento de proyectos positivos da el vigor suficiente para contrarrestarlos y vencerlos o, al menos, rectificar el rumbo abandonado. Se puede entender esta virtud como el espíritu de laboriosidad para alcanzar los objetivos deseados. La fortaleza funciona mejor si se acompaña de la confianza en el éxito, la realización del máximo esfuerzo y en la alegría de servicio. Si se inicia un trabajo y se piensa en el fracaso, es difícil realizar el esfuerzo necesario para seguir adelante, sobre todo cuando aparecen los obstáculos. La alegría del servicio se logra fácilmente en el servicio público, como sucede cuando se participa en la impartición de justicia; ello refuerza a la fortaleza. La fortaleza está presente cuando se quieren hacer grandes obras, requiriéndose de la magnanimidad y la magnificencia. También es importante la *paciencia*. Si deseo alcanzar un objetivo debo ser consciente del tiempo que requerirá y, para ello, debo ser paciente y no desesperarme pues ello conduce al abandono de lo planeado. Lo normal es la presencia de dificultades y para no desistir necesitaré de paciencia para afrontarlas. También será necesaria la *perseverancia*, siendo recomendable lo que en otras épocas era el examen de conciencia y hoy la evaluación periódica. Es triste afirmarlo pero la experiencia revela cómo un gran número de seres humanos viven improvisadamente, "a ver cómo me va este día", "a ver cómo me va la semana que entra" y no se detienen a profundizar en si han señalado objetivos claros y si los han cumplido debidamente. Es importante evaluar constantemente; en la noche de cada día debe valorarse cómo me fue en torno a los fines programados. Parte importante de la evaluación es el aspecto ético. ¿Cómo traté a mi personal? "pues a fulanito de tal lo traté con la punta del pie" "creo que lo rebajé en su dignidad humana". De esa conclusión surgirán los buenos propósitos "tengo que corregirme, voy a tener ese propósito y voy a evaluar cómo trato a esta persona hasta corregirme plenamente". ¿Me intereso por la vida de mis colaboradores o, por el contrario, son sólo como un número de una cifra o una pieza de una máquina? ¿Me esfuerzo por conocerlos por su nombre

y apellidos o me es suficiente hablar de "fulanito" y hacer su descripción? ¿Conozco el nombre de todos los que integran mi equipo de trabajo? ¿He cruzado alguna palabra con cada uno? ¿No estaré fallando en cuanto a la práctica de la virtud del humanismo?, utilizar el mecanismo del examen de conciencia a base de preguntas como las anteriores resulta muy provechoso y de gran ayuda para avanzar en la práctica de todas las virtudes y de su fortalecimiento.

Nos queda por último la *justicia*. ¿Qué entendemos por esa virtud? En primer lugar ella nos conduce a respetar la vida, la persona, los bienes, los derechos y la actividad de los demás; en segundo lugar, nos lleva a dar a cada quien lo suyo; en tercero, lleva a no limitarnos a pensar en una justicia privada de relaciones personales, sino también en trabajar por la justicia social dirigida a la creación de condiciones propicias para que todos los miembros de la sociedad puedan desarrollarse integralmente. Cuando se ejerce una función de autoridad la justicia obliga a entenderla como un servicio, "no tengo autoridad para demostrar mi poder por encima de los otros; por el contrario, tengo autoridad para servirlos en la medida en que gracias a ella se cumplirán los fines del grupo en que nos encontramos". La justicia radica no sólo en reclamar los derechos sino también y, sobre todo, cumplir con los deberes. Esto debe recordarme sobre todo, en el terreno de los derechos humanos. Generalmente la mayoría se limita a exigir se les respeten, pero se olvida la vinculación necesaria entre derechos y deberes correlativos. En relación con la justicia es fácil definirla señalando que ella determina la obligación de dar a cada quien lo "suyo"; pero ahí viene el verdadero problema: ¿Qué es lo suyo de cada quien? Para determinarlo se puede acudir a muchas teorías. Al respecto se habla, por ejemplo, de una justicia del moralista y de una justicia del jurista; la primera se preocupa fundamentalmente del individuo, la segunda, en cambio, de la sociedad, busca reglas claras para determinar con claridad lo suyo de cada quien y, conforme a ello, el gran deber de los juristas, es establecer el Derecho.

Don Miguel Villoro Toranzo define al Derecho como "un conjunto de normas sociales de conducta, establecidas como obligatorias por la autoridad,

por considerarlas solución justa a los problemas que se producen en una realidad histórica". El legislador debe tener como preocupación el reflejo de la justicia en las normas emitidas pues, de otro modo, se propiciarían situaciones como las vividas en el nazismo en los campos de concentración, cuya realidad dramática se advirtió mundialmente en toda su crudeza en los juicios de Núremberg donde quienes habían torturado y aniquilado a miles de seres humanos simplemente explicaban con naturalidad y frialdad cómo actuaron cumpliendo con su deber acatando normas jurídicas vigentes y la orden de sus superiores; lo decían con pleno convencimiento. Todo ello se encuentra respaldado en el positivismo jurídico del cual deriva la búsqueda de la legalidad y no de la justicia. Volviendo a la justicia, también se puede distinguir la justicia individual relativa a los seres humanos en sus aspectos de igualdad y la justicia proporcional, derivada de aspectos diferenciadores

Finalmente, me refiero sobre este tema al lúcido pensamiento de Gustavo Zagrebelsky en su libro sobre la justicia. Habla de distintos tipos de ella pero, sobre todo, pone énfasis en una experiencia vivida en Sudáfrica originada en alguna práctica del judaísmo. La experiencia africana vino a demostrar algo difícil de aceptar por los seres humanos el "Ubuntu" sustentado en la capacidad humana de perdonar. Recordarán ustedes la transformación producida en 1995 después del sistema discriminador del Apartheid en contra de las personas de raza negra. Entre las reacciones en su contra se produjeron movimientos encabezados por Mandela quien por muchos años fue encarcelado. Finalmente llegó a la presidencia donde demostró su calidad de estadista. Advirtió el riesgo del desquite de los negros contra los blancos opresores produciéndose previsiblemente un río de sangre. Creó una Comisión para la paz y la justicia, encabezada por el obispo africano Desmond Tutu, quien aún vive, alcanzándose una "justicia de reconciliación". Las personas que habían incurrido en graves atentados contra la población negra lo manifestaban así a la Comisión y se les perdonaba. Surgía como primera característica del sistema la "justicia del perdón". El Estado daba una reparación del daño a la persona ofendida o a sus descendientes de diferentes modos, como en becas en una escuela, o en alguna prestación social, lográndose, al menos, simbólicamente, la

reparación del daño. La culminación del proceso era la reconciliación entre quienes habían sufrido aquellas torturas y los culpables de ello, quienes, en cierto modo, se confesaban y se reconciliaban también con la comunidad. Así se pudo ir avanzando en la convivencia de todos. Esta experiencia nos lleva a pensar en la dimensión social de la justicia. En ella, según Zagrebelsky, se logra evitar las envidias de unos frente a los otros, en otras palabras se consigue un acercamiento de todos los niveles sociales para, finalmente, contar con lo indispensable para vivir como seres humanos. Con lo expuesto se puede advertir la importancia de las virtudes cardinales como importante medio para vivir la ética.

VII. Conclusión

Concluyo con una idea: Muchas veces se habla de macro-justicia y para enfatizarlo se critica al gobierno y a los gobernantes, destacándose los vicios y grandes problemas. Sin desconocer la existencia de esa realidad debe resaltarse que no pocos buscan escudarse en la macro-justicia para no actuar en la micro-justicia. La macro-justicia es aquello que nos rebasa individualmente y sólo se puede conseguir a través del tiempo no solamente por los gobernantes sino también por la participación de todos los miembros de la comunidad. La micro-justicia es lo que a cada uno nos toca hacer en la vida diaria, en la situación derivada de la propia actividad. Mi deseo sincero es haberlos motivado a la práctica de la virtud durante todos los días, en ejercicio de la micro-justicia que llegará a contribuir en las soluciones de la macro-justicia. En ese momento tendremos la satisfacción de preocuparnos diariamente por hacer nuestra tarea como camino accesible y cierto de llegar a resolver los grandes problemas de la humanidad recordando que sólo nuestra crítica no sirve para nada; lo útil es cumplir cada quien con lo que le corresponde. Espero tengan ustedes esa vivencia.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN TRES PIEZAS

*Mónica Aralí Soto Fregoso **

SUMARIO: I. Introducción; II. Fuente y origen del principio de proporcionalidad; 1. Su génesis en el derecho europeo; III. Función del principio de proporcionalidad; 1. Los derechos fundamentales y la legislación; 2. La estructura de los derechos fundamentales; 3. La estructura abierta de los derechos fundamentales como indeterminación normativa; 4. Normas iusfundamentales directamente estatuidas, adscritas e individuales; 5. La estructura del control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos fundamentales; 6. Función del principio de proporcionalidad. Conclusión; IV. Componentes del principio de proporcionalidad; 1. El principio de proporcionalidad en México. Suprema Corte de Justicia de la Nación; 2. Principio de proporcionalidad en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; V. Fuentes de consulta.

* Magistrada Presidenta de la Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuenta con veinte años de experiencia en materia electoral. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara, Maestría en Educación, Diplomado en Derecho Electoral, y con la Especialidad en Justicia Electoral. Ha impartido cátedra universitaria en las materias de Sociología del Derecho, Derecho Electoral y Ética Jurídica.

Resumen:

El presente artículo muestra un análisis sobre el principio de proporcionalidad, su fuente y origen, su función y los elementos que lo componen. Y nos invita a la reflexión acerca de esta figura que en los últimos años se ha adentrado cautelosamente en la actividad jurisdiccional de nuestro país. El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor firmeza en la jurisprudencia constitucional, como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador.

Palabras clave: proporcionalidad, derecho fundamental, actividad jurisdiccional, vinculante.

Abstract:

The present article shows an analysis of the principle of proportionality, its source, origin, function, and the elements that compose it. And challenge us to reflect on this figure that in recent years has ventured cautiously into the judicial activity of our country. The principle of proportionality is a concept that has been appearing more and more firmly in constitutional jurisprudence as a criterion for determining the content of fundamental rights, which becomes binding for the legislator.

Key Word: proportionality, fundamental right, jurisdictional activity, binding.

Las presentes notas no pretenden abordar el tema de la proporcionalidad en la intervención legislativa a los derechos fundamentales de forma amplia, mucho menos exhaustiva; contrario a ello, se muestra solo un esbozo que invita a la reflexión acerca de una figura que en los últimos años se ha adentrado cautelosamente en la actividad jurisdiccional de nuestro país.

Este análisis descriptivo, tampoco puede guardar un tinte novedoso en el tema, pues para ello se acude, en gran parte, a lo ya antes expuesto –en forma ahora si exhausta– por juristas con franca especialidad en el tópic, me refiero principalmente a Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido.

En este intento se procura dar luz sobre los rasgos fundamentales del principio de proporcionalidad, desde su origen hasta su función teórica y práctica; siguiendo para ello tres piezas o rubros centrales:

1. Fuente y origen del principio de proporcionalidad;
2. Función del principio de proporcionalidad; y
3. Elementos que lo componen.

Una vez fijadas las piezas claves del principio de proporcionalidad, como punto final, se hablará de su incursión en el sistema de impartición de justicia en México.

I. Introducción

Es hecho notorio para los operadores jurídicos (o al menos debe serlo), que la función jurisdiccional en nuestro país, en cuanto a aplicar el derecho mediante la particularización de las normas se refiere, ha cambiado radicalmente en años recientes; esto, derivado de dos causas fundamentales que trajeron consigo un modelo normativo distinto al que describe la teoría

positivista clásica; a saber: a) el cambio de paradigma constitucional,¹ y b) el reconocimiento prevalente de los derechos humanos o fundamentales;² hechos que conjugados configuran un nuevo bloque constitucional en México.

¹ De conformidad con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el trece de noviembre de dos mil siete, el Constituyente Permanente determinó que el control de constitucionalidad en nuestro país se construye sobre el modelo siguiente:

a) A la Suprema Corte de Justicia de la Nación se le refrendó la competencia exclusiva para conocer, mediante el control abstracto, de las posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución Federal, en términos del artículo 105, fracción II, de la propia Ley Fundamental; y,

b) Por otra parte, estableció que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad en la materia electoral, será la máxima autoridad jurisdiccional en dicha materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación. A dicho Tribunal le atribuyó el control concreto de constitucionalidad, al determinar que sus salas podrán resolver, en el caso concreto, la no aplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Ley Fundamental; ello, según lo previsto en el numeral 99 de la Constitución Federal.

² Mediante decreto constitucional publicado en el D.O.F. el diez de junio de dos mil once se modifica la denominación del Capítulo Primero Título Primero; el primero y quinto párrafo del 1; el segundo párrafo del artículo 3; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo artículo del 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero al artículo 1; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33; y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero del artículo 102 del apartado B, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo es relevante al punto, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente varios 912/2010 (caso Radilla), en sesión de catorce de julio de dos mil once, determinó, entre otras cuestiones, lo siguiente:

A) Las resoluciones pronunciadas por aquella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio;

B) El resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional, en particular en su párrafo segundo, donde establece que: *"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."*

C) En el caso mexicano, se presenta una situación peculiar, ya que hasta ahora y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad. De manera expresa, a estos medios de control, se adicionó el que realiza el Tribunal Electoral mediante reforma constitucional de primero de julio de dos mil ocho, en el sexto párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, otorgándole la facultad de

Hoy en día, se incluye en la práctica constitucional el manejo de principios a la par de las reglas jurídicas puestas o expresas en los distintos ordenamientos, lo que obliga, para el dictado de las resoluciones jurisdiccionales, una labor argumentativa en un plano superior y de mayor apertura frente a la técnica tradicional de la subsunción, que en gran parte de los casos, resulta insuficiente para los propósitos del juzgador.

La presencia de principios exige nuevas pautas de argumentación dirigidas a complementar el método de subsunción (no se habla de una completa sustitución), como podría ser mediante los métodos de la ponderación y el juicio de proporcionalidad. Vale referir que para el jurista alemán Robert Alexy,³ la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.

En ese tenor, tanto las reglas como los principios son *normas* porque establecen lo que-es-debido: ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición. Así, la distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas.

Siguiendo la senda de Alexy, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; por tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente

no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución. Así, la determinación de si en México ha operado un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en algún momento, no ha dependido directamente de una disposición constitucional clara sino que, durante el tiempo, ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales;

D) A la luz del artículo 1º constitucional reformado, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*; y

E) Todos los jueces del país están obligados a dejar de aplicar normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

³ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 63-70.

grado. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos, es decir, que un principio es válido y efectivo hasta en tanto no se presente diverso principio o derecho que dentro de un marco concreto contenga mayor peso o prevalencia, escenario en el cual el primero tiene que ceder.

Por el contrario, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible; esto es, que una regla conserva su validez se cumpla o no se cumpla con su contenido. La máxima positivista de las reglas asevera que el hecho de que algo "deba ser" no significa que necesariamente "sea", sin que por ello se desvanezca el deber contenido en la regla.

Una importante distinción entre las reglas y los principios se sostiene del comportamiento que guardan frente a los eventos de contradicción normativa. Como es sabido, en el caso de coalición de reglas el problema se soluciona mediante la introducción, en una de ellas, de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida. A su vez, cuando dos principios entran en colisión, uno de estos tiene que ceder frente al otro; sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado o que se tenga que introducir una cláusula de excepción; así, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro, y dentro de circunstancias distintas, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionado de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio de mayor peso.

Tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad se vuelven relevantes si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es dilucidar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.

En tal virtud, en el sistema jurídico mexicano se ha introducido con carta de lugar común, la concepción del **principio de proporcionalidad** como parte vertebral del control constitucional que versa sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.

II. Fuente y origen del principio de proporcionalidad

1. Su génesis en el derecho europeo

Para el jurista Carlos Bernal Pulido,⁴ el principio de proporcionalidad no es un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX. La proporcionalidad es una noción general utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas ramas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad se reveló como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica. En tiempos modernos, este principio irrumpió en el derecho público, lo que aunado a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado dio lugar a su evolución y expansión en otras áreas del Derecho.

El surgimiento del principio de proporcionalidad, como concepto propio del derecho público europeo, se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración. La visión de mundo propugnada por esta doctrina concebía al hombre como un ser dotado de libertad, un atributo que le pertenecía desde antes de la conformación de las asociaciones políticas.

En el estado de naturaleza, señaló Locke,⁵ el hombre es "señor absoluto de su propia persona"; no obstante en este estado de absoluta libertad el hombre está expuesto a toda suerte de riesgos, se encuentra sometido constantemente a la usurpación provocada por el imperio de la ley del

⁴ BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 43-44.

⁵ LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, p. 133.

más fuerte. En razón de esta circunstancia, los individuos se ven compelidos a asociarse en un pacto civil, en el que supeditan el ejercicio de su libertad a las restricciones impuestas por las leyes del Estado, a cambio de que su vida, su libertad y sus bienes sean protegidos.

De esta conocida explicación del mito fundacional del Estado se desprenden los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del principio de proporcionalidad: en primer término se manifiesta la idea de que la libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo, o en otros términos, de que en toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo con su propio criterio, elegir sus finalidades particulares y orientarse al logro de sus objetivos. En segundo lugar, como correlato de lo anterior, en la concepción contractualista se hace explícita la convicción de que la potestad estatal para intervenir en la libertad sólo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás.

El disfrute de la libertad aparece así como la situación normal y la intervención estatal como una circunstancia excepcional, limitada en sus efectos.

Esta concepción de poder político fue el sustrato propicio para que se comenzara a exigir que las intervenciones estatales en la libertad individual fuesen proporcionadas.⁶

A lo largo del siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del derecho administrativo alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. Desde final de la segunda guerra mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para

⁶ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 46.

fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la Administración, se generalizó en las jurisdiccionales administrativas europeas.⁷

De manera natural el principio de proporcionalidad se difundió en el ámbito del Derecho Constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido precursora en la aplicación de este principio en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos.

En la doctrina más aceptada se considera que la célebre sentencia emitida en el *caso de las farmacias (Apothekenurteil, 1958)*⁸ inaugura la tendencia en la que el principio de proporcionalidad se concibe como la piedra angular de la fundamentación de las decisiones de control constitucional sobre los actos que intervienen en los derechos fundamentales. El criterio y métodos contenidos en este caso han sido reiterados y complementados por un sinnúmero de sentencias posteriores.

⁷ Sobre este aspecto conviene destacar que el principio de proporcionalidad ha sido incluido expresamente en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en los términos siguientes: "Solo se podrá introducir limitaciones [a los derechos fundamentales garantizados por la Carta] respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".

⁸En este caso, un farmacéutico impugnó, mediante el recurso de amparo, una decisión del gobierno de Oberbayern, expedida con fundamento en el artículo 3.1 de una ley de 1952 sobre la regulación de las farmacias. El recurrente consideró vulnerada su libertad de elección profesional, garantizada por el artículo 12.1 LF, como consecuencia de la denegación por parte del citado gobierno, de un permiso para la apertura de una farmacia en Traunreut. La mencionada ley de 1952 establecía las exigencias para la apertura de toda nueva farmacia. Estas exigencias estaban referidas a la calificación del solicitante, a razones de interés sanitario y a condiciones económicas y de competencia comercial con otros establecimientos de la misma índole. En la resolución, el gobierno de Oberbayern consideró que la creación de una nueva farmacia en el lugar solicitado no estaba exigida por el interés público y que, por el contrario restringía los beneficios económicos de las farmacias existentes. Para resolver el caso, el Tribunal Constitucional alemán estudio la constitucionalidad del referido artículo 3.1. Tras hacer un repaso histórico de las razones que sustentan la necesidad de regular públicamente la creación y el funcionamiento de farmacias (análisis sobre la legitimación del fin de la medida restrictiva) y de los conceptos de elección y ejercicio de la profesión, el Tribunal Constitucional sostuvo que cuanto mayor sea la afectación de la órbita de libertad del individuo (libertad de profesión), mayor debe de ser el interés público que la justifique. Asimismo se señaló, que la órbita de libertad individual solo puede ser restringida con el medio más benigno, para concluir: "el legislador debe efectuar regulaciones al artículo 12.1 LF en el nivel que implique la menor intervención en la libertad de elección de profesión y sólo puede pasar al siguiente nivel, cuando pueda ser evidenciado con alta probabilidad, que los peligros temidos no pueden ser conjurados efectivamente con las medidas constitucionales pertenecientes al nivel anterior".

III. Función del principio de proporcionalidad

1. Los derechos fundamentales y la legislación

Los derechos fundamentales, en sus dimensiones negativa y positiva, trazan un marco que limitan al legislador, pero que a la vez depara un amplio margen de acción. Si utilizamos la metáfora de Alexy, los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones) y a la vez, deparan al legislador el extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido).⁹

Lo constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales, y consiste en la prohibición de que la ley intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Lo constitucionalmente necesario es aquello que ordenan los derechos de protección, o sea, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el legislador de manera eficaz y suficiente contra las intervenciones del Estado y de los particulares. Y lo constitucionalmente posible es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, aquello que no está decidido ni prefigurado por la constitución, el espacio que se abre a la política electoral en la democracia.¹⁰

La cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. De este modo, junto a la tradicional dimensión¹¹ de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de deberes de protección, que encarnan en conjunto el deber de

⁹ Citado por BERNAL Pulido, Carlos. *Ibidem*, p. 204.

¹⁰ *Idem*, p. 204.

¹¹ Sobre las dimensiones de los derechos fundamentales, *vid.* OSUNA, Néstor, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, cap. III.

contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan.¹² Correlativamente a la imposición de estos deberes de protección, los derechos fundamentales dejan de ser en la dimensión positiva meras normas programáticas, meras declaraciones de principio o normas objetivas, y se convierten en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva. En muchos casos esta exigencia se transforma en la imposición al legislador del deber de expedir leyes. La creación del derecho, entonces, abandona parcialmente el terreno de la discrecionalidad legislativa y se convierte en un mecanismo de cumplimiento de las exigencias de los derechos de protección.

Uno de los principios centrales de toda democracia representativa consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas por el legislador. Cuando este principio está tipificado en la Constitución que, como la mexicana, además consagra un catálogo de derechos fundamentales y un sistema de justicia constitucional, se institucionaliza una tensión constante e irreductible entre la democracia y la libertad o, más específicamente, entre las decisiones de la mayoría parlamentaria y las concreciones que efectúan los tribunales constitucionales a partir de los derechos fundamentales. Esta tensión se expande por todas las áreas en que la legislación se entrecruza con el contenido de los derechos, y origina la necesidad de delimitar la competencia del legislador y los tribunales constitucionales.

Un mayor acercamiento a la vinculación del legislador a los derechos fundamentales en materia política-electoral, se observa de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito internacional, así como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en sede nacional. Fallos en los cuales se ha establecido, por ejemplo, que las restricciones al ejercicio del derecho a ser votado son temáticas que se enmarcan dentro de la competencia del legislador bajo ciertos requisitos, es decir, que tal tarea no se encuentra exenta del control constitucional o convencional, por tanto, la facultad del legislador para

¹² Sobre estos dos tipos de vinculación a los derechos fundamentales, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 53/1985.

establecer restricciones a dichos derechos no es ilimitada. Las restricciones a las normas iusfundamentales pueden entenderse en el marco de la constitución, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos restrictivos ya que debe mediar un principio de razonabilidad en la limitación de los derechos, que en todo caso debe estar justificado por la protección de otros derechos y bienes jurídicos, lo que aparece como fundamento y límite del poder del Estado.

El Tribunal Electoral ha enfatizado reiteradamente que esta sujeción del derecho político-electoral a los derechos fundamentales no implica reconocer que la Constitución haya definido *ab initio* y de una vez el contenido de la legislación que los regula. Dentro de los amplios márgenes de la constitución, el legislador está dotado de un espacio discrecional para determinar el contenido de la ley que sea apropiada a las circunstancias sociales y políticas.¹³

Dentro del ámbito de los derechos político-electorales, la controversia se plantea sobre todo en la tesis de que la implementación de requisitos para el ejercicio de las prerrogativas ciudadanas, es decir, su institucionalización, implica siempre una intervención en el derecho fundamental atinente (por ejemplo el de ser votado), y por tanto, compete a los tribunales constitucionales establecer si la intervención tiene el carácter de restricción válida o, por el contrario, de violaciones a tales derechos.

Debe entenderse que la tipificación de una restricción representa una intervención en los derechos fundamentales.

El sustento de esta tesis se encuentra en la idea de que la constitución protege la libertad de acción con normas de derecho fundamental. Esta libertad que coincide con el concepto negativo de la misma, consiste en la libertad de hacer u omitir lo que uno desea.¹⁴ Esta libertad desde luego no

¹³ Estos criterios se encuentran en aquellas sentencias en las que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al entrar al estudio sobre la constitucionalidad de determinada disposición, reconoce de antemano la libertad de configuración de las legislaturas para desarrollar algún derecho fundamental establecido en la Constitución Federal.

¹⁴ Cfr. ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, pp. 301 y 302.

es absoluta, y por tanto puede ser objeto de intervenciones y restricciones legislativas, que deben estar siempre justificadas en razón del favorecimiento de otros derechos y bienes constitucionales, además de ser proporcionadas.

Surgen entonces las siguientes interrogantes: ¿En qué punto se encuentra la protección efectiva de los derechos fundamentales mediante las leyes de contenido restrictivo? ¿Cómo puede crearse un modelo de relaciones entre los derechos fundamentales y la legislación restrictiva, de tal modo que las intervenciones protejan lo suficiente, sin ser excesivas?

Entre las respuestas a estas preguntas, que incumbe al tema de estudio, encontramos el principio de proporcionalidad,¹⁵ como método mayormente racional dada su estructura argumentativa.

Ciertamente, este principio opera como criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de derechos fundamentales. El entendimiento de esta función se revela con mayor claridad al atender previamente la estructura de los derechos fundamentales y la estructura del control constitucional de las leyes.

2. La estructura de los derechos fundamentales

Para Robert Alexy, todo derecho fundamental (en sentido amplio o como un todo) se estructura como un haz de **posiciones** y **normas**, vinculadas interpretativamente a una **disposición** de derecho fundamental.¹⁶ Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental

¹⁵Resulta relevante, sobre la metodología en trato, la tesis del mínimo de los derechos fundamentales que se deriva a su vez de la teoría interna de los derechos fundamentales: lo constitucionalmente imposible y lo necesario corresponde a un mínimo irrestrictible en el contenido de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de la vinculación negativa, lo imposible es el mínimo de la libertad y de los demás derechos que nunca podría ser afectado por la legislación. Paralelamente, desde la óptica de la vinculación positiva, lo necesario es el mínimo de protección que la ley debe ofrecer a los derechos fundamentales para una protección efectiva. Lo posible se define como el espacio restante, como lo no contemplado por el mínimo negativo y el mínimo positivo. Los criterios que sigue dicho método son el del núcleo esencial de los derechos fundamentales y el criterio del contenido prefigurado de tales derechos.

¹⁶ ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, pp. 214-215.

corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental.

Analizados por separado los tres conceptos que componen la estructura, tenemos:

- a) Las *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento constitucional federal, dichos derechos (según decreto publicado el 10 de julio de 2011) parecen encontrarse delineados en el capítulo I del Título I, intitulado "*De los Derechos Humanos y sus Garantías*", que comprende sus primeros 29 artículos, lo que podríamos concebir como el *Bill of rights* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, en un sentido material, encontramos diversos derechos fundamentales tanto en los siguientes tres capítulos del mencionado Título I, como en la parte orgánica y demás apartados del ordenamiento supremo. En este sentido, entendemos que la Constitución contiene disposiciones de derecho fundamental a todo lo largo de su articulado, cuando encuentren una conexión interpretativa con los preceptos contenidos en su parte inicial, ideada como declaración o carta de derechos.

Así también, deben catalogarse en esta clase los derechos fundamentales contenidos en distintos tratados internacionales.

- b) Las *normas de derecho fundamental* se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental.

Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está ordenado, prohibido o

permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.

Puede entenderse que la norma es el resultado significativo o semántico de la interpretación de un texto o disposición. En este sentido, Riccardo Guastini sostiene que el modo de expresarse, según el cual la interpretación tiene por objeto *normas*, es correcto a condición de que, en ese contexto, por norma se entienda un "texto normativo", pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, si por "norma" se entiende (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el *significado* que contiene. En tal caso, la *norma* no constituye el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa.¹⁷

- c) Las *posiciones de derecho fundamental* o los derechos fundamentales en sentido estricto constituyen el correlato de las normas de esta misma naturaleza.

Cuando los operadores jurídicos se refieren a los derechos fundamentales, en realidad hacen alusión a las posiciones de derechos fundamentales, como sucede, verbigracia, cuando un ciudadano alega tener el derecho de voto activo. El derecho fundamental a emitir el sufragio es una posición iusfundamental establecida por una norma de este mismo carácter, adscrita al artículo 35 de la Constitución Federal.

Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado; como tales, presentan una amplia gama de relaciones jurídicas existentes en el Derecho. Su forma más común simboliza una estructura triádica compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa, 2006, p. 3.

Entre las posiciones y las normas de derecho fundamental existe un nexo de implicación necesaria. Robert Alexy lo ha enunciado de la siguiente manera: "si un derecho existe, debe valer una norma que garantice la existencia de ese derecho".¹⁸

3. La estructura abierta de los derechos fundamentales como indeterminación normativa

Las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan por su indeterminación normativa, o en palabras de Alexy, por su *apertura estructural*.¹⁹

La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos y, por consiguiente, impide al intérprete conocer *a priori* -tras la simple lectura del texto jurídico- si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición.²⁰

Esta característica normativa puede ser examinada en abstracto y en concreto. En el nivel abstracto se plantea el interrogante de si el texto de cierta disposición permite al intérprete conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye. Sobre el punto vale aclarar que ninguna disposición iusfundamental, por más específica que sea, permite conocer *a priori* todas las normas que estatuye directa e indirectamente.

Casi todas las normas estatuidas indirectamente resultan no solo de lo expresado por el texto de la disposición, sino de otras premisas que complementan al texto en su interpretación. Sin embargo, las disposiciones de derecho fundamental, permiten identificar una de las normas que estatuyen: la llamada *norma iusfundamental directamente estatuida*. Por ejemplo, no cabe duda que la disposición del artículo 9 de la Constitución Federal establece, por lo menos, la siguiente norma: "está ordenado reconocer el derecho de asociación".

¹⁸ Citado por BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 87.

¹⁹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, p. 50.

²⁰ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 103-105.

Ahora bien, la indeterminación normativa se proyecta sobre todas las demás normas que no han sido directamente estatuidas por las disposiciones de derecho, pero que pueden ser fundamentadas a partir de estas. Tales normas indirectamente estatuidas se denominan *normas adscritas*.²¹

Con relación a las normas adscritas no puede afirmarse *a priori* con certeza que sean normas estatuidas por las disposiciones iusfundamentales, ni tampoco que no lo sean. Por el contrario, la validez de una norma adscrita es algo que debe ser fundamentado. La validez de la norma adscrita es el objeto de la fundamentación externa de la premisa mayor del silogismo contenido en la sentencia constitucional. Por definición, si una norma debe ser fundamentada, es porque no puede ser reconocida *a priori*.

4. Normas iusfundamentales directamente estatuidas, adscritas e individuales

El estudio y distinción de las normas directamente estatuidas, normas adscritas y normas individuales de derecho fundamental, resulta decisivo para determinar la función del principio de proporcionalidad. Entre este tipo de normas no existe una diferencia cualitativa, sino solo algunas divergencias en cuanto a su grado de generalidad.

Por una parte, las normas directamente estatuidas son más generales que las normas adscritas, y estas últimas son a su vez, más generales que las normas individuales.

De cada uno de estos tipos normativos es característico un peculiar modo de fundamentación: mientras el texto de las disposiciones constitucionales se erige como fundamento inmediato y suficiente de las normas que directamente estatuye, las normas adscritas son el producto de una fundamentación interpretativa suplementaria, que parte de las normas directamente estatuidas, y las normas individuales son el resultado de la subsunción de un caso bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida o de una norma adscrita.

²¹Cfr. ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, p. 52.

Como ya se adelantó, las normas directamente estatuidas son las que revisten un mayor grado de generalidad.

En consecuencia, para hallar el significado de estas disposiciones es necesario traducirlas a términos prescriptivos o deónticos -es decir, a términos del *deber ser*-; cada disposición de derecho fundamental estatuye directamente una sola norma, de traducción automática.

Siguiendo con el ejemplo anteriormente asentado, la disposición del artículo 9 constitucional: "*No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito*", puede señalarse que su sentido prescriptivo se expresa mediante la norma directamente estatuida que establece: "*está ordenado* (operador deóntico) reconocer y proteger el derecho a asociarse y reunirse."

Empero, las normas directamente estatuidas rara vez son aptas para ser utilizadas como premisa mayor en la fundamentación interna de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. La traducción automática de éste tipo de disposiciones no suele ser problemática. Los problemas que la realidad propone al intérprete constitucional son tan concretos, matizados y complejos, que desbordan la explicitud semántica de las normas directamente estatuidas. Como consecuencia, en la mayoría de los casos los tribunales constitucionales se ven en la necesidad de concretar una norma más específica, estas son las normas adscritas, que como se dijo se fundamentan en las normas directamente estatuidas y guardan un nexo de contradicción o de identidad con las normas legales, objeto de cada proceso constitucional.

La norma adscrita desempeña el papel de premisa mayor de la justificación interna, bajo la cual se subsume la ley que se controla. La necesidad de concretar una norma adscrita cada vez que sea necesario resolver un caso cuya solución no emane directamente del texto constitucional, puede observarse del ejemplo siguiente:

El artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene la siguiente disposición iusfundamental:

"Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado – Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior."

De dicha disposición, se desprende como norma directamente estatuida, la prescripción:

"El Estado tiene el deber de impartir educación preescolar, primaria, secundaria y media superior."

Sin embargo, en términos prescriptivos no se deduce de la disposición el derecho a que los gobernados puedan ingresar a planteles particulares, de su elección, a costa o con cargo al erario público.

Para resolver la problemática planteada, es evidente que *prima facie* no existe la norma que otorgue o niegue tal pretensión de derecho fundamental, motivo por el cual, es menester que el juzgador constitucional resuelva de antemano la cuestión interpretativa de si al artículo 3º pueda adscribirse una norma más concreta que prescriba:

"Esta ordenado al Estado otorgar educación preescolar, primaria, secundaria y media superior, en planteles particulares a elección de los gobernados".

Norma que debe derivar o estatuirse de la norma directa que otorga el derecho a la educación.

De esta guisa, el problema no se resuelve mediante la aplicación directa de la disposición constitucional, al presentarse una serie de principios que juegan en sentido contrario. Podríamos decir que en el ejemplo trazado: frente al derecho fundamental de educación y al principio de desarrollo integral de la persona, se encuentran los principios de subsidiariedad en la

intervención estatal para la satisfacción de las necesidades personales y la libre disposición comercial de los planteles particulares.

Cualquiera que sea la respuesta que se confiera a la situación jurídica planteada, lo que interesa es ilustrar el papel que las normas adscritas juegan para la solución de los asuntos relacionados con derechos fundamentales, y que en la práctica, encontraría solución mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

Así, las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental proceden entonces simultáneamente de dos fuentes jurídicas: una fuente indirecta y una fuente directa.²² Estas normas son estatuidas con validez *prima facie* por las disposiciones de derecho fundamental (fuente directa) y adquieren validez definitiva de dos formas: cuando son concretadas por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales²³ o cuando son actualizadas por las leyes, tratados internacionales o por los demás actos de los poderes públicos que constituyen fuente de derecho.

No debe entenderse que al concretarse por un tribunal una norma adscrita a un derecho fundamental, se esté legislando o creando una nueva norma, sino que este acto consiste en la formulación institucional de una aseveración interpretativa. Mediante la concreción, los tribunales constitucionales aseveran que una determinada norma adscrita debe ser considerada interpretativamente como una norma válida, por ser uno de los contenidos normativos que cierta disposición de derecho fundamental ha estatuido.²⁴

Las *normas individuales de derecho fundamental* son aquellas contenidas en la parte resolutive de las sentencias de los tribunales constitucionales que versan sobre derechos fundamentales. Estas normas

²² Cfr. BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 116-124.

²³ Cabe señalar que la concreción de una norma adscrita se define como el acto jurídico mediante el cual, en ejercicio de su competencia suprema para interpretar la Constitución, los tribunales constitucionales aseveran que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de indeterminación de una disposición de derecho fundamental. *Vid.* HESSE, Konrad, *interpretación constitucional*, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, pp. 41 y ss.

²⁴ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 130.

son producto de la subsunción al caso concreto bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida o de una norma adscrita. Dicho de otro modo, las normas individuales son la conclusión del silogismo que constituye la fundamentación interna de la sentencia, cuya premisa mayor es una norma directamente estatuida o una norma adscrita.

5. La estructura del control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos fundamentales

El control de constitucionalidad de las leyes, como es sabido, se realiza desde el ámbito formal o material de las normas sujetas a examen. Para el estudio que nos ocupa nos centraremos en el plano material del control de constitucionalidad.

En términos generales puede afirmarse que toda ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene, si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la disposición que tipifica el derecho. La incompatibilidad de la ley y el contenido del derecho fundamental puede ser definida a su vez como una especie de conflicto entre normas jurídicas. Los conflictos entre las normas de derecho fundamental y las normas legales deben solucionarse con la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal.

Esta solución se deriva del principio de supremacía de la Constitución y de vinculación del legislador a los derechos fundamentales, contenidos en los artículos 1 y 133 de la Constitución Federal.

El control de constitucionalidad de las leyes es un tipo específico de discurso jurídico, cuyo resultado es una decisión jurisdiccional. La fundamentación de las decisiones jurisdiccionales se proyecta en dos dimensiones: una interna y una externa.

La fundamentación interna es el razonamiento mediante el cual se infiere el fallo de las premisas que lo sustentan; por su parte, la fundamentación externa es el razonamiento en el que se determinan las premisas que

componen la fundamentación interna y de las cuales se sigue la decisión contenida en el fallo.

En otras palabras, la fundamentación interna consiste en el tránsito desde una norma general hasta una norma particular (el fallo), mediante una cadena de normas cada vez más concretas. Este tránsito reviste básicamente la estructura de un silogismo,²⁵ conformado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.²⁶

Así, en el esquema de control constitucional, la premisa mayor se compone por el derecho fundamental intervenido, mientras que la premisa menor se integra con la norma legal objeto de control, a efecto de averiguar si su contenido cumple las condiciones del supuesto de hecho de la norma iusfundamental. Estos dos elementos pertenecen a la fundamentación interna, que permite establecer si lo prescrito en la norma examinada contradice lo prescrito por la norma de derecho fundamental.

Para ejercer dicho control el tribunal constitucional debe partir de tres puntos: 1. En primer lugar debe determinar qué es aquello que prescribe la norma iusfundamental en su forma imperativa, es decir, si esta norma ordena, permite o prohíbe un comportamiento, o si atribuye una competencia; 2. En segundo lugar, debe averiguar qué prescribe la norma legal examinada o sometida a control; y 3. Por último, debe establecer si aquello que prescribe la norma legal es contradictorio con lo que prescribe la norma iusfundamental.

El principio de proporcionalidad desempeña su función en el campo de la fundamentación externa de la premisa mayor, es decir, en la concreción y fundamentación de la norma de derecho fundamental aplicable al caso.

²⁵Como se sabe, la premisa mayor es una norma general, establecida por una disposición perteneciente a una de las fuentes del Derecho. La premisa menor, consiste en un juicio que da cuenta del cumplimiento de las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma general, por parte del comportamiento examinado. Finalmente, la conclusión es una norma particular, contenida en el fallo, que se sigue de las premisas mayor y menor.

²⁶ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 205 y ss.

6. Función del principio de proporcionalidad. Conclusión

El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor firmeza en la jurisprudencia constitucional, como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador. Dicho principio parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, al ser, a su vez, principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo.

El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho fundamental, cuando es interpretado de manera amplia; este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador.

Así por ejemplo, la norma directa de derecho al voto pasivo, establecida en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Federal, comprende *prima facie* el derecho de los ciudadanos a postularse como candidatos para cualquiera de los cargos de representación popular; sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo el derecho de la comunidad a contar con representantes idóneos (en el sentido amplio de la palabra), el derecho fundamental atinente puede ser restringido por el legislador, quien legítimamente puede introducir como requisito para contender como candidatos el relativo a que los aspirantes no cuenten con antecedentes penales en relación con determinados delitos, atendiendo su gravedad.

Con todo, estas restricciones legislativas tampoco son absolutas. Si bien el legislador puede imponerlas en un marco de libertad configurativa, este

poder público no puede desatender las exigencias que derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales deben cumplir.²⁷

Bajo esta tesitura, el principio de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales, cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro.

Como función conclusiva de dicho principio, Bernal Pulido afirma:

"el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes."²⁸

La función que el principio de proporcionalidad cumple en el control constitucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, consiste en estructurar la fundamentación de la validez de las normas iusfundamentales adscritas, en un procedimiento de cinco pasos:²⁹

- a) La adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental, y de su posición respectiva, a una disposición de derecho fundamental;
- b) La verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante;
- c) El examen de idoneidad de la ley;
- d) El examen de necesidad de la ley; y
- e) El examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.

²⁷Vid. BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.* nota 4, pp. 41-42.

²⁸ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 162.

²⁹ *Ibid*, pp. 134-135.

De estos cinco pasos, los dos primeros son presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad y los tres últimos son los subprincipios que lo componen.

Estos pasos pueden ser identificados, desde el punto de vista del análisis lógico, con el contexto de descubrimiento y de justificación, que Manuel Atienza traslada de la teoría del conocimiento en general al campo de la argumentación jurídica.

Siguiendo al autor español, una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dichas premisa o conclusión.³⁰ Luego, se sostiene que los dos primeros pasos, como presupuestos del test de proporcionalidad constituyen un contexto en el que el operador jurídico otorga un valor reservado a la norma fundamental que servirá de premisa mayor, así como a la norma materia del control (premis menor) a la que se califica como interventora de la primera, para posteriormente ser sometidas en conjunto, dentro del contexto de justificación, a los tres subprincipios que otorgaran validez definitiva a la norma o principio que se concluya avante.

IV. Componentes del principio de proporcionalidad

Tal como se adelantó, el principio de proporcionalidad se compone de los tres subprincipios siguientes:

- a) Idoneidad o adecuación;
- b) Necesidad; y
- c) Proporcionalidad en sentido estricto.

³⁰ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008, pp. 4 y 5.

Mediante la *idoneidad* se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.³¹

El subprincipio de idoneidad es un juicio previo; la idoneidad de una medida adoptada por el legislador, dependerá de que ésta guarde una relación positiva con su fin inmediato, es decir, debe facilitar su realización.

Se trata de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada.

En cuanto a la primera exigencia, para que una medida legislativa no sea legítima debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, para que dicha medida sea idónea, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

Como se puede observar, en este primer subprincipio se exige un mínimo y no un máximo de idoneidad. La formulación negativa de su concepto implica un mayor respeto del margen de acción del legislador, pues lo que se exige de sus medidas no es un grado óptimo de idoneidad para alcanzar la máxima protección del bien jurídico, sino tan solo que no sea abiertamente inadecuada para contribuir a proteger el bien jurídico legítimo.

Sobre el tópico, resulta relevante la distinción apuntada por Bernal Pulido,³² en relación a la existencia de una idoneidad fuerte frente a otra débil. La primera de ellas, establece que la medida de intervención deberá de ser considerada idónea solo si es aquella que contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin. Paralelamente, de conformidad con la versión más débil, la idoneidad de una medida

³¹ Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado también como juicio de razonabilidad y consiste en constatar que la norma en examen no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón que no está prohibida explícita o implícitamente por la Constitución, *Vid.* CÁRDENAS Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008, pp. 142-146.

³² *Cfr.* BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 724-729.

dependerá de que ella tenga una relación positiva de cualquier tipo con el fin legislativo, es decir, de que sencillamente facilite su realización de algún modo, con cualquier eficacia.

El jurista en consulta se inclina por el tamiz de la idoneidad en su versión débil, que según su dicho, permite observar y dar cumplimiento al principio formal de la competencia legislativa para configurar la Constitución.

En el mismo sentido, L. Clérico ha explicado que la versión fuerte del subprincipio de idoneidad conduce a que todas aquellas medidas legislativas, diversas a la más idónea para la realización del fin, sean declaradas inconstitucionales casi *ab initio*. Esta prematura declaración de inconstitucionalidad impide considerar múltiples razones atinentes también a la proporcionalidad de las medidas legislativas y que solo adquieren relevancia en los exámenes de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que tienen que ver con la comparación de la medida adoptada por el legislador con otras medidas alternativas y con la valoración de los costos y beneficios que aquélla reporta.³³

A manera de ejemplo, podríamos considerar el requisito establecido por algunas legislaciones electorales en nuestro país, para el registro de candidaturas independientes, en las que se ha exigido, con el fin de acreditar el apoyo ciudadano, además de la cédula de respaldo respectiva, la copia de la credencial para votar de los suscriptores.

Es evidente que el requisito aludido, es puesto por el legislador con el fin de que la autoridad comicial administrativa cuente con elementos para comprobar que los nombres, firmas y demás datos contenidos en las cédulas de respaldo, verdaderamente corresponden a los ciudadanos reseñados en ellas, en otras palabras, para garantizar, entre otros, el principio de certeza. Puede adelantarse que la finalidad buscada es legítima constitucionalmente, pues no es contrario a la ley reproducir en copia las credenciales de elector por cada poseedor de las mismas. Paralelamente, la medida se aprecia idónea para comprobar la veracidad del contenido

³³ Citado por BERNAL Pulido, Carlos. *Ibidem*, pp. 728-729.

de las cédulas con la identidad de las personas que la suscriben, sin necesidad de entrar en una calificación sobre su grado de eficacia, pues al referirnos a una copia simple, su valor probatorio puede verse superado frente a otros instrumentos de convicción.

Lo importante en el punto, es ilustrar que la idoneidad de la medida puede tener distintos grados de eficacia, sin que ello sea motivo para que el juzgador declare inconstitucional la norma, cuando se advierta una posibilidad mínima de conseguir el fin que se busca.

En lo que toca a la *necesidad*, se dirige a analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna, entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto.

Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles; acto en la cual se analiza: 1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y 2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

A fin de respetar el margen de acción legislativa, en esta comparación se utilizan definiciones negativas. En efecto, para que una medida de intervención no sea necesaria debe existir un medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad y que sea menos restrictivo de la libertad o los demás derechos fundamentales que resulten afectados.

Esto no implica que el legislador deba adoptar siempre la medida restrictiva óptima, sino solo la prohibición de restringir vanamente la libertad, es decir, la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante, y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido.

Finalmente, el subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto* (que consiste en el examen de ponderación de Alexy) afirma que una intervención a los derechos fundamentales es constitucional o legítima, siempre que el grado de realización del objetivo de la intervención (es

decir, de protección del bien jurídico) sea por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención del derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.³⁴

Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

Mediante esta comparación, se prohíbe que una afectación intensa de un derecho fundamental sea correlativa tan solo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico.

A manera de ejemplo, podemos imaginar que el legislador incluyera como restricción al derecho de ser votado, en la vertiente o requisito de no contar con antecedentes penales a las infracciones administrativas (como pudieran ser las de tránsito), caso en el que la protección de este aspecto intermedio del derecho comunitario a contar con representantes idóneos no justificaría la intensa restricción de la negativa que acarrearía a múltiples aspirantes para el posible acceso a un cargo público la medida adoptada.

Como sugiere Alexy, para llevar a cabo esta comparación puede utilizarse una escala triádica, en la que las dos variables a comparar: la intervención en el derecho y la protección del bien jurídico, pueden verse afectados -restringiendo el primero y realizado el segundo- en una medida leve, media o intensa. De este modo sería ilegítimo -siguiendo el ejemplo- que el derecho al acceso de un cargo público fuera restringido en una medida intensa, y que la restricción se justificara con un favorecimiento apenas leve o medio

³⁴ Sobre la formulación de estos subprincipios el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 66/1995 declaró: "Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto -La garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la medida era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

del derecho de protección. Tampoco sería justificada una restricción media que fuera correlativa a una protección leve.

La ponderación que deriva de este subprincipio se estructura argumentativamente en tres pasos:³⁵

1. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas: la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2. Comparar dichas magnitudes: para determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental (ley de ponderación).
3. Construir una regla de precedencia condicionada: el elemento normativo que adquiere no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico; solo determina la solución para el caso concreto y para futuros casos idénticos o análogos.

1. El principio de proporcionalidad en México. Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁶

El principio de proporcionalidad se utilizó por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por primera vez, en el amparo en revisión 988/2004, resuelto por su Primera Sala el 29 de septiembre de 2004.³⁷ En el asunto se planteó la inconstitucionalidad de los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal debido a que permitían el otorgamiento de la libertad bajo caución tomando como parámetro el número de años fijado en la condena en lugar de atender

³⁵ *Vid.* CÁRDENAS Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 31, p. 145.

³⁶ Sobre este punto, se sigue el análisis efectuado por DIEZ Gargari, Rodrigo, en el ensayo "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte," en Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, enero-junio 2012, pp.79 y ss.

³⁷ El ministro ponente fue José Ramón Cossío. La sentencia fue aprobada por unanimidad de votos.

a la diferencia entre delito grave y delito no grave; de tal regulación surgía en óptica del quejoso una violación al derecho de igualdad.

Con vista en la ejecutoria en mención, se advierte que la Primera Sala de la Corte identificó ciertos subprincipios del esquema de proporcionalidad:

- a) finalidad objetiva y constitucionalmente válida;
- b) racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador:
"Es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar; es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido," y
- c) proporcionalidad:
"El legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales."

De lo anterior se puede observar que la Primera Sala no habla del subprincipio de "necesidad". Asimismo se advierte la referencia únicamente a los subprincipios de "idoneidad" (al que designa como "de racionalidad" o "de adecuación") y de "proporcionalidad". Por otra parte, siguiendo el modelo de escrutinio que utiliza la Corte Suprema de los Estados Unidos,³⁸ se estableció en el fallo que cuando una distinción afecte a derechos fundamentales o se refiera a una clasificación de las consideradas "sospechosas" por la propia Corte (origen étnico, nacional, edad,

³⁸ El modelo norteamericano se basa en distintos tipos de escrutinio para resolver conflictos relacionados con la cláusula de *equal protection* prevista en la décimo cuarta enmienda. El escrutinio estricto se usa para resolver casos en los que se hace una clasificación a partir de criterios "sospechosos" como la raza; el escrutinio leve se usa en casos en los que el legislador tiene una amplia libertad para establecer clasificaciones, como es el caso de asuntos "económicos"; el escrutinio ordinario se coloca entre los dos anteriores y se ha utilizado, por ejemplo, para tratar con clasificaciones que no sean de las "sospechosas" pero sobre las cuales el legislador no tiene un amplio poder de decisión, por ejemplo, clasificaciones con base en el sexo de las personas.

discapacidades, condición social, religión, estado civil, preferencias o cualquier otra que menoscabe la dignidad humana) se aplicaría un escrutinio estricto; en caso contrario se aplicaría un escrutinio ordinario. Los subprincipios del principio de proporcionalidad se modularon dependiendo del tipo de escrutinio; tal y como se ilustra a continuación, con base en los argumentos de la sentencia.

Subprincipios	Escrutinio estricto	Escrutinio ordinario
Finalidad objetiva y constitucionalmente válida	Deberá tratarse de un "objetivo constitucionalmente importante".	Basta con una finalidad constitucionalmente admisible, "...esto es, una finalidad no abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales..."
Adecuación	La medida legislativa deberá estar "...directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales..."	Será suficiente con que la medida esté "...potencialmente conectada con la consecución de tales objetivos".
Proporcionalidad en sentido estricto	Será necesario que "...la diferencia de trato refleje un balance cuidadoso de las distintas exigencias normativas en juego, y que no se detecten alternativas menos gravosas para los derechos capaces de conducir a ese fin".	"...basta que no exista un desbalance grosero entre el objetivo al servicio del cual está la medida clasificadora".

Siguiendo con el análisis elaborado por Rodrigo Díez Gargari, se tiene que lo que la Corte designa como "proporcionalidad" se identifica con el concepto de "necesidad" de Alexy; esto es así porque el análisis de las "*alternativas menos gravosas*" se lleva a cabo en la etapa de la "necesidad". En opinión del mismo autor, el principio de proporcionalidad inició en el Alto Tribunal como herramienta discursiva más que como método riguroso de solución de conflictos.³⁹ Finalmente refiere, que en el caso estudiado la Corte utilizó el principio de proporcionalidad como si fuera un método inherente al sistema, sin mayor explicación o justificación,⁴⁰ en otras palabras, sin razonar o informar sobre su base legal.

2. Principio de proporcionalidad en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aplicó el principio de proporcionalidad, en forma expresa y (al parecer) por vez primera, en la sentencia del 7 de mayo de 2002, recaída al recurso de apelación de clave SUP-RAP-050/2001,⁴¹ con el fin de delinear los contornos debidos en la facultad investigadora de la autoridad administrativa electoral federal, específicamente en relación con las diligencias para la obtención de pruebas.

Al respecto, la máxima autoridad electoral jurisdiccional del país, derivó del "principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales" (como en el caso lo fue la función investigadora) diversos criterios básicos tendentes a asegurar una correspondencia entre las determinaciones que puede adoptar la autoridad administrativa electoral en la investigación de los hechos denunciados, y los bienes jurídicos o derechos fundamentales que, con motivo de ellas, pudieran resultar restringidos o afectados.

³⁹Cfr. Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, nota 36, p. 82.

⁴⁰ Otros asuntos en los que la Suprema Corte aplicó el examen de proporcionalidad, que resulta relevantes como precursores de dicho principio en nuestro país, son: Amparo en revisión 1629/2004; Acción de inconstitucionalidad 27/2005; Amparo en revisión 307/2007; Acción de inconstitucionalidad 11/2005; y Amparo en revisión 2044/2008.

⁴¹ Caso "Amigos de Fox".

Dichos criterios, se dice en la sentencia, atañen a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas encaminadas a la obtención de elementos de prueba.

Para analizar el subprincipio de idoneidad, en el fallo se argumenta:⁴²

"La autoridad investigadora, deberá considerar que las diligencias estimadas necesarias para esclarecer los hechos sean idóneas, es decir, calcular racionalmente si conducen o no a resultados previsiblemente objetivos y ciertos, indicando si con ello se logrará un fin probatorio. Esto es, por la idoneidad se impone que las medidas no sólo sean aptas para conseguir un fin determinado, sino además, deben tener ciertas probabilidades de ser eficaces en el caso concreto.

Con ello, se impide aplicar sobre terceros (respecto de quienes no se tiene indicio o principio de prueba alguno en relación con lo hechos denunciados), medidas de considerable afectación, en tanto que no existen motivos racionalmente suficientes para tener una mínima convicción sobre su participación en los hechos, aunque resulte legítimo requerir de su colaboración para el esclarecimiento de la verdad, siempre que sea adecuadamente ponderado el éxito previsible de la medida en la consecución del fin probatorio que se pretende, y que las molestias que se les infieran sean las mínimas posibles."

Por lo que toca al criterio de necesidad, se identifica con el denominado en la doctrina como "intervención mínima", en el sentido siguiente:

"Ante la posibilidad de llevar a cabo varias diligencias razonablemente aptas para la obtención de elementos de prueba, que afectaran en alguna medida los derechos fundamentales de las personas, se elija la medida que los afecte en menor grado, con lo cual se disminuye

⁴² Fojas 154-157 de la sentencia.

la molestia originada por la intromisión de la autoridad investigadora en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos."

Finalmente, respecto a la proporcionalidad en sentido estricto se dice:

"Llega a ser indispensable que por el criterio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo, la autoridad pondere los valores e intereses constitucionalmente protegidos, según las circunstancias del caso concreto, conforme a los cuales dilucide si el sacrificio de los intereses individuales de una persona, guarda una relación razonable con la fiscalización del origen, monto y destino de los recursos de los partidos políticos, de tal suerte que si una actuación determinada comporta una excesiva afectación, pudiera considerarse inadmisibile.

Para llevar a cabo la ponderación señalada, la autoridad investigadora estimará la gravedad de los hechos denunciados, la naturaleza de los derechos enfrentados, así como el carácter del titular del derecho, para lo cual es menester que de manera explícita se precisen las consideraciones al tenor de las cuales se inclina por molestar a alguien en su derecho, en aras de la preservación de otro valor."

Al estudiar la idoneidad o adecuación de las mediadas probatorias, la Sala Superior se inclinó por una versión fuerte del subprincipio, pues asevera que las mediadas de intervención deben conducir a resultados objetivos y ciertos, con probabilidades de eficacia probatoria. En lo personal, considero que dicho criterio pudiera reducir la atribución investigadora de la autoridad comicial, pues a fin de calcular, en algunas hipótesis, el alcance probatorio de un medio de convicción es menester contar con su desahogo, para ser lo mayormente objetivos en su tasación, tal como lo exige la sentencia en análisis.

En el similar sentido, siguiendo el criterio de Bernal Pulido, el argumento dirigido a exigir que las medidas probatorias ordenadas por la autoridad sean eficaces, guarda una estructura de relación medio-fin en la que habrá

que valorar si los beneficios obtenidos con la medida decretada resultan mayores al sacrificio del derecho a la libertad y privacidad (no molestia) de los ciudadanos involucrados en la labor investigadora, por lo que existe coincidencia con los puntos a analizar dentro de la proporcionalidad en sentido estricto.

Se advierte así, que la Sala Superior abordó el examen de proporcionalidad bajo el esquema de Alexy, es decir, de la escuela alemana, contrario a la Suprema Corte, que en los inicios de adopción de dicho método se inclinó por el sistema norteamericano.⁴³

V. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008.

BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

CÁRDENAS Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Editorial Porrúa, 2006.

HESSE, Konrad, *Interpretación constitucional*, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

⁴³ Para una mayor amplitud del tema se recomienda acudir a las sentencias emitidas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los expedientes: SUP-RAP-09/2004; SUP-JDC-393/2005, y SUP-RAP-31/2006.

OSUNA, Néstor, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Hemerográfica

DÍEZ Gargari, Rodrigo, "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte", en Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, enero-junio 2012.

LA VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

*Hernán Alejandro Olano García**

SUMARIO: I. Introducción; II. La vicepresidencia en el constitucionalismo del siglo XIX; III. El último tramo de la vicepresidencia; IV. La vicepresidencia en la Carta de 1991; V. Remuneración del Vicepresidente; VI. Funciones del Vicepresidente; VII. Comisiones nacionales presididas por el Vicepresidente de la República; VIII. Programas presidenciales coordinados por el Vicepresidente; IX. Seguridad para los Expresidentes y Exvicepresidentes de la República; X. Futuro de la vicepresidencia; XI. El Vicepresidente en el constitucionalismo comparado latinoamericano; XII. Fuentes de consulta.

*Abogado, con estancia Post Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España y estancia Post Doctoral en Historia como Becario de AUIP en la Universidad del País Vasco, España; Doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico; es Magíster en Relaciones Internacionales y Magíster en Derecho. Es el Director del Programa de Humanidades en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de La Sabana, donde es Profesor Asociado, Director (e.) del Departamento de Historia y Estudios Socio Culturales y Director del Grupo de Investigación en Derecho, Ética e Historia de las Instituciones «Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé». Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Miembro Correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales y Miembro Honorario del Muy Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima, Perú. Correo electrónico hernan.olano@unisabana.edu.co

Resumen:

El presente artículo nos presenta al titular del Poder Ejecutivo como el símbolo de la unidad de la nación, como garante de la independencia nacional, de la integridad del territorio y de la independencia soberana, como un respeto a los acuerdos de la comunidad.

El autor explica los antecedentes de la figura del Vicepresidente en Colombia, relatando algunos de los factores que influyeron en la desaparición y reaparición de la vicepresidencia de la República. De igual manera el texto narra una descripción de las comisiones nacionales presididas por el Vicepresidente.

Aborda cuestiones sobre las disposiciones de protección y seguridad para los Expresidentes y Exvicepresidentes.

Para entender la labor que ejercen los Vicepresidentes en nuestro ámbito continental, se presentan normas que regulan esta figura en algunos países latinoamericanos.

Palabras clave: vicepresidencia, constitucionalismo comparado, Poder Ejecutivo, Latinoamérica.

Abstract:

This article introduces the head of the Judicial Branch as a symbol of the unity of the nation. As guarantor of the national independence, territorial integrity and sovereign independence, as a respect for community agreements.

The author explains the background of the figure of the Vice-president in Colombia, describing some of the factors that influenced the disappearance and reappearance of the Vice Presidency of the Republic. Likewise, the text gives a description of the national commissions chaired by the Vice-president and presidential programs coordinated by him.

It addresses issues about safety and security provisions for former Presidents and former Vice Presidents.

To understand the work performed by the Vice-President in the South American continental level, standards are presented that regulates this figure in some Latin American countries.

Key words: vice-president, compared constitutionalism, Judicial Branch, Latin-America.

I. Introducción

Cuando se le atribuye a una persona física el Poder Ejecutivo, estamos frente a una tradición inmemorial en la cual se recuerda el valor del poder personal al frente de un pueblo, a veces ayudado por alguien, en nuestro caso actual, por un Vicepresidente, antes, por una figura *sui generis* denominada *<designatura presidencial>*.

La Convención de Filadelfia, en los albores de la independencia norteamericana, acudió al término *presidente*, que antes se había utilizado por las colonias para designar al gobernador. Así, el presidente fue el término que garantizó y legitimó el constitucionalismo republicano, o incluso, a quien ejercía el poder político en las monarquías parlamentarias. La concepción de un titular del Ejecutivo dio origen a ciertas disidencias en la convención constitucional, pues querían evitar que el Monarca inglés quedase reflejado en la presidencia. "*Para lograrlo, se fijó en la Constitución norteamericana la temporalidad de su mandato y la participación del Senado en ciertas funciones presidenciales*".¹

Si bien el presidente era o es elegido por un tiempo limitado, pero con amplios poderes, su elección mediante sufragio hace que represente a la nación y vele por el respeto hacia la Constitución, asegurando con su arbitraje el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la continuidad del Estado.

El modelo presidencialista iberoamericano "*ha acentuado el carácter personalista del titular del ejecutivo*".² El presidente es además el símbolo de la unidad de la nación, el garante de la independencia nacional, de la integridad del territorio y de la independencia soberana; del respeto de los acuerdos de la comunidad y de los tratados; la potestad reglamentaria y hasta la comandancia de las fuerzas militares. Sin embargo, tantas funciones no podrían desarrollarse sin la colaboración inmediata de sus

¹ HAKANSSON Nieto, Carlos, *La forma de gobierno en la Constitución Peruana*, Piura, Colección Jurídica – Universidad de Piura, 2001, p. 28.

² *Ibidem.*, p. 133.

Ministros, así como de otro funcionario que, con <<vocación hereditaria>>, pudiese garantizar la continuidad de sus políticas y programas, ese sería el Vicepresidente. Claro que no siempre ha sido así.

En el Nuevo Reino, la figura del presidente surgió a partir del mandato del rey Felipe II, quien por medio de la Cédula del 17 de septiembre de 1562, designó al primer presidente gobernador y capitán general, el doctor Andrés Díaz Venero de Leiva, quien tomó posesión en 1564 en cierta forma, como suplente del rey; así, podríamos decir que no sólo fue el primer presidente, sino también el primer suplente del rey en tierra neogranadina. Por entonces, el monarca designaba al presidente de una terna presentada por el Consejo de Indias y, Venero de Leiva, que tenía una brillante hoja de vida, logró convertirse junto con su esposa, la valerosa María de Ondegardo y Zárate y sus nueve hijos, en la primera familia presidencial colombiana, a punto que el propio Juan Rodríguez Freyle en "El Carnero", proclama al presidente como "El Padre de la Patria".³

A lo largo de dos siglos de vida republicana, la institución presidencial ha sido la más representativa de todo el esquema político y constitucional de Colombia, acompañada, generalmente de un suplente, bien sea el Vicepresidente o el designado a la presidencia, "*desde el presidencialismo pseudo-monárquico con el que soñaron Bolívar, Caro y Núñez, pasando por el austero y civil de los liberales radicales de la segunda mitad del siglo XIX, hasta llegar al actual presidencialismo tecnócrata y mediático*".⁴

Y es que la vicepresidencia es una forma constitucional establecida históricamente en nuestro país para sustituir al presidente de la República en sus faltas absolutas o temporales, consistente en el nombramiento o elección de un funcionario, que a veces no tiene funciones específicas, aunque supuestamente, es el funcionario que como sucesor de entera confianza del Presidente de la República, debe "*garantizar la continuidad*

³ RODRÍGUEZ Freyle, Juan, *El Carnero*, Bogotá, D.C, Biblioteca El Tiempo, Serie Colombia, 2003, p. 94.

⁴ OSUNA Patiño, Néstor, *La Presidencia de la República: Una institución fuerte en un Estado débil*, edición 145, en: Credencial Historia, enero de 2002, p. 8.

del sistema".⁵ En Latinoamérica, esta figura no tiene tanta preponderancia por la escasez de competencias reales, lo cual dificulta a los ciudadanos tener un juicio cabal sobre su talento como político, mientras que, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, su sistema presidencialista y, por ende la figura del el Vicepresidente posee un gran protagonismo, mucho más que sus colegas latinoamericanos, pues éste, generalmente se convierte en un potencial candidato a la presidencia, aunque, en los primeros años, el Vicepresidente era el principal contendor del presidente; es decir, que quien quedaba de segundo, ocupaba la vicepresidencia.

II. La vicepresidencia en el constitucionalismo del siglo XIX

José Miguel Pey, como Vicepresidente de la Junta Suprema, ejerció el poder en reemplazo del <Presidente Titular>, que para los efectos era el virrey Antonio de Amar y Borbón. Luego, del 22 de junio al 10 de julio de 1816, en reemplazo de Custodio García Rovira, asumió como presidente, a la edad de 26 años, Liborio Mejía.

Como es bien sabido, la primera de nuestras constituciones es la Constitución Monárquica de Cundinamarca,⁶ que fijó un sistema monárquico moderado por la figura de un vice regente de la persona del rey Fernando VII, encargándole esta función a Jorge Tadeo Lozano, quien a su vez era Presidente de la Representación nacional y se hacía acompañar por dos asociados con voto consultivo y no deliberativo. La designación del presidente y de sus consejeros la harían los electores y, el período sería de tres años, renovándose cada año un integrante así: el primer año un consejero, el segundo año el siguiente consejero y el tercer año el presidente.

Adicionalmente, bajo el nombre de "*sustituto*", el artículo 40 de esta Constitución previó la forma de sucesión del Jefe del Poder Ejecutivo.

⁵ DEL ARENAL Fenochio, Jaime, *Vicepresidencia*, en: CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México D.F., Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 594.

⁶ OLANO García, Hernán Alejandro, *La Constitución Monárquica de Cundinamarca*, Bogotá, D.C., Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, 2006.

Cabe indicar que luego, en la segunda Constitución de Cundinamarca de 1812, el Poder Ejecutivo pasó a estar integrado por un presidente y dos Consejeros y si alguno de estos tres dejaba libre la plaza, o no podía desempeñar las funciones, las dos Cámaras de la Legislatura contaban con un plazo de tres días para nombrar al que o a los que debían interinamente suplir la falta, mientras el Colegio Electoral se volvía a reunir. En todos los demás casos, el Primer Consejero era quien sustituía al presidente.

Después de Cundinamarca, se dictó el Acta de Independencia de las Provincias Unidas de la Nueva Granada,⁷ y luego la Constitución de Tunja,⁸ en la cual encontramos que existía un Presidente-Gobernador, que era suplido en sus ausencias por el Teniente de Gobernador, elegido por el Congreso Electoral y reelegido cuantas veces fuere conveniente, lo cual no ocurría con el Presidente, quien debería volver en períodos anuales al sosiego de la vida privada.

En la Constitución de Antioquia,⁹ el poder ejecutivo estaba a cargo del presidente y, para el mejor desempeño de sus funciones podía contar con dos consejeros designados por mayoría absoluta en las dos cámaras. Además, siempre que faltase el presidente por enfermedad, muerte u otro impedimento legítimo, el Prefecto del Senado ejercía todas las funciones del ejecutivo y, si la cámara estuviere disuelta, dicha función recaía en el Primer Consejero, quien actuaba como enlace, llamando al Prefecto para que se posesionara.

⁷ OLANO García, Hernán Alejandro. *El Acta de Independencia de las Provincias Unidas de la Nueva Granada*, en: VIDAL Perdomo, Jaime y TRUJILLO Muñoz, Augusto (Coordinadores). *Historia Constitucional de Colombia, Siglo XIX*. Segunda edición, Bogotá, D.C., Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Clásicos, 2012, tomo I.

⁸ OLANO García, Hernán Alejandro, *Bicentenario de la Constitución de Tunja*, en: ZAMBRANO Cetina, William (Compilador). *Las Constituciones de la Primera República. Memorias del Coloquio Conmemorativo del Bicentenario de la Constitución de Tunja*. Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, D.C., 2011.

⁹ OLANO García, Hernán Alejandro, *La Constitución de Antioquia de 1812*, Bogotá, D.C., Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, 2012.

Por su parte, en la Constitución de Cartagena de Indias,¹⁰ el jefe del Ejecutivo era el Presidente-Gobernador del Estado, quien desempeñaba su oficio con dos consejeros, nombrados los tres por el Colegio Electoral. Por muerte, enfermedad u otro motivo que impidiera el desempeño de sus funciones por el Presidente-Gobernador, el turno de reemplazarlo le correspondía al Presidente del Senado.

Finalmente, en la Constitución de Mariquita de 1815 se consideró que el Presidente-Gobernador no estuviera apoyado en un Vicepresidente, sino por un Teniente de Gobernador, igual que había ocurrido en Tunja, aunque aquí se le fijaba un período de dos años.

Además de lo previsto en las constituciones provinciales, las cartas nacionales de 1821, 1830, 1832, 1843 y 1991 instituyeron la vicepresidencia constitucional. Las constituciones de 1858 y 1863 sólo incluían la figura del primer, segundo y tercer designado y, en las constituciones centro federal de 1853 y la de 1886, aparecían simultáneamente los cargos de Vicepresidente y de designado. Curiosamente, podemos apreciar que las cartas que se proclamaban federalistas y, por ende, mucho más liberales que las otras, fueron contrarias a la institución de la vicepresidencia y más bien, le concedieron al Congreso el honor de escoger a los designados.

En virtud de lo contemplado en la Ley Fundamental de Angostura de 1819 y en la Constitución de Cúcuta de 1821, ocuparon la vicepresidencia Francisco Antonio Zea, Francisco de Paula Santander, Juan Germán Roscio, Antonio Nariño y José María del Castillo y Rada.

Por otro lado, el Decreto Orgánico de Colombia (conocido también como <de la dictadura>>), borró la vicepresidencia del mapa, excluyó al general Santander del cumplimiento de las funciones de su cargo y prácticamente sustituyó la vicepresidencia por el Consejo de Estado, modificando el

¹⁰ OLANO García, Hernán Alejandro, *La Constitución de Cartagena de Indias*, Bogotá, D.C., Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, 2013.

esquema de la Carta de Cúcuta de 1821 que había dispuesto que el ejecutivo sería ejercido por el presidente durante un período de cuatro años como encargado de la administración de la república y sería reemplazado en casos de ausencia temporal, destitución, renuncia o muerte por un Vicepresidente. Las faltas de presidente y de Vicepresidente serían suplidas por el presidente del Senado, quien buscaría inmediatamente cómo llenar las vacantes.

En la frustrada constitución de 1830, los miembros del <<Congreso Admirable>>, pensaron en tener un Vicepresidente con un período de ocho años. Luego, en la Carta de 1832, no hubo cambios grandes en relación con la vicepresidencia, pero sí en cuanto a su elección: el Vicepresidente era elegido por dos años después que el presidente y así, el Vicepresidente estaría en el cargo durante dos administraciones seguidas con distinto jefe y así, estuvieron ocupando el cargo Domingo Caicedo, José María Obando y José Ignacio de Márquez, a quien se le denomina "*Primer Presidente Civil de la República de Colombia*".¹¹

Superada la <<Guerra de los Supremos>> y enmarcada en la primera república conservadora entre 1838 y 1849, fue expedida la Constitución centralista de 1843, que organizó el Poder Ejecutivo a cargo del Presidente, el Vicepresidente, el designado y el Consejo de Gobierno.

Sustituida la Carta de 1843 por la Constitución Centro Federal de 1853 en la época de la denominada primera república liberal, que va de 1849 a 1885, sin cambiar la estructura del poder ejecutivo, lo que se hizo fue disminuirle los poderes en relación con la rama legislativa. En este tiempo, ocuparon la vicepresidencia Rufino Cuervo, José de Obaldía y Manuel María Mallarino, quien al tener que ocupar la presidencia para terminar el período de José María Obando, nombró un gabinete bipartidista con el propósito de buscar la paz de la nación.

Además de los Vicepresidentes y de los designados, por virtud del artículo 42 de la Carta de la Confederación Granadina, expedida por Mariano

¹¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1627 de 2013.

Ospina Rodríguez en 1858, ejercieron accidentalmente el Ejecutivo, en su condición de jefes del Ministerio Público, es decir, como Procuradores Generales de la Nación, el doctor Bartolomé Calvo por vencimiento del período en 1861 del presidente Mariano Ospina Rodríguez y, el doctor José Agustín Uricoechea cuando el presidente Tomás Cipriano de Mosquera, en 1863, se vio obligado como presidente, a comandar las tropas en contra de la invasión ecuatoriana al mando del general Juan José Flórez. Igualmente, los Ministros Froilán Largacha y Andrés Cerón también ocuparon la primera magistratura en ausencias de Tomás Cipriano de Mosquera. La Carta de Rionegro de 1863, con un ejecutivo débil, no incluyó en su exiguo articulado la figura vicepresidencial, sino el esquema de tres designados.

Ya para 1886, la Convención Nacional de Delegatarios decidió robustecer el principio de autoridad a cargo del presidente, quien sería reemplazado por el Vicepresidente y éste por un designado que sería su suplente. Así, desde ese momento y hasta 1910, ocuparon la vicepresidencia de la república Eliseo Payán, Miguel Antonio Caro, José Manuel Marroquín y por siete meses el santandereano Ramón González Valencia.

III. El último tramo de la vicepresidencia

Uno de los factores que influyeron en la desaparición de la vicepresidencia de la república, tuvo que ver con el continuo acecho de sus titulares para tratar de ocupar el cargo de presidente, por ejemplo como le ocurrió a José Manuel Marroquín Ricaurte con Manuel Antonio Sanclemente Cabal y, en el siguiente período presidencial a Ramón González Valencia con el general José Gregorio Ambrosio Rafael Reyes Prieto, lo cual le costaría al general González Valencia, no solo el puesto, sino la abolición constitucional de la figura.

En el caso de Marroquín, éste, aprovechando la edad y la ausencia del presidente Sanclemente, titular del cargo, a quien le había confesado fidelidad absoluta en una carta del 4 de octubre de 1897, decidió el 31 de julio de 1900 hacerse a la silla presidencial. Dicha carta decía lo siguiente:

"Propóneme candidatura vicepresidencial, esperando ser arbitrio para conciliar y para asegurar la paz. Dudo si debo o no rehusar. Para resolverme tengo que tomar en cuenta mi ineptitud y lo duro del sacrificio que habría de hacer de mi reposo y de todos mis gustos. Me animaría el que mi nombre hubiera de ir unido con el de un patricio como usted, el más respetable de los que, en épocas muy señaladas, han prestado insignes servicios a nuestra causa y al país.

Servidor y compatriota,
*José Manuel Marroquín".*¹²

Pero, sin lugar a duda, algunos Vicepresidentes fueron leales con su jefe, cuando les correspondió ejercer la primera magistratura, como Francisco Antonio Zea, Antonio Nariño, Domingo Caicedo, José María Obando, Eliseo Payán, José Ignacio de Márquez, Rufino Cuervo, José de Obaldía, Manuel María Mallarino y Miguel Antonio Caro, entre otros, que *"ejercieron las funciones del Ejecutivo desde la vicepresidencia sin abusos o usurpaciones de poder. Por eso, la mala fama que adquirió la vicepresidencia no corresponde del todo a una visión completa de lo que fue en la realidad".*¹³

Aquí se presenta el debate entre la vicepresidencia y la Designatura, figuras a veces con un origen idéntico: cuotas impuestas por el presidente según las vivencias políticas del momento, lo que hizo mejor conservar la figura del designado durante largos años en el siglo XX, por cuanto es una institución autóctona, soportada por los propios partidos que elegían al sucesor entre una lista de un solo candidato y, además, muchos designados, con tan pomposo nombre, también eran personajes importantes, a los cuales el lustre de ese título de <<príncipe heredero>> por dos años, les permitía albergar una esperanza de todo colombiano: al menos ser presidente por un día.

¹² SANCLEMENTE Villalón, José Ignacio, *El 31 de julio. La otra historia de un cambio de Gobierno*, Cali, Imprenta Departamental del Valle del Cauca, 1990, p. 21.

¹³ GARCÍA-PEÑA, Daniel, *¿Qué nos significa la Vicepresidencia?*, en: *Credencial Historia*, Bogotá, D.C., marzo de 1993, p. 6.

En el año de 1905, la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, por medio del Acto Legislativo #05, decidió tajantemente la supresión de "*los cargos de Vicepresidente de la República y de Designado para ejercer el poder Ejecutivo*". De modo que el presidente sería reemplazado, en caso de falta temporal, por el Ministro que él mismo designara y en caso de falta absoluta, por el Ministro que escoja el Consejo de Ministros por mayorías absoluta de votos. El general Reyes resolvió a comienzos de 1908 que desde el 19 de marzo hasta el 19 de abril, su cuñado y Ministro de Gobierno, el general Euclides de Angulo y Lemos se encargara del poder ejecutivo y, ante el cierre del Congreso y el receso de la Corte Suprema de Justicia, asumió el cargo ante dos testigos: Isaac Castro Vélez y Felipe Silva.¹⁴

El constituyente de 1910, en el famoso Acto Legislativo #03, dispuso que el Presidente de la República sería elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos "*que tienen derecho a sufragar para Representante*" (se exigía saber leer y escribir o tener determinada renta anual o propiedad inmueble, restricción que suscitó hasta 1936); y no sólo disminuyó a cuatro años el período sino prohibió la reelección presidencial para el subsiguiente.

Perpetuó, además, que en caso de falta temporal del Presidente de la República, y en caso de falta absoluta "*mientras se verifica nueva elección*", sería reemplazado, en su orden, por el primero o el segundo Designado que el congreso elegiría cada año.

La enmienda constitucional efectuada por medio del Acto Legislativo #01 de 1945, dispuso que habría un designado elegido cada dos años: "*El Encargado de la Presidencia continuará ejerciéndola cuando falten dos años o menos para terminar el periodo, sin convocar a nuevas elecciones*", procedimiento de elecciones presidenciales intermedias que fue definitivamente abolido por el Acto Legislativo #01 de 1959, aunque esta reforma dispuso que el designado debería ser del mismo partido

¹⁴ CARRIZOSA Argaéz, Enrique, *Linajes y Bibliografías de nuestros Gobernantes. 1830 – 1982*, Bogotá, D.C., Banco de la República, 1983, p. 26.

político del presidente. Y como consecuencia de haber suprimido la investidura de segundo Designado, atribuyó al congreso la elección cada de años de un Designado, con vocación para reemplazar al Presidente en caso de falta de éste.

El constituyente de 1968 agregó a los requisitos para ser presidente (que siguieron siendo los mismos que para senador), el desempeño cuando menos de un cargo público de importancia a nivel Nacional o departamental haciendo al respecto una enumeración a la que presentó como alternativa el profesorado universitario o el ejercicio de una profesión con título académico, en ambos casos por un término de cinco años. En cuanto a inhabilidades, dispuso que no podrá ser elegido Presidente de la República "*ni Designado*" el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia dentro del año inmediatamente anterior a la elección; ni tampoco ser elegido presidente, el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los cargos de Ministro o viceministro del despacho, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Consejero de Estado, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, jefe de departamento Administrativo y Registrador Nacional del Estado Civil.

Luego, el Acto Legislativo # 01 de 1977 instituyó la figura del Ministro Delegatario para reemplazar al presidente en sus ausencias del país, según el orden de precedencia legal, ejerciendo bajo su propia responsabilidad las funciones constitucionales que el presidente le delegare. Además, el Ministro delegatario debería pertenecer al mismo partido político del presidente, razón por la cual, se creó en el imaginario colectivo la impresión de que el Ministro delegatario era el de Relaciones Exteriores, pero esto ocurrió porque durante la administración de Belisario Betancur el Ministro de Gobierno era liberal y el segundo de los Ministros era conservador, razón por la cual, los doctores Rodrigo Lloreda Caicedo y Augusto Ramírez Ocampo, conservadores y Cancilleres de la República, fueron designados, cada uno en su momento, varias veces como Ministros delegatarios.

El artículo 196 Superior dispone que el Ministro Delegatario en funciones presidenciales debe pertenecer al mismo partido o movimiento político del Presidente de la República; sin embargo, durante los ocho años del presidente Uribe y, luego, durante el primer año del presidente Santos, se vulneró constantemente la norma constitucional.

La figura del Ministro delegatario nació ante las ausencias de los presidentes de la república por el creciente número de viajes al extranjero; incluso, en el Acto Legislativo # 01 de 1954 se estableció que mientras no se eligiera designado, reemplazaría al presidente uno de los Ministros según el orden establecido y, en aquella ocasión, le correspondió el turno de reemplazar al Teniente General Gustavo Rojas Pinilla al General Gabriel París Gordillo, Ministro de Guerra, puesto que los Ministros de Gobierno, Relaciones Exteriores, Hacienda y Justicia habían viajado a los Estados Unidos con el presidente.

Buscando aclarar el alcance del artículo 196 de la Constitución, solicité (Hernán Olano) al Consejo Nacional Electoral y a la Presidencia de la República, respuesta a tres inquietudes.

Primera: ¿Qué partido o movimiento inscribió como candidato a la reelección al presidente Uribe?

Respuesta: *"Se inscribió por el movimiento "Primero Colombia", gracias al aval de Fabio Echeverri, Roberto Arango y Alberto Velásquez, con el apoyo de 1'306.492 firmas, de las cuales 1'150.115 fueron certificadas por la Registraduría. Entonces "Primero Colombia" fue el movimiento de Uribe que lo llevó a la Presidencia de la República en la segunda oportunidad"*.

Segunda: ¿Cuál es la filiación política de los Ministros del Despacho?

Respuesta: *"Éste no es un criterio que deba tener en cuenta el Presidente al designar a sus más inmediatos colaboradores, pero sí debe ser criterio indicativo para designar al Ministro Delegatario"*

según el orden de precedencia legal, siempre y cuando pertenezcan a su propio partido o movimiento político".

Según el orden de precedencia legal, que fijaba en la época del cuestionario la Ley 790 de 2002 (hoy la Ley 1444 de 2011), le pregunté a cada Ministro a qué partido o movimiento pertenecían. Sólo uno se abstuvo de contestar y lo hizo a través de un asesor, argumentando que se le estaba violando su derecho a la intimidad.

Tercera: ¿Si el artículo 196 Superior dispone que el Ministro delegatario pertenezca al mismo partido o movimiento político del presidente, cual es la razón para que el presidente designe siempre al Ministro del Interior y Justicia sin importar que sea de otro partido o movimiento?

El Secretario Jurídico de la Presidencia Edmundo del Castillo, "*por instrucciones del señor Presidente de la República*", me contestó:

"...en virtud de la autonomía interpretativa que la jurisprudencia ha reconocido a los funcionarios para fijar los sentidos admisibles de un texto legal o constitucional en ausencia de una interpretación institucionalizada, el Presidente Uribe, cuando en ejercicio del cargo se ha trasladado al exterior, ha delegado algunas de sus funciones en sus ministros de acuerdo con el orden de precedencia legal... que han compartido con el Presidente electo una determinada visión, de manera que se cumpla la finalidad de la norma que no es otra que la de mantener la estabilidad de las instituciones y la gobernabilidad."

¿Qué jurisprudencia? ¿Desde cuándo la norma se interpreta así con tan clara su redacción? En ninguna parte del artículo 196 se dice que el Ministro Delegatario pertenecerá a la misma "Coalición" que llevo al poder al presidente, éste se inscribió por "Primero Colombia", no por ningún otro partido y el Ministro del Interior y Justicia en ese momento era conservador.

Según las respuestas de los Ministros y la correcta interpretación de la Constitución, quien debe ejercer las funciones legales y las atribuciones

constitucionales era la única que contestó pertenecer a Primero Colombia: la por entonces Ministra de Comunicaciones María del Rosario Guerra de Mesa.

En el 2011, la Sección Quinta del Consejo de Estado me dio la razón, pues declaró la nulidad de los decretos que le confirieron funciones presidenciales al Ministro del Interior y de Justicia, Germán Vargas Lleras, durante la permanencia en el exterior del presidente de la República, Juan Manuel Santos, durante los días 14 y 15 y 21 al 25 de septiembre del 2010.

A juicio del alto tribunal, estos decretos desconocieron el artículo 196 de la Constitución, que exige que el Ministro delegatario pertenezca al mismo partido o movimiento político del Presidente de la República.

En efecto, el Ministro Vargas fue inscrito como candidato presidencial por el partido Cambio Radical para las elecciones presidenciales del 2010. Incluso, después de la primera vuelta, en la que salió vencedor Santos, conservó el respaldo de esa colectividad y fue ratificado como su presidente.

Según el fallo, el hecho de que Cambio Radical haya decidido apoyar la candidatura de Santos para la segunda vuelta no implica que el Ministro Vargas pertenezca al mismo partido o movimiento político que inscribió la candidatura del Presidente de la República, es decir, el Partido de Unidad Nacional (Partido de la U).

Además, en opinión de los Magistrados, no es posible confundir el partido o movimiento político del Presidente de la República con la coalición que concurre al programa de gobierno.

Finalmente, el fallo señala que el requisito contenido en el artículo 196 de la Constitución garantiza que la voluntad popular de los electores pertenecientes al partido político del Presidente de la República se mantenga incólume durante sus viajes al exterior. De esta manera, se asegura la continuidad de sus postulados ideológicos y políticos.

En un comunicado, el Ministerio del Interior aseguró que el Gobierno acata y respeta el fallo de la Sección Quinta, que, en adelante, será atendido para designar al Ministro delegatario, como de hecho ha seguido ocurriendo, no obstante la tozudez de la sucesora en la Secretaría Jurídica, quien en otra Carta me sostuvo la misma respuesta dada por del castillo en su momento.

Vale señalar que un Decreto de Delegación de Funciones al Ministro Delegatario, se expide en los siguientes términos:

**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
DECRETO NÚMERO ___ DE 2012.**

1 DE ENERO DE 2012.

Por el cual se delegan unas funciones constitucionales

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 196 de la Constitución Política y,

C O N S I D E R A N D O:

Que el Presidente de la República se trasladará el día 2 de enero de 2012, a la ciudad de Quito (Ecuador), con el fin de asistir a la Ceremonia de Transmisión de Mando del Presidente de ese País, señor XYZ.

Que de conformidad con las disposiciones constitucionales y con la precedencia establecida en las leyes, el Ministro del Interior, está habilitado para ejercer las funciones constitucionales como Ministro Delegatario.

D E C R E T A:

ARTÍCULO 1°. _ Por el tiempo que dure la ausencia del Presidente de la República, en razón del viaje a que se refieren los considerandos del presente Decreto, deléganse en el Ministro de _____, doctor XXYXZ, las funciones legales y las correspondientes a las siguientes atribuciones constitucionales:

1. Artículos 129; 189, con excepción de lo previsto en los numerales 1° y 2°; 303, 304, 314 y 323.
2. Artículo 150, numeral 10, en cuanto se refiere al ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República.
3. Artículos 163, 165 y 166.

4. Artículos 200 y 201.

5. Artículos 213, 214 y 215.

Publíquese y Cúmplase,

Dado en Bogotá, D.C, a los ___ de _____ de 20 ___.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

Así entonces, el Vicepresidente, en caso de viaje del presidente, no podrá asumir funciones del Ministro Delegatario.

IV. La vicepresidencia en la Carta de 1991

El artículo 15 Transitorio de la Carta de 1991 estableció que la primera elección de Vicepresidente de la República se efectuará en el año de 1994 y que, entre tanto, para suplir las faltas absolutas o temporales del presidente de la República se conservará el anterior sistema de Designado, es decir, el previsto en la Constitución de 1886 y sus reformas.

El artículo 124 de dicha Constitución, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo # 01 de 1977, disponía que el Congreso eligiera cada dos años un Designado, quien reemplazaría al presidente en caso de falta absoluta o temporal de éste. El artículo 15 transitorio de la nueva Carta estipuló que una vez vencido el período del elegido en 1990, el Congreso en pleno elegiría uno nuevo para el período 1992-1994.

En ese sistema, a falta de Designado, entraban a ejercer la presidencia de la República los Ministros, en el orden que estableciera la ley y, en su defecto, los gobernadores, siguiendo estos el orden de proximidad de su residencia a la capital de la República.

En la Asamblea Nacional Constituyente, le dio un nuevo resurgir a la figura del Vicepresidente luego de 86 años de inexistencia, cuando delegatarios de diferentes corrientes políticas la propusieron. De hecho, apareció primero en la de los liberales Jesús Pérez González-Rubio, Antonio Galán

Sarmiento, Fernando Carrillo Flórez y Horacio Serpa Uribe (aunque éste último apoyaba la continuidad de la Designatura); luego en la propuesta de algunos liberales como Carlos Holmes Trujillo, Iván Marulanda y Guillermo Plazas Alcid y de los conservadores encabezados por Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño, así como en los proyectos del M-19, la UP, con Alfredo Vásquez Carrizosa y Aída Yolanda Abella Esquivel; el PRT, el EPL y los indígenas con Lorenzo Muelas.

Las propuestas de ONGs como Futuro Colombiano y Recinto de Quirama, también se revelaron partidarias de sustituir la Designatura por la vicepresidencia.

El caso es que en la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, dedicada a los temas de Gobierno y Congreso, Fuerza Pública, Régimen de Estado de Sitio y Relaciones Internacionales y, presidida por el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, tuvieron lugar los debates, liderados por Carlos Lleras de la Fuente, quien aunque liberal, hacía parte de la lista del Movimiento de Salvación Nacional; también lo acompañó en el debate por el mantenimiento de la Designatura el liberal Hernando Herrera Andrade, mientras que por reintroducir la figura, estuvieron de acuerdo José Matías Ortiz Sarmiento del PRT y Abel Rodríguez Céspedes, Rosemberg Pabón y Antonio Navarro Wolff del M-19. Como la situación o pudo conciliarse, se elaboraron dos ponencias que criticaban, una de ellas los altos costos de tener un Vicepresidente; mientras que la otra ponencia se refería al origen popular y representativo de alguien elegido popularmente junto con el presidente para regir los destinos de la patria.

De tanto debate, la cosa resultó empatada, siete votos contra siete: A favor de la vicepresidencia José Matías Ortiz Sarmiento, Antonio Navarro Wolff, Abel Rodríguez Céspedes, Antonio Galán Sarmiento, Guillermo Plazas Alcid, Rosemberg Pabón y Alfredo Vásquez Carrizosa; y, a favor de la Designatura Arturo Mejía Borda, Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Alfonso Palacio Rudas, Luis Guillermo Nieto Roa, Hernando Yepes Arcila y Miguel Santamaría Dávila.

Entonces, el tema tuvo que ser llevado a la plenaria, donde a pesar de los esfuerzos por defender la Designatura de los delegatarios Carlos Lleras de la Fuente, Miguel Santamaría Dávila, Alfonso Palacio Rudas y Raimundo Emiliani Román, así como del Ministro de Gobierno Humberto de la Calle (a la postre el primer beneficiario del cargo de Vicepresidente), la vicepresidencia terminó por vencer a la Designatura en las dos vueltas en plenaria.

Es preciso señalar, que el Estado colombiano responde a una estructura de república unitaria, con descentralización en la función administrativa del Estado. En este contexto, *"el Estado colombiano se puede definir como aquél en el que la actividad estatal está dirigida y ejercida prioritariamente por la estructura central."*¹⁵

La función del gobierno, se ha conservado –igual en el caso colombiano con un presidencialismo fuerte-, *"como resabio del absolutismo y de la <<razón de Estado>>, necesaria al sistema republicano que parece no poder subsistir sin ese recurso"*, lo cual permite desarrollarla a través de la *"actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad y paz"*, como dice Juan Carlos Cassagne.¹⁶

Sin embargo, conforme a Cassagne,¹⁷ hay un idea de identificar la Administración Pública con la Administración Centralizada, lo cual, a mi juicio fue lo que llevó al legislador colombiano a definir en el artículo 2 de la Ley 489 de 1998,¹⁸ que la administración pública, son *"los organismos*

¹⁵ MOLANO López, Mario Roberto, *Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública)*, Bogotá, D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores No. 37, 2005, p. 156.

¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 8ª Ed., Buenos Aires, Lexis Nexos – Abeledo Perrot, 2001, tomo I, p. 91.

¹⁷ *Ibidem.* p. 221.

¹⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 489 de 1998.

y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas", por eso, "la articulación de la persona pública estatal soberana, ... se completa con el cuadro de entidades descentralizadas, con personalidad jurídica también de carácter público y estatal, pero propia y separada de la persona pública Estado, a la cual la unen, sin embargo, lazos de tutela y de garantía de sus actos frente a los particulares o administrados".¹⁹

Cabe advertir que en esos órganos superiores de la Administración, no aparece, según la citada Ley, la vicepresidencia de la república; sin embargo, hay que mencionar, que la enumeración que realizó el constituyente en 1991 a través del artículo 115 Superior, no lo es taxativa, como lo reafirmó la Corte Constitucional en la Sentencia C-727 de 2000;²⁰ sino que es una relación meramente enunciativa de todas las entidades y órganos que conforman la rama ejecutiva del poder público en Colombia. Dicho listado, puede ser adicionado por el Congreso de la República en virtud del numeral 7° del artículo 150 Superior, entonces, incluir a la vicepresidencia como un órgano superior de la administración, dependería de la voluntad política del Congreso.

A la luz de la Carta de 1991, el presidente Ernesto Samper Pizano quiso regular el vacío constitucional de funciones vicepresidenciales y lo hizo por medio de la Directiva Presidencial # 01 del 2 de septiembre de 1994, para que previa coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores representase al país ante organismos multilaterales, con el fin de explicar las políticas de Colombia en relación con la lucha contra el narcotráfico, el medio ambiente y la promoción de la economía e integración latinoamericana; a la vez que se le encargó dirigir y coordinar un programa de desarrollo constitucional y reforma institucional, así como proponer

¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 16, p. 221.

²⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000.

planes y programas de desarrollo relacionados con la tercera edad, indigentes y minusválidos.

Luego, el primer Decreto de funciones para el Vicepresidente de la República, expedido por el mismo presidente Samper con destinatario específico: Humberto De la Calle Lombana, consignaba un encargo para cumplir funciones protocolarias en su nombre en el país o en el extranjero, así como coordinar las misiones especiales que le confiase el Presidente de la República, de conformidad con lo establecido en la *Constitución Política* y la ley y sumado a ello las que reseñamos más adelante. Derogado ese primer decreto por las diferencias entre la que fue primera <fórmula> presidencial y vicepresidencial a la luz de la Carta de 1991 (Samper – De La Calle), el primer mandatario, expidió un clon del anterior decreto, el Decreto 795 de 1997, diseñado a la medida de quien a la postre también ocuparía la Jefatura del Estado, el doctor Carlos Apolinar Lemos Simmons. En ese decreto, en desarrollo del artículo 202 de la Constitución Política, se estableció que el Vicepresidente de la República cumplirá las siguientes misiones y encargos especiales:

- a) Representación internacional de Colombia en foros, conferencias y agendas bilaterales definidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores;
- b) Asesorar a las entidades nacionales encargadas de derechos humanos y lucha contra el narcotráfico.

Así mismo, se dispuso que los gastos en que incurra el Vicepresidente de la República en desarrollo de las misiones y encargos señalados, se realicen con cargo al presupuesto de gastos del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (Vicepresidencia de la República), aprobado en la correspondiente Ley General de Presupuesto. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, realizará los trámites pertinentes para el cabal cumplimiento de lo aquí señalado, con sujeción a las normas vigentes sobre la materia.

Se dispuso también que cuando el Vicepresidente de la República de Colombia ejerza un cargo público y requiera desplazarse a su lugar habitual

de trabajo, en cumplimiento de misiones o encargos en desarrollo del artículo 202 de la Constitución, el Presidente de la República, mediante acto administrativo lo comisionará y los gastos se harán con cargo al presupuesto de gastos del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (vicepresidencia). Por tanto, los gastos que demande el Vicepresidente de la República para el cumplimiento de las misiones y encargos señalados no serán compatibles con los que se causen como consecuencia del ejercicio de un cargo público.

La figura del Vicepresidente de la República, que había desaparecido en 1905 y se reintegró al ordenamiento constitucional en 1991, se regula por las siguientes disposiciones constitucionales, que incluyen su forma de elección, período, posesión y encargo de funciones específicas, que no son funciones determinadas, de acuerdo con el siguiente texto:²¹

ARTÍCULO 202. El Vicepresidente de la República será elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente de la República.

Los candidatos para la segunda votación, si la hubiere, deberán ser en cada fórmula quienes la integraron en la primera.

El Vicepresidente tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aun en el caso de que éstas se presenten antes de su posesión.

En las faltas temporales del Presidente de la República bastará con que el Vicepresidente tome posesión del cargo en la primera oportunidad, para que pueda ejercerlo cuantas veces fuere necesario. En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período.

El Presidente de la República podrá confiar al Vicepresidente misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de

²¹ OLANO García, Hernán Alejandro, *Constitución Política de Colombia –Concordada–*, 8ª. Ed., Bogotá, D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 136-138.

la rama ejecutiva. El Vicepresidente no podrá asumir funciones de Ministro Delegatario.

La misma norma estatuye que en las faltas temporales del presidente bastará que el Vicepresidente tome posesión del cargo en la primera oportunidad, para que pueda ejercerlo cuantas veces fuere necesario y que en caso de falta absoluta del Jefe del Estado, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período. Se ha dispuesto constitucionalmente que las ocasiones en que falte el Vicepresidente, el cargo será asumido por un Ministro en el orden que establezca la ley. Precisamente, la Ley 1444 de 2011, aunque en caso tal que el Vicepresidente de la República sea también Ministro, su orden irá en el lugar que le corresponda por el más alto rango):

- a. Ministro del Interior.
- b. Ministro de Relaciones Exteriores.
- c. Ministro de Hacienda y Crédito Público.
- d. Ministro de la Justicia y el Derecho.
- e. Ministro de Defensa Nacional.
- f. Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.
- g. Ministro de Salud y Protección Social.
- h. Ministro de Trabajo.
- i. Ministro de Minas y Energía.
- j. Ministro de Comercio, Industria y Turismo.
- k. Ministro de Educación Nacional.
- l. Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- m. Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio.
- n. Ministro de Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- o. Ministro de Transporte.
- p. Ministro de Cultura.

En la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate de lo que luego con 49 votos afirmativos, 19 negativos y 2 abstenciones fue el artículo 202 Superior, el constituyente Hernando Yepes Arcila dijo lo siguiente:

"La creación del Vicepresidente de elección popular en reemplazo del Designado elegido por el Congreso, constituye una de las varias reformas que el país reclama para avanzar en la democratización de la conformación del poder público y del restablecimiento de la soberanía popular.

Se argumenta que carece de lógica política y de legitimidad democrática que la institución señalada por la Carta para reemplazar al Presidente de la República, en caso de ausencia temporal o definitiva, no tenga el mismo origen popular de aquél. La elección del sustituto del Jefe del Estado por parte del Congreso o de otro poder derivado, le quita representatividad y algún grado de autonomía a su eventual gestión. Por lo demás, el Designado por su carácter de tal, no tiene la posibilidad de ayudar al Presidente en sus múltiples y arduas tareas, como sí el Vicepresidente, si así lo considera y dispone el Presidente.

Si se intentara dar respuesta al interrogante acerca de cuáles son las razones que han impulsado la Vicepresidencia, sin duda el peso de la argumentación recaería sobre la ausencia de legitimidad con base en la voluntad popular, de la que carece la institución de la Designatura. Se afirma que el sistema es prácticamente una excepción en el contexto latinoamericano. Las constituciones de doce países del continente contemplan la figura del vicepresidente (Argentina, Ecuador, Uruguay, Brasil, Costa Rica, entre otros).

De esta manera, la institucionalización de la figura de la Vicepresidencia, daría respuesta no solamente a la necesidad de su origen sino que, además, colocaría al sistema constitucional colombiano en un nivel adecuado en el contexto contemporáneo".²²

²² LLERAS De la Fuente, Carlos y TANGARIFE Torres, Marcel, *Constitución Política de Colombia, Origen, Evolución y Vigencia*, Bogotá, D.C., Ediciones Rosaristas, Biblioteca Jurídica Dík y Pontificia Universidad Javeriana, 1996, tomo II, p. 778.

En cuanto a la ausencia de Vicepresidente, lo cual ocurrió después de la renuncia de Humberto de La Calle Lombana al cargo para el cual había sido elegido, la disposición constitucional, que fue aprobada el 30 de junio de 1991 con 54 votos afirmativos, sin constancia en el acta de votos en contra o abstenciones, norma que sustituyó al artículo 127 de la Constitución de 1886, en lo que provenía del Acta Legislativo # 01 de 1959, artículo 3, expresa lo siguiente:

ARTÍCULO 203. A falta del Vicepresidente cuando estuviera ejerciendo la Presidencia, ésta será asumida por un Ministro en el orden que establezca la ley.

La persona que de conformidad con este artículo reemplace al Presidente, pertenecerá a su mismo partido o movimiento y ejercerá la Presidencia hasta cuando el Congreso, por derecho propio, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se produzca la vacancia presidencial, elija al Vicepresidente, quien tomará posesión de la Presidencia de la República.

Las calidades para el ejercicio del cargo de Vicepresidente de la República, se relacionan en el artículo 204 Superior, que sufrió un ajuste en el año 2004, por cuenta del <<artículo>>, que permitió la reelección presidencial inmediata:

ARTÍCULO 204. (Modificado con el Acto Legislativo 02 de 2004, diciembre 27). Para ser elegido Vicepresidente se requieren las mismas calidades que para ser Presidente de la República.

El Vicepresidente podrá ser reelegido para el periodo siguiente si integra la misma fórmula del Presidente en ejercicio.

El Vicepresidente podrá ser elegido Presidente de la República para el periodo siguiente cuando el Presidente en ejercicio no se presente como candidato.

La votación de este artículo se sucedió el 1 de julio de 1991 y fue aprobado por 49 votos a favor y, aunque eran 74 los delegatarios, no hay constancia en las actas de abstenciones o votos en contra.

El artículo 191 de la Constitución establece que para ser elegido Presidente de la República se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años. A su vez el artículo 204 *ibidem*, establece que para ser elegido Vicepresidente se requieren las mismas calidades que para es Presidente de la República, es decir, que para poderse inscribir como fórmula, basta con tener más de treinta años de edad, ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.

Las inhabilidades del Vicepresidente fueron mejor precisadas, así, que fija las propias para el presidente: no podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia; ni tampoco quien hubiere sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; ni quienes hayan perdido la investidura de congresistas; ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquier de los cargos que menciona el inciso final del artículo 197 Superior.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del Consejero Javier Henao Hidrón, consideró desde 1993 que **no puede ser** Vicepresidente de la República "*el individuo que no disponga de la calidad esencial y primaria para ostentar esa dignidad, que es la de ser ciudadano en ejercicio. Como tampoco quien no sea colombiano por nacimiento, o no sea mayor de treinta (30) años*".²³

Por tanto, aun reuniendo dichas calidades, están inhabilitados por mandato constitucional para acceder a la investidura de Vicepresidente y eventualmente para desempeñar el cargo de Presidente de la República, los siguientes individuos: Quien haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado. Quien sea Vicepresidente, lo cual significa que el Vicepresidente no podrá ser elegido para el período inmediato. Se agrega que tampoco podrá ser elegido Presidente de la República, cuando durante el respectivo cuatrienio hubiere ejercido la presidencia por un lapso igual o superior a tres meses, en forma continua o discontinua. Igualmente y

²³ Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto # 520 del 10 de junio de 1993. Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hidrón.

como consecuencia de que la ciudadanía en ejercicio es condición previa e indispensable, entre otros aspectos, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción afectan dicha calidad las siguientes circunstancias individuales, que provienen de la ley: la de estar cumpliendo, como principal o accesoria, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, la de haber sido destituido de un empleo público u oficial, dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la elección. Las inhabilidades contempladas en el artículo 197 de la Constitución Política para el presidente, no son aplicables para la elección de Vicepresidente de la República.

Así mismo, el reemplazo del Vicepresidente posee un precepto constitucional, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 205. En caso de falta absoluta del Vicepresidente, el Congreso se reunirá por derecho propio, o por convocatoria del Presidente de la República, a fin de elegir a quien haya de remplazarlo para el resto del período. Son faltas absolutas del Vicepresidente: su muerte, su renuncia aceptada y la incapacidad física permanente reconocida por el Congreso.

Esta disposición constitucional no posee ningún equivalente en alguna otra de nuestras anteriores constituciones.

La Ley 5 de 1992,²⁴ en su artículo 18, numeral 5, fija como una de las atribuciones del Congreso en pleno "*Reconocer la incapacidad física del Vicepresidente de la República, la cual origina una falta absoluta*".

Sobre este particular, en la Sentencia C-428 de 1993,²⁵ la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, dispuso que:

²⁴ Colombia. Congreso de la República. Ley 5 de 1992.

²⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 1993. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

"La actuación del Congreso, por expreso mandato de la Carta, no abarca únicamente la elección del Vicepresidente que haya de reemplazar al electo por el pueblo, sino que incluye y supone la declaratoria de la causa correspondiente, sin la cual aquella no podría tener lugar. Este último acto es del mismo cuerpo elector y la Constitución no dispone que deba estar compuesto por dos actuaciones sucesivas de las Cámaras, ni tampoco lo encomienda a una sola de ellas ni a un cuerpo distinto. El artículo 173 de la Constitución y que se refiere a las atribuciones especiales del Senado incluye, es verdad, la renuncia y las excusas del Vicepresidente, pero no confía a esa Corporación la facultad de declarar la incapacidad física permanente como sí lo hace de modo explícito y en cabeza del Congreso el artículo 205 ibídem."

Por tanto, precisamente atendiendo ciertas aspiraciones que se suscitaron en el año 2013 con ocasión de la enfermedad del Vicepresidente titular del cargo en ese momento, ni dentro del sistema constitucional permanente ni tampoco en el transitorio hay cabida para un eventual reemplazo del Presidente de la República por el Presidente del Congreso. El reconocimiento de la incapacidad física del Vicepresidente constituye un acto signado por su importancia y urgencia. Así las cosas, no repugna a la razón jurídica que éste se realice por el Congreso en Pleno. Antes por el contrario ello aparece razonable.

Los casos de vacancia están previstos por la Constitución y establecidas con certeza las reglas aplicables a la sucesión presidencial. En cuanto a la hipótesis de falta del Vicepresidente de la República y también de los Ministros del Despacho, no era el Reglamento del Congreso el llamado a prever el sistema de reemplazo. Esta es una competencia propia del Constituyente y, en tanto no se ejerza, la única norma aplicable es la del propio artículo 203 de la Constitución que impone al Congreso la obligación de reunirse por derecho propio para elegir al Vicepresidente, quien tomará posesión de la presidencia hasta el final del período respectivo, como lo ha señalado la Corte Constitucional en el fallo citado.

V. Remuneración del Vicepresidente

Aunque el salario se incrementa año por año, el Decreto 1019 de 2013,²⁶ así como en su momento lo hizo el Decreto 1058 de 2011,²⁷ o el Decreto 712 del 6 de marzo de 2009,²⁸ preceptuó que en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992,²⁹ será de dieciocho millones treinta y nueve mil trescientos cuarenta pesos (\$18.039.340.00) *m/cte.*, discriminados así:

Concepto:	Valor mensual:
Asignación básica	\$ 4.972.780.00
Prima de Dirección	\$ 4.329.443.00
Gastos de representación	\$ 8.767.117.00

La prima de Dirección no constituye factor salarial para ningún efecto.

Viáticos nacionales, los fija el Decreto 1007 de 2013:³⁰ \$575.000.00 diarios.

Viáticos internacionales, también incluidos en el Decreto 1007 de 2013: Centroamérica, el Caribe y Suramérica, con excepción de Chile, Puerto Rico y Brasil: Hasta *USD* \$440.00; Estados Unidos, Canadá, Chile, Brasil, Puerto Rico y África: Hasta *USD* \$500.00; Europa, Asia, Oceanía, Argentina, México, Hasta *USD* \$640.00.

VI. Funciones del Vicepresidente

Además de las normas constitucionales pertinentes, las funciones del Vicepresidente se consagran actualmente en los decretos 2719 de 2000, 295 de 2003 y 4657 de 2006.

²⁶ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1019 de 2013.

²⁷ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1058 de 2011.

²⁸ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 712 de 2009.

²⁹ Colombia. Congreso de la República. Ley 4 de 1992.

³⁰ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1007 de 2013.

Decreto 4657 de 2006.³¹ **Artículo 13.** *Despacho del Vicepresidente de la República.* Son funciones del Vicepresidente de la República, las misiones o encargos especiales que le confíe el Presidente de la República, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política y la ley.

Decreto 2719 de 2000.³² **Artículo 12.** Despacho del Vicepresidente. Son funciones del Vicepresidente:

- a) Ejercer las misiones o encargos especiales que le confíe el Presidente de la República, de conformidad con lo establecido por la Constitución Política;
- b) Asesorar al Presidente de la República en la adopción de políticas relacionadas con los Derechos Humanos y Lucha contra la Corrupción;
- c) Colaborar en las gestiones que se adelanten ante los organismos nacionales e internacionales que desarrollen actividades relacionadas con la defensa de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Corrupción;
- d) Propiciar mecanismos de concertación entre las entidades públicas del nivel nacional, departamental y municipal para la realización de programas que contribuyan a la defensa de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción;
- e) Representar por instrucciones del señor Presidente de la República internacionalmente a Colombia en foros, conferencias y agendas bilaterales definidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores;
- f) Asistir y asesorar al señor Presidente de la República en la atención de los asuntos que éste determine;
- g) Las demás acordes con la naturaleza de la dependencia.

Decreto 295 de 2003.³³ **Artículo 1.** Adicionase al artículo 12 del Decreto 2719 de 2000, las siguientes funciones al Vicepresidente de la República:

³¹ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4657 de 2006.

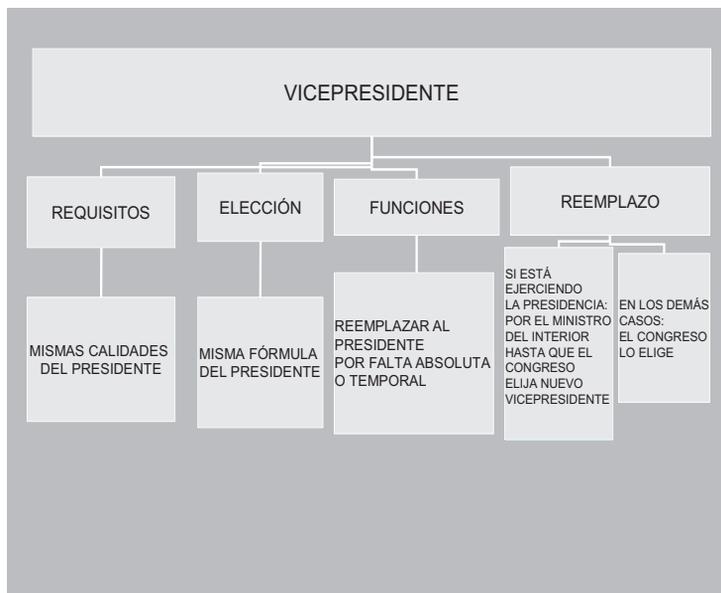
³² Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2719 de 2000.

³³ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 295 de 2003.

1. Asesorar, conjuntamente con el Ministerio de Defensa Nacional, al Presidente de la República en la adopción de políticas de Estado sobre la lucha contra la extorsión y el secuestro.
2. Presentar, con el Ministerio de Defensa Nacional, para aprobación del Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional o quien haga sus veces, las políticas y estrategias de lucha contra la extorsión y el secuestro.
3. Apoyar al Consejo Nacional de Lucha Contra el Secuestro y demás Atentados contra la Libertad Personal, Conase, en la coordinación interinstitucional para implementar las políticas contra la extorsión y el secuestro.
4. Realizar, conjuntamente con los demás organismos del Estado responsables de la ejecución de las políticas y estrategias de lucha contra la extorsión y secuestro, el seguimiento y la evaluación del cumplimiento de las mismas y proponer los correctivos a que haya lugar.
5. Colaborar con el Ministerio de Defensa Nacional y los demás organismos que intervienen en la adopción y ejecución de políticas de lucha contra la extorsión y el secuestro en las gestiones que se adelanten ante organismos nacionales e internacionales de cooperación para la realización de programas que contribuyan a la lucha contra estos delitos.
6. Participar con los organismos responsables de la ejecución de políticas y estrategias de lucha contra la extorsión y el secuestro, en coordinación con los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional, en la negociación y desarrollo de convenios multilaterales y bilaterales relacionados con la lucha contra la extorsión y el secuestro.
7. Recomendar a los organismos responsables de la ejecución de políticas y estrategias de lucha contra la extorsión y el secuestro, las prioridades de uso y destinación de nuevas fuentes de financiamiento y de cooperación internacional, en recursos y en especie, especialmente no reembolsable, tanto financiera como técnica, destinados al fortalecimiento de la lucha contra la extorsión y el secuestro.
8. Liderar y coordinar las estrategias, esfuerzos y cambios institucionales tendientes al desarrollo del Gobierno en Línea y, en especial, el establecimiento de un portal único de contratación estatal y un portal

de servicios estatales integrados, así como lograr la convergencia de información en todo el sector público.

9. Asesorar al Presidente de la República en la adopción de estrategias de participación ciudadana, cooperación internacional y comunicaciones, relacionadas con las políticas sobre derechos humanos, coordinadamente con el Ministerio de Defensa Nacional en lo que a este le corresponda.



VII. Comisiones nacionales presididas por el Vicepresidente de la República

- **Comisión Colombiana del Espacio CCE**, (Decreto 2442 de 2006).³⁴
Es un órgano intersectorial de consulta, coordinación, orientación y planificación, con el fin de orientar la ejecución de la política nacional para el desarrollo y aplicación de las tecnologías espaciales, y coordinar la elaboración de planes, programas y proyectos en este campo.

³⁴ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2442 de 2006.

Se entiende por tecnologías espaciales el conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico sobre el uso y utilización del espacio ultraterrestre y otros cuerpos celestes.

La Comisión Colombiana del Espacio se reunirá ordinariamente dos veces al año y de manera extraordinaria por convocatoria de su presidente o por solicitud de por lo menos dos de sus miembros. Las reuniones ordinarias se efectuarán el primer y el tercer trimestre del año.

El Vicepresidente de la República, quien la presidirá.

El Ministro de Relaciones Exteriores, quien podrá delegar en el Viceministro de Asuntos Multilaterales.

El Ministro de Defensa Nacional, o su delegado.

El Ministro de Educación Nacional, quien podrá delegar en el Viceministro de Educación Superior.

El Ministro de Comunicaciones, quien podrá delegar en el Viceministro.

El Ministro del Interior y de Justicia, quien podrá delegar en el Viceministro del Interior.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, quien podrá delegar en el Viceministro.

El Ministro de Transporte, quien podrá delegar en el Viceministro.

El Director del Departamento Nacional de Planeación, quien podrá delegar en el Subdirector General.

El Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, quien podrá delegar en el Segundo Comandante.

El Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, quien podrá delegar en el Subdirector.

El Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, quien podrá delegar en el Jefe de la Oficina Centro de Investigación y Desarrollo en Información Geográfica CIAF.

El Director del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales IDEAM, quien podrá delegar en el Subdirector.

El Director de Colciencias, quien podrá delegar en un Subdirector.

El Director General de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, quien podrá delegar en el Director de Cooperación Internacional.

A las reuniones de la Comisión podrán ser invitados, con derecho a voz pero sin voto, un representante de las universidades públicas, un representante de las universidades privadas y dos científicos colombianos, todos ellos designados por el Presidente de la República.

Las funciones de la Comisión Colombiana del Espacio son las siguientes:

1. Coordinar las actividades espaciales nacionales, promoviendo la utilización conjunta de instalaciones técnicas especiales y propiciando la integración y racionalización de los recursos nacionales en materia espacial.
2. Coordinar la política nacional para la difusión de la posición, políticas, criterios y lineamientos del Estado colombiano sobre el tema espacial.
3. Coordinar la política nacional para la creación de estímulos a la participación de la iniciativa privada en actividades espaciales.
4. Coordinar la política nacional para la creación de estímulos a la participación de universidades y otras instituciones de investigación para el desarrollo científico y tecnológico en actividades de interés en el campo espacial.
5. Coordinar la política nacional para la creación de estímulos a la participación de científicos y expertos en las actividades espaciales.
6. Coordinar la política nacional para la promoción de la cooperación nacional e internacional en asuntos espaciales, recomendando mecanismos para el efecto.
7. Orientar al Estado en la ejecución de la política espacial nacional.
8. Orientar al Estado en los asuntos de carácter científico, tecnológico y jurídico relacionados con el uso, exploración y utilización con fines pacíficos del espacio ultraterrestre y, en general, en las materias referentes a la actividad espacial, incluyendo el desarrollo y la aplicación de las tecnologías espaciales para contribuir en el aumento de la productividad, la eficiencia y la competitividad en la agricultura, la industria, el comercio, el sector de los servicios y otros sectores.

9. A solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, analizar la conveniencia de suscribir tratados, convenios y acuerdos internacionales en asuntos espaciales y formular recomendaciones sobre esta materia.
10. A solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, formular recomendaciones sobre la posición de Colombia en los organismos y foros internacionales que tratan sobre asuntos espaciales.
11. Darse su propio reglamento y aprobar el reglamento del Comité Técnico.
12. Las demás que le señale la Ley o establezca el Gobierno Nacional.

Por medio del Decreto 2516 de 2013, se creó el Programa Presidencial para el Desarrollo Espacial Colombiano PPDEC, con las siguientes funciones, las cuales serán ejercidas bajo la supervisión inmediata del Vicepresidente de la República, con el fin de que lidere, coordine, fortalezca e impulse el desarrollo espacial colombiano y su integración al escenario internacional, a través de la implementación de planes, proyectos y programas que amplíen los beneficios que las tecnologías espaciales y permitan generar una nueva área de desarrollo industrial y de conocimiento para Colombia. Con tal fin, cumple las siguientes funciones:

1. Proponer la Política Nacional Espacial y las acciones y estrategias que fomenten el desarrollo espacial del país.
2. Orientar y promover la formulación del Plan Estratégico de Desarrollo Espacial y la ejecución de planes derivados, programas y proyectos relacionados con el Desarrollo Espacial Colombiano.
3. Promover la coordinación interinstitucional e intersectorial que contribuya al Desarrollo Espacial Colombiano.
4. Promover y coordinar acciones con las autoridades correspondientes para el cumplimiento de la normativa espacial vigente en el país.
5. Promover, fomentar, coordinar e impulsar programas académicos, el desarrollo científico y tecnológico y la industria aeroespacial en el País.

6. Proponer, desarrollar y coordinar estrategias de comunicación y difusión, que permitan dar a conocer los beneficios de las tecnologías espaciales para el desarrollo del país y bienestar de los colombianos.
7. Fomentar la apropiación del conocimiento y la tecnología en temática espacial para el beneficio social.
8. Incentivar, promover y apoyar la investigación científica, tecnológica y la innovación en temas aeroespaciales.
9. Promover la formación de capital humano especializado en áreas relacionadas con el sector aeroespacial.
10. Las demás que le señalen las normas legales o reglamentarias.

Hasta la expedición del Decreto 2214 de 2013, que le asignó al Director de la Agencia Presidencial APC Colombia el manejo de la Comisión Colombiana del Océano, ésta dejó de ser del resorte del Vicepresidente de la República; sin embargo, merece citarse aquí dichas funciones para la **Comisión Colombiana del Océano, CCO**, (Decreto 347 de 2000).³⁵

Funcionará con carácter permanente, como órgano intersectorial de asesoría, consulta, planificación y coordinación del Gobierno Nacional en materia de Política Nacional del Océano y de los Espacios Costeros y sus diferentes temas conexos estratégicos, científicos, tecnológicos, económicos y ambientales relacionados con el desarrollo sostenible de los mares colombianos y sus recursos.

La Comisión se reunirá semestralmente en sesión ordinaria, y en sesión extraordinaria cuando las circunstancias lo requieran, por convocatoria de su presidente o por solicitud de al menos cuatro de sus miembros, o del Secretario Ejecutivo de la Comisión, previa aprobación del Presidente.

Sus funciones son:

- a) Proponer al Gobierno Nacional la Política Nacional del Océano y de los Espacios Costeros, para su administración y desarrollo sostenible, efectuando la coordinación interinstitucional e intersectorial necesaria, siguiendo las directrices del señor Presidente de la República;

³⁵ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 347 de 2000.

- b) Recomendar al Gobierno Nacional el Plan de Acción para implementar la citada Política y adelantar su seguimiento, independientemente de la evaluación que realicen los órganos de control correspondientes;
- c) Servir de Foro de concertación e integración de las políticas sectoriales relacionadas con el uso, desarrollo y conservación de los espacios oceánicos y costeros, para consolidar la Política Nacional respectiva.
- d) Recomendar al Gobierno Nacional un Sistema para el Manejo Integral de los Espacios Oceánicos y Costeros;
- e) Servir de Punto Focal Nacional Técnico ante los organismos internacionales, cuya misión sea la de propender y fomentar el desarrollo sostenible, el uso, conservación y estudio de los Espacios Oceánicos y Costeros, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio del Medio Ambiente;
- f) Asesorar al Gobierno Nacional en la adopción y en el diseño y establecimiento de mecanismos de cooperación internacional relacionados con el uso, administración, estudio y conservación de los espacios oceánicos y costeros y de sus recursos y en la conformación y orientación técnica de las delegaciones oficiales que asisten a foros internacionales que tratan dichos asuntos;
- g) Asesorar al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en lo concerniente a la definición de Políticas para establecer prioridades de investigación y desarrollo tecnológico en los diferentes ámbitos relacionados con los objetivos de la Política Nacional del Océano y los Espacios Costeros;
- h) Diseñar e implementar estrategias para articular las políticas sectoriales del uso y aprovechamiento de los espacios oceánicos y costeros y sus recursos, con la política ambiental, en coordinación con el Ministerio del Medio Ambiente;
- i) Establecer, difundir y mantener a través de su Secretaría Ejecutiva, un sistema nacional de información oceánica y costera, necesario para la aplicación y evaluación de la citada Política;
- j) Dictar su propio reglamento.

Integran esta Comisión el Ministro de Relaciones Exteriores o su delegado permanente, el Viceministro de Relaciones Exteriores; el Ministro de

Defensa Nacional o su delegado permanente a quien él designe; el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado permanente, el Viceministro de Agricultura; El Ministro de Desarrollo Económico o su delegado permanente, el Viceministro que él designe; el Ministro de Minas y Energía o su delegado permanente, el Viceministro que él designe; el Ministro de Educación o su delegado permanente, el Viceministro que él designe; el Ministro de Transporte o su delegado permanente, el Director General de Transporte Marítimo o quien haga sus veces; el Ministro del Medio Ambiente o su delegado permanente, el Viceministro que él designe; el Comandante de la Armada Nacional o su delegado permanente, el Segundo Comandante de la Armada Nacional; el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado permanente, el Subdirector del Departamento Nacional de Planeación; el Director General Marítimo o su delegado permanente a quien él designe; el Director General de Colciencias o su delegado permanente el Subdirector de Programas de Desarrollo Científico y Tecnológico o quien haga sus veces; el Presidente de la Asociación Colombiana de Universidades -ASCUN- o su delegado permanente el vicepresidente respectivo; Un delegado del señor Presidente de la República con su suplente, vinculados al sector productivo marino; un delegado del señor Presidente de la República con su suplente, vinculados a las Organizaciones no Gubernamentales de carácter ambiental.

La Comisión tiene una Secretaría Ejecutiva con carácter permanente, ejercida por el Ministerio de Defensa Nacional por conducto de la Armada Nacional, para coordinar los aspectos técnicos y administrativos propios de su funcionamiento.

Además, el Vicepresidente dirige las siguientes Comisiones:

- **Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información de la Administración Pública**, (Decreto 3816 de 2003³⁶ y Decreto 3043 de 2008).³⁷ Está encargada de definir las estrategias y los programas para la producción de la información

³⁶ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 3816 de 2003.

³⁷ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 3043 de 2008.

necesaria, para lograr una óptima generación de bienes y servicios públicos por parte del Estado. Lo anterior, sin perjuicio de la autonomía del DANE, en la producción de la información oficial básica. Así mismo, genera los escenarios adecuados que permitan a los ciudadanos tener acceso a la información necesaria para garantizar la transparencia de la administración pública y para que puedan ejercer un efectivo control social. Lo anterior, sin perjuicio de la autonomía del DANE, en la producción de la información oficial básica. En tercer lugar, optimiza mediante el uso de medios tecnológicos, la calidad, la eficiencia y la agilidad en las relaciones de la administración pública con el ciudadano, con sus proveedores, y de las entidades de la administración pública entre sí.

Así mismo, establece los mecanismos tendientes a eliminar la duplicidad de solicitud de información o la solicitud de información innecesaria a los ciudadanos. Optimiza la inversión en tecnologías de información y de comunicaciones de la administración pública y facilita el seguimiento y evaluación de la gestión pública, mediante la producción, el manejo y el intercambio de información y uso de tecnologías de información y comunicaciones de la administración pública.

Por último, es la encargada de asegurar la coherencia, la coordinación y la ejecución de las políticas definidas para la estrategia de Gobierno en Línea a través del Programa Agenda de Conectividad.

Además del Vicepresidente, integran esta Comisión los Ministros de Hacienda y de Comunicaciones; los Directores Nacionales de Planeación, de Estadística y de la Función Pública. Un delegado del Presidente de la República y el Director del Programa Agenda de Conectividad serán invitados permanentes de la Comisión Intersectorial.

· **Comisión Intersectorial de DDHH y DIH**, (Decreto 4100 de 2011).³⁸ La Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario estará encargada de coordinar y orientar el

³⁸ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4100 de 2011.

Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y será la instancia de definición, promoción, orientación, articulación, seguimiento y evaluación de la Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y de respuesta e impulso al cumplimiento de los compromisos internacionales en esas materias.

Está integrada por los Ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Justicia y del Derecho, Defensa Nacional, Agricultura y Desarrollo Rural, Salud y Protección Social, Trabajo, Educación Nacional y de Cultura. Así mismo, el Director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, o quien haga sus veces.

La Comisión Intersectorial podrá invitar a los siguientes ministerios y departamento administrativo, cuando lo considere pertinente: El Ministro de Hacienda y Crédito Público y los Ministros de Minas y Energía, Comercio, Industria y Turismo, Ambiente y Desarrollo Sostenible; Vivienda, Ciudad y Territorio; Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Transporte y el Director del Departamento Nacional de Planeación.

En el caso de los Ministros, la representación en las sesiones de la Comisión Intersectorial sólo podrá ser delegada en los Viceministros, y en el caso de los Directores de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, o quien haga sus veces, o del Departamento Nacional de Planeación, en los subdirectores.

Así mismo, en dicha Comisión, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Congreso de la República tendrán el carácter de invitados permanentes.

A las sesiones de la Comisión Intersectorial podrán asistir, previa invitación de su presidente, funcionarios del Estado, delegados de organizaciones étnicas, de Derechos Humanos, sociales, gremiales, académicas y fundacionales que la Comisión considere pertinente para el desarrollo de

sus funciones y tareas, al igual que representantes de organismos internacionales de Derechos Humanos.

La Comisión Intersectorial tendrá a cargo las siguientes funciones:

1. Coordinar el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
2. Orientar el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la Política Integral en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y la incorporación del enfoque de derechos y el enfoque diferencial en las políticas sectoriales.
3. Definir los Subsistemas en materia de respeto y garantía de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos y del ambiente, y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, así como la integración de los Grupos Técnicos encargados de coordinarlos y los roles de las entidades y dependencias correspondientes.
4. Aprobar el Mecanismo de Coordinación Nación–Territorio, hacer recomendaciones para que el diseño institucional en los órdenes nacional y territorial se encuentre debidamente articulado y definir las directrices para su implementación.
5. Promover acciones e impulsar iniciativas para que el ordenamiento jurídico interno incorpore los estándares internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
6. Impulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
7. Orientar las acciones de coordinación y articulación con el Sistema Nacional de Atención y Reparación a Víctimas.
8. Orientar el diseño e implementación de estrategias de promoción y divulgación en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
9. Definir los lineamientos generales para la conformación y operación de un Sistema de información, que permita monitorear, hacer

seguimiento y evaluar la situación de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y el impacto de la Política Integral.

10. Definir estrategias de gestión de recursos presupuestales para la adecuada implementación de la Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y, en general, para el funcionamiento del Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
11. Adoptar su reglamento interno y el plan estratégico del Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

La Comisión Intersectorial sesionará de forma ordinaria por lo menos una vez cada tres meses, y de forma extraordinaria, cuando las circunstancias lo ameriten, por solicitud de alguno de sus miembros. Para las deliberaciones se requerirá la presencia de la mitad más uno de los miembros y, las decisiones requerirán el voto de la mitad más uno de los miembros asistentes a la sesión.

· **Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal**, (Decreto 4181 de 2007, vigencia de seis meses).³⁹ Fue creada con el objetivo de evaluar las condiciones de vida de la población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal y presentar al Gobierno Nacional las recomendaciones tendientes a la superación de las barreras que impiden el avance de dicha población, en particular de las mujeres y de los niños, en los campos económicos y social, así como la protección y realización efectiva de sus derechos civiles.

Integrada además del Vicepresidente por los Ministros de Interior, Relaciones Exteriores, Trabajo y Cultura; los Directores de Planeación Nacional y de la Función Pública; el Alto Consejero para la Acción Social y la Cooperación Internacional; El Director del Programa Presidencial de Promoción, Respeto y Garantía de los Derechos Humanos y de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el Director de Etnias del Ministerio del Interior.

³⁹ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4181 de 2007.

Asistieron como invitados permanentes un Representante de la Bancada Afrocolombiana en el Congreso Colombiano, un Representante de la Comisión Consultiva de Alto Nivel Afrocolombiano, un Representante de los Gremios, un Representante de la Asociación de Municipios Afrocolombiana -AMANUFRO, y un Representante de la Academia, así mismo, cuando su presencia sea requerida en función de los temas a tratar, la Comisión podrá invitar otros servidores públicos, autoridades regionales, representantes de organismos, gremios y agremiaciones afrocolombianas del sector privado nacionales e internacionales.

Dicha Comisión solo tuvo una duración de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de su instalación y sesionó ordinariamente en dos oportunidades durante dicho lapso por convocatoria de su presidente, razón por la cual hace falta activarla a través de ley de la república.

· **Comisión Intersectorial para la participación de Colombia en Expo Shanghái 2010**, (Decreto 2138 de 2009).⁴⁰ Estuvo vigente sólo desde junio 8 de 2009 hasta noviembre 30 de 2010 para fijar los criterios a que se debería someter y para coordinar la participación de Colombia en Expo Shanghai 2010, que tuvo lugar en Shanghai, China, del 1° de mayo al 31 de octubre de 2010.

Estuvo integrada por el Ministro de Relaciones Exteriores o su delegado; el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado; el Ministro de Minas y Energía o su delegado; el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado; el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o su delegado; la Ministra de Cultura o su delegado y el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República o su delegado.

Fueron invitados permanentes de la Comisión Intersectorial, representantes de: el Ministerio del Interior y de Justicia; el Ministerio de Defensa Nacional; el Ministerio de la Protección Social; el Ministerio de Educación Nacional; el Ministerio de Comunicaciones; el Ministerio de Transporte; el

⁴⁰ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2138 de 2009.

Departamento Nacional de Planeación; la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional; PROEXPORT; COLCIENCIAS; la Federación Nacional de Cafeteros; la Asociación Nacional de Industriales; ECOPETROL; la Alcaldía Mayor de Bogotá, la Alcaldía de Medellín, la Alcaldía de Cali, la Alcaldía de Barranquilla, la Alcaldía de Cartagena, el SENA, Confecámaras y la Cámara de Comercio de Bogotá.

Sus funciones se contraían a: Establecer los lineamientos que debe seguir el Comisario en desarrollo de sus actividades. Adelantar las gestiones necesarias con miras a la consecución de los recursos para la participación de Colombia en Expo Shanghai 2010. Hacer seguimiento a la debida ejecución de la participación de Colombia en Expo Shanghai y, las demás tareas y actividades que se acordasen en el seno de la Comisión Intersectorial.

- **Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas – CIAT**, (Decreto 2862 de 2007).⁴¹ Es un grupo de trabajo interinstitucional, encargado de coordinar una respuesta ordenada y oportuna frente a los informes de riesgo (Focalizados y de alcance intermedio) y las Notas de Seguimiento provenientes del Sistema de Alertas Tempranas SAT de la Defensoría del Pueblo.

El Alto Consejero Presidencial para la Acción Social, el Ministro del Interior o su Delegado, el Ministro de Defensa o su Delegado y el Director del DAS (organismo en liquidación máxima en diciembre de 2013), son sus integrantes.

Las funciones del Comité Interinstitucional, además de decidir sobre la emisión de una Alerta Temprana, y emite recomendaciones a las autoridades civiles, militares y de policía, así como a otras entidades públicas, para evitar violaciones de los derechos humanos y realiza el seguimiento a las misiones implementadas.

⁴¹ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2862 de 2007.

Esta Comisión se ha de reunir al menos una vez por semana.

· **Comisión Intersectorial de Seguimiento a la Organización de la Copa Mundial Sub 20 de la FIFA Colombia 2011**, (Decreto 4664 de 2010).⁴² Se encargó de coordinar, orientar y efectuar el seguimiento a los compromisos adquiridos con la Federación Internacional de Fútbol Asociado -FIFA-, referentes a la Organización de la Copa Mundial Sub 20 de la FIFA Colombia 2011. Debía reunirse una vez al mes y funcionó desde el 17 de diciembre de 2010, hasta un mes después de culminada esta justa deportiva.

Junto con el Vicepresidente y la Secretaría Técnica a cargo de COLDEPORTES, hicieron parte de esta Comisión los Ministros de Interior y de Justicia, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Defensa Nacional, de Comercio, Industria y Turismo; de Educación Nacional y de Cultura, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y el Director del Instituto Colombiano para el Deporte -COLDEPORTES-.

Como Invitados permanentes estuvieron el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; el Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-; el presidente de PROEXPORT Colombia; el presidente de la Federación Colombiana de Fútbol; el Alto Consejero Presidencial para la Gestión Pública y Privada y el Alto Consejero Presidencial para las Comunicaciones.

Estuvieron también invitados los Alcaldes de Armenia, Bogotá D.C., Barranquilla, Cali, Cartagena, Manizales, Medellín y Pereira.

Sus funciones fueron las de apoyar a la Federación Colombiana de Fútbol en la coordinación con las entidades del Gobierno Nacional y las ciudades postuladas, en la organización de las visitas de seguimiento de la FIFA. Hacer seguimiento a la ejecución de las obras de los estadios de las ciudades postuladas. Hacer seguimiento al giro del Plan Anual de Caja -

⁴² Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4664 de 2010.

PAC- de los recursos de la Nación a COLDEPORTES y a las ciudades postuladas. Hacer seguimiento a la adecuación de los campos de juego. Desarrollar estrategias complementarias orientadas a promocionar el turismo con ocasión del Mundial de Fútbol Sub 20 y, coordinar con las entidades vinculadas al certamen el seguimiento al cumplimiento de las garantías suscritas por el Gobierno Nacional y los entes territoriales.

- **Comisión Intersectorial para la prevención del reclutamiento, la utilización y la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por grupos armados al margen de la ley y por grupos delictivos organizados**, (Decreto 4690 de 2007⁴³ y Decreto 552 de 2012).⁴⁴ Este Organismo tendrá por objeto orientar y articular las acciones que adelanten las entidades públicas, tanto en el nivel nacional como en el territorial, en un marco de respeto por la descentralización administrativa, las agencias de cooperación internacional y las organizaciones sociales nacionales e internacionales, para prevenir la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes y fundamentalmente, el de ser protegidos contra el reclutamiento, utilización y violencia sexual por los grupos armados organizados al margen de la ley y por grupos delictivos organizados.

Para el desarrollo de sus funciones, la Comisión Intersectorial promoverá la garantía y cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el diseño y ejecución de políticas públicas de protección integral, así como el fortalecimiento institucional, social y familiar para reducir los factores de riesgo que dan lugar a su reclutamiento, utilización y violencia sexual, por los grupos armados organizados al margen de la ley y por grupos delictivos organizados.

Es una de las Comisiones más grandes a cargo del Vicepresidente, puesto que la integran los siguientes funcionarios:

⁴³ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4690 de 2003.

⁴⁴ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 552 de 2012.

El Ministro del Interior, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro de Justicia y del Derecho, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro de Relaciones Exteriores, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro de Defensa Nacional, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro de Salud y Protección Social, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro del Trabajo, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro de Educación Nacional, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, quien podrá delegar su representación en alguno de sus viceministros.

El Ministro de Cultura, quien podrá delegar su representación en su viceministro.

El Director del Departamento Nacional de Planeación, quien podrá delegar su representación en el Subdirector respectivo.

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, quien podrá delegar su representación en el Subdirector respectivo.

El Director de la Unidad Administrativa de Atención y Reparación a Víctimas.

El Director de la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial.

El Director de la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema.

El Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.

El Director de la Agencia Colombiana para la Reintegración.

El Director del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

El Director del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

El Director del Programa Presidencial para la Acción Integral contra las Minas Antipersona.

El Director del Programa Presidencial para las Poblaciones Afro, Negra, Palenquera y Raizal.

El Director del Programa Presidencial para Pueblos Indígenas.

El Director del Programa Presidencial para el Sistema Nacional de Juventud, "Colombia Joven".

Además podrán asistir como invitados permanentes con voz, pero sin voto el Procurador General de la Nación, el Fiscal General de la Nación y el Defensor del Pueblo.

La Comisión ejerce las siguientes funciones:

1. Coordinar y orientar la identificación y definición de los municipios y distritos en los que se desarrollará el objeto del presente decreto.
2. Recomendar la adopción del marco de política nacional para la prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes

- por grupos armados organizados al margen de la ley y grupos delictivos organizados y articular a este la prevención de la violencia sexual contra el citado grupo poblacional por parte de los actores mencionados.
3. Coordinar y orientar el diseño, seguimiento y evaluación de políticas públicas de prevención del reclutamiento, utilización y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados al margen de la ley y grupos delictivos organizados, en el ámbito territorial.
 4. Propiciar mecanismos de articulación Nación - Territorio, para orientar la ejecución de los planes de acción para el desarrollo de las políticas y programas de protección integral a la niñez y la adolescencia, con el fin de prevenir la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados al margen de la ley y por grupos delictivos organizados, en particular, el reclutamiento, utilización y la violencia sexual.
 5. Articular las acciones que desarrolle la Comisión con las mesas nacionales o comités existentes y fortalecerlos para el manejo de asuntos específicos, relacionados con la prevención del reclutamiento, utilización y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados al margen de la ley y grupos delictivos organizados.
 6. Identificar los programas de gobierno que deberán ser promovidos o fortalecidos en los departamentos y municipios que sean definidos como prioritarios por la Comisión.
 7. Promover la articulación y hacer seguimiento a los programas que desarrollan organizaciones sociales nacionales e internacionales, para prevenir el reclutamiento, la utilización y la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, por grupos armados organizados al margen de la Ley y grupos delictivos organizados, que puedan ser promovidos en los departamentos y municipios priorizados y permitan fortalecer la acción del Estado en esta materia.
 8. Realizar seguimiento periódico del desarrollo y ejecución del Plan de Acción que presentará la Secretaría Técnica de la Comisión en cada informe de reunión.
 9. Promover la articulación de la información que produzcan las entidades parte, sobre reclutamiento, utilización y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, por grupos armados organizados al margen de

la Ley y grupos delictivos organizados, con el Sistema Nacional de Información en Derechos Humanos.

10. Definir estrategias para la gestión de recursos presupuestales destinados al desarrollo de los programas y proyectos de acción por parte de la Comisión que podrán ejecutar las entidades parte.
11. Adoptar su propio Reglamento.

El Director del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, ejerce la Secretaría Técnica de esta Comisión Intersectorial. La Comisión se reunirá en forma ordinaria al menos una vez cada tres (3) meses y extraordinariamente cuando así lo solicite cualquiera de sus miembros a través de la Secretaría Técnica.

· **Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación**, (Ley 975 de 2005,⁴⁵ Ley 1448 de 2011⁴⁶ y Decreto 4155 de 2011⁴⁷), Inicialmente esta Comisión tenía una vigencia de ocho (8) años y en 2011 se alargó su existencia por diez (10) años. Fue creada con el propósito de facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Inicialmente, sus funciones fueron las siguientes:

Garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos.

Presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales.

Hacer seguimiento y verificación a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades locales a fin de garantizar la desmovilización plena de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y el cabal funcionamiento de las instituciones en esos territorios. Para estos

⁴⁵ Colombia. Congreso de la República. Ley 975 de 2005.

⁴⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 1448 de 2011.

⁴⁷ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4155 de 2011.

efectos la Comisión Nacional Reparación y Reconciliación podrá invitar a participar a organismos o personalidades extranjeras.

Hacer seguimiento y evaluación periódica de la reparación de que trata la presente ley y señalar recomendaciones para su adecuada ejecución.

Presentar, dentro del término de dos años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, ante el Gobierno Nacional y las Comisiones de Paz de Senado y Cámara, de Representantes, un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley.

Recomendar los criterios para las reparaciones de que trata la presente ley, con cargo al Fondo de Reparación a las Víctimas.

Coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes. Reglamentado por el Decreto Nacional 176 de 2008.⁴⁸

Adelantar acciones nacionales de reconciliación que busquen impedir la reaparición de nuevos hechos de violencia que perturben la paz nacional. Darse su reglamento.

Sin embargo, por la Ley 1448 de 2011, la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, asumió las funciones y responsabilidades de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación -CNRR, establecidas en la Ley 975 de 2005 y las demás normas y decretos que la reglamentan, modifican o adicionan, dentro del año siguiente a la expedición de la presente ley. Igualmente, integrará para su funcionamiento toda la documentación, experiencia y conocimientos acumulados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación –CNRR, para lo cual, el Gobierno Nacional, en los términos del artículo anterior, garantizará la transición hacia la nueva institucionalidad de forma eficiente, coordinada y articulada.

⁴⁸ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 176 de 2008.

VIII. Programas Presidenciales coordinados por el Vicepresidente

Así mismo, el Vicepresidente de la República coordina unos Programas Presidenciales, que ejercen sus funciones bajo su dirección y orientación:

- Programa Presidencial para la formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de la Población Afrocolombiana, Negra, Palenquera y Raizal - Decreto 4679 de 2010.⁴⁹
- Programa Presidencial para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de los pueblos indígenas de Colombia - Decreto 4679 de 2010.

Y existen otros Programas Presidenciales que ejercen sus funciones bajo la supervisión inmediata del Vicepresidente de la República:

- Programa Presidencial de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario - Decreto 519 de 2003.⁵⁰
- Programa Presidencial para la Acción Integral contra Minas Antipersonal - Decreto 2150 de 2007.⁵¹

IX. Seguridad para los Expresidentes y Exvicepresidentes de la República

La ex candidata conservadora Nohemí Sanín lo hizo saber de los medios de comunicación finalizando el <<ochenio>> Uribe, acerca de la creación de una "*casta de privilegiados*", con la modificación de las normas de protección de los ex presidentes de la República y de sus cónyuges, que estaban incluidas en el Decreto 1214 del 6 de mayo de 1997;⁵² sin embargo, desde el 14 de mayo de 2010, el Gobierno Nacional había resuelto expedir el Decreto 1700,⁵³ por medio del cual se dictan unas

⁴⁹ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4679 de 2010.

⁵⁰ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 519 de 2003.

⁵¹ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2150 de 2007.

⁵² Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1214 de 1997.

⁵³ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1700 de 2010.

disposiciones de protección y seguridad para los señores Expresidentes y Exvicepresidentes de la República, sus hijos, cónyuge supérstite y familiares, quien sabe hasta qué grado de consanguinidad, afinidad o parentesco civil, amatorio o concubinario, puesto que la norma no lo especifica.

Dicha disposición, fue defendida por el señor Vicepresidente Francisco Santos Calderón, quien confesó en el programa <<6 am Hoy por Hoy>> de la cadena radial Caracol el 1 de junio, que él era el artífice de la norma y que con ella se tuviera en cuenta a los Exvicepresidentes, cónyuge, hijos y familiares.

Ésta es una norma sobre la cual no se puede medir el impacto fiscal en su aplicabilidad, pues dispone que cada una de las pocas o muchas personas cobijadas por tan magno beneficio, debe tener un servicio de seguridad permanente no inferior a dos miembros de la Policía Nacional, tanto en su residencia como en las instalaciones donde tengan ubicado su despacho; igualmente, para sus desplazamientos contarán todos estos, incluidos delfines y segundones, con personal de escolta, que ha de ser designado por la policía Nacional y/o el Departamento Administrativo de Seguridad, mientras lo liquidan, e incluso puede incluirse adicionalmente personal de escolta de otras fuerzas.

Además de la escolta, la norma trae como gabelas los medios de transporte, comunicaciones, armamento y "demás" que se considere indispensable para cumplir con la misión, a lo que se suma una bonificación especial del 30% para los escoltas sobre su asignación básica mensual, así como el acceso y utilización de los servicios de las instalaciones administrativas, hospitalarias, sociales y recreativas de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional cuando lo requieran, ¿Con o sin costo?

Según comunicado de la Casa de Nariño del 1 de junio de 2010, *"El servicio de seguridad para los hijos y familiares de los ex presidentes y ex vicepresidentes, estará sujeto al estudio de nivel de riesgo adelantado por la Policía Nacional, la cual determinará su*

viabilidad"⁵⁴ ¿Pero, quién se atreverá a removerle la escolta a uno de estos familiares, cuando el decreto no indica hasta qué grado de parentesco se aplica?

X. El futuro de la vicepresidencia

Una declaración del presidente Juan Manuel Santos el 4 de julio de 2012, revivió el debate sobre la posibilidad de eliminar el cargo de la Vicepresidencia de la República, para dar paso nuevamente a la Designatura, que según señaló el jefe del Estado es "*más conveniente y menos costosa*".

"La figura de la Vicepresidencia quedó mal diseñada... Estoy evaluando la posibilidad de acabarla, porque era mejor la de la Designatura. Más conveniente y menos costosa. Si hay ambiente para eso, lo hago", precisó el mandatario en una entrevista.

El representante a la Cámara por el Partido Conservador Telésforo Pedraza, presentó el 20 de julio de 2012 un proyecto de acto legislativo que buscaba una reforma constitucional para eliminar la figura de la vicepresidencia; proyecto que no tuvo éxito, no obstante el profundo distanciamiento entre la fórmula Santos-Garzón.

*"Vengo planteando esa idea hace cinco o seis años. Uno no puede pensar que el Congreso se va a paralizar, sería una enorme equivocación; una cuestión son los hechos derivados del fracaso de la Reforma a la Justicia y otra cosa es un tema que tiene que ver con sostenibilidad y con evitar, como lo ve en Panamá y en Ecuador, problemas con la vicepresidencia"*⁵⁵ dijo Santos en su momento.

⁵⁴ Colombia. Presidencia de la República. Secretaría de Prensa. Comunicado del 10 de junio de 2010.

⁵⁵ COLPRENSA, Bogotá, Vanguardia.com - Galvis Ramírez y Cía. S.A., [en línea], fecha de consulta 4 de julio 4 de 2012, disponible en: <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/163830-presidente-estudia-eliminar-figura-de-la-vicepresidencia>

Y es que en la práctica seguimos con la figura del designado, aunque constitucionalmente en caso de que falte el Presidente sería el Vicepresidente quien asumiría, debido a que el Vicepresidente no tiene funciones. Desde la época de Andrés Pastrana, como ya lo vimos, se le ha encargado de los temas de Derechos Humanos, pero esa no es una función de Gobierno y, para contrastarlo, a su Vicepresidente Gustavo Bell Lemus, lo designó a la vez como Ministro de Defensa Nacional. No es como en Estados Unidos, por ejemplo, donde el Vicepresidente asume la presidencia del Senado.

Vale la pena señalar, que el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Manuel Santiago Urueta Ayola, expresó en 1998, que el Vicepresidente no reunía por el solo hecho de su elección la calidad de funcionario público, ya que el ejercicio de tal calidad está sometido a la condición de que se produzca una falta temporal o absoluta del titular del cargo.

Lo cierto es que aquí el Vicepresidente no tiene funciones claras y con cada confrontación su futuro es incierto.

XI. El Vicepresidente en el constitucionalismo comparado latinoamericano⁵⁶

A continuación presentamos las normas que regulan la figura del Vicepresidente en algunos países latinoamericanos, para poder entender la labor que este funcionario ejerce en nuestro ámbito continental.

ARGENTINA:

Artículo 57.- El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado,...

BRASIL:

Artículo 79. Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente.

⁵⁶ Base de Datos Políticos de las Américas, [en línea], fecha de consulta 30 de mayo de 2013, disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/comp/ejecutivo/presidencia/vice.html>

Parágrafo único. O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

ECUADOR:

Artículo 172.- Para ser elegido Vicepresidente, deberán cumplirse los mismos requisitos que para Presidente de la República. Desempeñará esta función durante cuatro años.

Artículo 173.- El Vicepresidente, cuando no reemplace al Presidente de la República, ejercerá las funciones que éste le asigne.

Artículo 174.- En caso de falta definitiva del Vicepresidente, el Congreso Nacional elegirá su reemplazo, con el voto conforme de la mayoría de sus integrantes, de una terna que presentará el Presidente de la República. El Vicepresidente elegido desempeñará esta función por el tiempo que falte para completar el período de gobierno. Cuando la falta sea temporal, no será necesaria la subrogación.

Artículo 175.- Las prohibiciones establecidas en el artículo 166 para el Presidente de la República, regirán también para el Vicepresidente, en cuanto sean aplicables.

GUATEMALA:

Artículo 190.- Vicepresidente de la República. El Vicepresidente de la República ejercerá las funciones de Presidente de la República en los casos y forma que establece la Constitución.

Será electo en la misma planilla con el Presidente de la República, en idéntica forma y para igual período. El Vicepresidente deberá reunir las mismas calidades que el Presidente de la República, gozará de iguales inmunidades y tiene en el orden jerárquico del Estado, el grado inmediato inferior al de dicho funcionario.

Artículo 191. (Reformado) - Funciones del Vicepresidente. Son funciones del Vicepresidente de la República:

1. Participar en las deliberaciones del Consejo de Ministros con voz y voto;
2. Por designación del Presidente de la República, representarlo con todas las preeminencias que al mismo correspondan, en actos oficiales y protocolarios o en otras funciones;

3. Coadyuvar, con el Presidente de la República, en la dirección de la política general del Gobierno;
4. Participar, conjuntamente con el Presidente de la República, en la formulación de la política exterior y las relaciones internacionales, así como desempeñar misiones diplomáticas o de otra naturaleza en el exterior;
5. Presidir el Consejo de Ministros en ausencia del Presidente de la República;
6. Presidir los órganos de asesoría del Ejecutivo que establezcan las leyes;
7. Coordinar la labor de los Ministros de Estado; y
8. Ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes.

Artículo 192.- Falta del Vicepresidente. En caso de falta absoluta del Vicepresidente de la República o renuncia del mismo, será sustituido por la persona que designe el Congreso de la República, escogiéndola de la terna propuesta por el Presidente de la República; en tales el sustituto regirá hasta terminar el período con igualdad de funciones y preeminencias.

HONDURAS:

Artículo 242.- (Interpretado por dec. 169-86; Gaceta no.25097 del 10/dic./86) Si la falta del presidente fuere absoluta, el designado que elija al efecto el Congreso Nacional ejercerá el Poder Ejecutivo por el tiempo que falte para terminar el período constitucional pero si también faltaren de modo absoluto los tres designados, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente del Congreso Nacional, y a falta de este último, por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia por el tiempo que faltare para terminar el periodo constitucional en sus ausencias temporales, el presidente podrá llamar a uno de los designados para que lo sustituya. Si la elección del presidente y designados no estuviere declarada un día antes del veintisiete de enero, el Poder Ejecutivo será ejercido excepcionalmente por el Consejo de Ministros, el que deberá convocar a elecciones de autoridades supremas, dentro de los quince días subsiguientes a dicha fecha. Estas elecciones se practicarán dentro de un plazo no menor de cuatro ni mayor de seis meses, contados desde la fecha de la convocatoria. Celebradas las elecciones, el Tribunal Nacional de Elecciones, o en su defecto el Congreso Nacional, o la Corte Suprema de Justicia, en su caso,

hará la declaratoria correspondiente, dentro de los veinte días subsiguientes a la fecha de la elección, y los electos tomarán inmediatamente posesión de sus cargos hasta completar el período constitucional correspondiente. Mientras las nuevas autoridades supremas electas toman posesión de sus respectivos cargos, deberán continuar interinamente en el desempeño de sus funciones, los Diputados al Congreso Nacional y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

NICARAGUA:

Artículo 145.- El Vicepresidente de la República desempeña las funciones que le señale la presente Constitución Política, y las que le delegue el Presidente de la República directamente o a través de ley.

Asimismo sustituirá en el cargo al Presidente, en casos de falta temporal o definitiva.

Artículo 149.- Permiso para viajes del Presidente.

PANAMÁ:

Artículo 180.- Son atribuciones que ejercen los vicepresidentes de la República.

1. Reemplazar al Presidente de la República, por su orden, en caso de falta de temporal o absoluta del Presidente.
2. Asistir con voz, pero sin voto, a las sesiones del Consejo de Gabinete.
3. Asesorar al Presidente de la República en las materias que éste determine.
4. Asistir y representar al Presidente de la República en actos públicos y congresos nacionales o internacionales o en misiones especiales que el Presidente les encomiende.

Artículo 188.- No podrá ser elegido Vicepresidente de la República:

1. El Presidente de la República que hubiere desempeñado sus funciones en cualquier tiempo, cuando la elección del Vicepresidente de la República sea para el período siguiente al suyo.
2. Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Presidente de la República, para el período que sigue a aquel en el que el Presidente de la República hubiere ejercido el cargo.
3. El ciudadano que como Vicepresidente de la República hubiere ejercido el cargo de Presidente de la República en forma permanente

en cualquier tiempo durante los tres años anteriores al período para el cual se hace elección.

4. Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del ciudadano expresado en el numeral anterior para el período inmediatamente siguiente a aquél en que éste hubiere ejercido la Presidencia de la República.
5. Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Presidente de la República.

PARAGUAY:

Artículo 227.- DEL VICEPRESIDENTE Habrá un Vicepresidente de la República quién, en caso de impedimento o ausencia temporal del Presidente o vacancia definitiva de dicho cargo, lo sustituirá de inmediato, con todas sus atribuciones.

Artículo 239.- DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES DEL VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Son deberes y atribuciones de quien ejerce la Vicepresidencia de la República:

1. Sustituir de inmediato al Presidente de la República, en los casos previstos por esta Constitución;
2. Representar al Presidente de la República nacional e internacionalmente, por designación del mismo, con todas las prerrogativas que le corresponden a aquél.
3. Participar de las deliberaciones del Consejo de Ministros y coordinar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el legislativo.

REPÚBLICA DOMINICANA:

Artículo 51.-Habrá un Vicepresidente de la República, que será elegido en la misma forma y por igual período que el Presidente y conjuntamente con éste. Para ser Vicepresidente de la República se requieren las mismas condiciones que para ser Presidente.

URUGUAY:

Artículo 150.Habrá un Vicepresidente, que en todos los casos de vacancia temporal o definitiva de la Presidencia deberá desempeñarla con sus mismas facultades y atribuciones. Si la vacancia fuese definitiva, la desempeñará hasta el término del período de Gobierno.

El Vicepresidente de la República desempeñará la Presidencia de la Asamblea General y de la Cámara de Senadores.

VENEZUELA:

Artículo 238.- El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva es órgano directo y colaborador inmediato del Presidente o Presidenta de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional.

El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva reunirán las mismas condiciones exigidas para ser Presidente o Presidenta de la República, y no podrá tener ningún parentesco de consanguinidad ni de afinidad con éste.

Artículo 239.- Son atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva:

1. Colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en la dirección de la acción del Gobierno.
2. Coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente o Presidenta de la República.
3. Proponer al Presidente o Presidenta de la República el nombramiento y la remoción de los Ministros.
4. Presidir, previa autorización del Presidente o Presidenta de la República, el Consejo de Ministros.
5. Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional.
6. Presidir el Consejo Federal de Gobierno.
7. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios o funcionarias nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.
8. Suplir las faltas temporales del Presidente o Presidenta de la República.
9. Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente o Presidenta de la República.
10. Las demás que le señalen esta Constitución y la ley.

Artículo 240.- La aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, por una votación no menor de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria removida no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo Vicepresidenta Ejecutiva o de Ministro o Ministra por el resto del período presidencial.

La remoción del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente o Presidenta de la República para disolver la Asamblea Nacional. El decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a su disolución. La Asamblea no podrá ser disuelta en el último año de su período constitucional.

Artículo 241.- El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva es responsable de sus actos de conformidad con esta Constitución y la ley.

XII. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ARTOLA, Miguel, *Constitucionalismo en la historia*, Barcelona, Editorial Crítica, 2005.

CARRIZOSA Argaéz, Enrique, *Linajes y Bibliografías de nuestros Gobernantes. 1830 – 1982*, Bogotá, D.C, Banco de la República, 1983.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*. 8ª Ed., Buenos Aires, Lexis Nexos – Abeledo Perrot, 2001, tomo I.

DEL ARENAL Fenochio, Jaime, *Vicepresidencia*, en: CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México D.F., Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

GARCÍA-PEÑA, Daniel, *¿Qué nos significa la Vicepresidencia?*, Bogotá, D.C, *Credencial Historia*, marzo de 1993.

HAKANSSON Nieto, Carlos, *La forma de gobierno en la Constitución Peruana*, Piura, *Colección Jurídica* – Universidad de Piura, 2001.

LLERAS De la Fuente, Carlos y TANGARIFE Torres, Marcel, *Constitución Política de Colombia, Origen, Evolución y Vigencia*. Bogotá, D.C., Ediciones Rosaristas, Biblioteca Jurídica Díké y Pontificia Universidad Javeriana, 1996, tomo II.

MOLANO López, Mario Roberto, *Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública)*, Bogotá, D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores # 37, 2005.

OLANO García, Hernán Alejandro, *Bicentenario de la Constitución de Tunja*, en: ZAMBRANO Cetina, William (Compilador). *Las Constituciones*

de la Primera República. Memorias del Coloquio Conmemorativo del Bicentenario de la Constitución de Tunja, Bogotá, D.C, Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2011.

OLANO García, Hernán Alejandro, *Constitución Política de Colombia – Concordada-*, 8ª. Ed., Bogotá, D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2011.

OLANO García, Hernán Alejandro, *Constitucionalismo Histórico*, 2ª. Ed., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2007.

OLANO García, Hernán Alejandro, *El Acta de Independencia de las Provincias Unidas de la Nueva Granada*, en: VIDAL Perdomo, Jaime y TRUJILLO Muñoz, Augusto (Coordinadores), *Historia Constitucional de Colombia*, 2ª. Ed., Bogotá, D.C., Siglo XIX, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Clásicos, 2012, tomo I.

OLANO García, Hernán Alejandro, *La Constitución de Antioquia de 1812*, Bogotá, D.C., Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, 2012.

OLANO García, Hernán Alejandro, *La Constitución de Cartagena de Indias*, Bogotá, D.C., Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, 2013.

OLANO García, Hernán Alejandro, *La Constitución Monárquica de Cundinamarca*, Bogotá, D.C., Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable, 2006.

OLANO García, Hernán Alejandro, *Manual Erudito de Derecho Administrativo*, Inédito.

OSUNA Patiño, Néstor, *La Presidencia de la República: Una institución fuerte en un Estado débil*, edición 145, en: Credencial Historia, enero de 2002.

POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín, *Constituciones de Colombia, Estudio Preliminar y Anexo por Carlos Restrepo Piedrahita*, 4ª. Ed., Bogotá, Biblioteca del Fondo de Promoción de la Cultura del Banco Popular, 1986, Volumen 129, tomos I, II, III y IV.

RESTREPO Piedrahita, Carlos, *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*, Compilación, 2ª. Ed., Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1995.

RODRÍGUEZ Freyle, Juan, *El Carnero*, Bogotá, D.C., Biblioteca El Tiempo, Serie Colombia, 2003.

SAMPER, José María, *Derecho Público Interno de Colombia. Historia Crítica del Derecho Constitucional Colombiano desde 1810 hasta 1886*, Bogotá, Imprenta de La Luz, 1886, tomo I.

SANCLEMENTE Villalón, José Ignacio, El 31 de julio. *La otra historia de un cambio de Gobierno*, Cali, Imprenta Departamental del Valle del Cauca, 1990.

VIDAL Perdomo, Jaime y TRUJILLO Muñoz, Augusto (coordinadores), *Historia Constitucional de Colombia, Siglo XIX, 2ª. Ed.*, Bogotá, D.C., Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Clásicos, 2012, tomo I.

ZAMBRANO Cetina, William (compilador), *Las Constituciones de la Primera República. Memorias del Coloquio Conmemorativo del Bicentenario de la Constitución de Tunja*, Bogotá, D.C., Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2011.

Electrónicas

Base de Datos Políticos de las Américas [fecha de consulta el 30 de mayo de 2013], disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/comp/ejecutivo/presidencia/vice.html>

COLPRENSA, Bogotá, Vanguardia.com - Galvis Ramírez y Cía. S.A., [fecha de consulta julio 4 de 2012], disponible en: <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/163830-presidente-estudia-eliminar-figura-de-la-vicepresidencia>

Vicepresidencia de la República de Colombia, disponible en: www.vicepresidencia.gov.co

Legislativas

Colombia. Congreso de la República. Ley 4 de 1992.

Colombia. Congreso de la República. Ley 5 de 1992.

Colombia. Congreso de la República. Ley 489 de 1998.

Colombia. Congreso de la República. Ley 975 de 2005.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1448 de 2011.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1627 de 2013.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 520 del 10 de junio de 1993. Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hidrón.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1214 de 1997.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 347 de 2000.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2719 de 2000.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 295 de 2003.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 519 de 2003.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 3816 de 2003.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4690 de 2003.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2442 de 2006.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4657 de 2006.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2150 de 2007.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2862 de 2007.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4181 de 2007.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 176 de 2008.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 3043 de 2008.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 712 de 2009.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2138 de 2009.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1700 de 2010.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4664 de 2010.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4679 de 2010.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1058 de 2011.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4100 de 2011.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4155 de 2011.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 552 de 2012.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1007 de 2013.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1019 de 2013.

Jurisdiccionales

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 1993. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000.

Otra fuente

Colombia. Presidencia de la República. Secretaría de Prensa. Comunicado del 10 de junio de 2010.

LOS DERECHOS POLÍTICOS EMANADOS DEL CONSTITUYENTE DE 1857

*Carlos Manuel Rosales**

*Erik Estrada Herrera***

SUMARIO: I. Introducción; II. El liberalismo; III. Autogobierno; IV. Autonomía personal; V. Separación Iglesia – Estado; VI. El Constituyente de 1856; VII. La nueva organización política; VIII. Organización estatal; IX. Federalismo; X. Los derechos políticos; XI. Los derechos del hombre y las instituciones públicas; XII. Ciudadanía; XIII. Sufragio universal; XIV. Manifestación de ideas; XV. Derecho de imprenta; XVI. Derecho de reunión y asociación; XVII. Derecho de petición; XVIII. Conclusiones; XIX. Fuentes de consulta.

*Doctorado en Derecho del programa Mecsup de la Universidad de Chile. Maestro en Estudios Internacionales por la Universidad de Barcelona. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Asesor del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Profesor en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

** Actualmente Jefe de departamento en la Subdirección General de Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Auxiliar de mandos medios en la Coordinación de Relaciones con Organismos Electorales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Cuenta con Diplomado en Derecho Electoral y Parlamentario por la Universidad Nacional Autónoma de México. Es Licenciado en Ciencias Políticas y Administración Pública por la misma institución, actualmente cursa el octavo cuatrimestre en la licenciatura de Derecho en la Universidad del Valle de México.

Resumen:

Este artículo expone algunos rasgos del liberalismo adoptado por el Constituyente de 1857, que sirvieron como base para universalizar los derechos político-electorales, que permitieron incorporar a las personas mayores de edad y con un modo honesto de vivir, en la discusión y decisión de los asuntos públicos.¹

Palabras claves: liberalismo, Constitución de 1857, derechos políticos, ciudadanos, autonomía.

Abstract:

This article exposes some features from the liberalism adopted by the constitution of 1857, which placed the fundamentals to globalize the political –electoral rights, allowing the incorporation of citizens with an honest way of living into the discussion and decision of the political issues.

Key words: liberalism, 1857 Constitution, political rights, citizens, autonomy.

¹ Esta doctrina sirvió como instrumento contra la opresión de la clase política existente del siglo XIX.

I. Introducción

Después del reconocimiento de la independencia del yugo español, México tuvo la oportunidad y el derecho para poder elegir su destino. Sin embargo, en esta primera etapa nacional existieron varias instituciones y facciones que no permitieron la participación política del pueblo.²

En materia económica, el escenario era de una quiebra financiera originada por diversos motivos como: el poder económico de algunos grupos privilegiados (beneficios a los militares; exenciones y concesiones a ciertos grupos económicos, etc.); discrecionalidad del Poder Ejecutivo en asuntos fiscales; falta de control de las arcas públicas; además, de un ineficiente sistema impositivo; y por otro lado, la incorrecta distribución de los bienes materiales (la concentración latifundista de la Iglesia y el poder de la aristocracia).³ También, el país se encontraba en banca rota, por el alto costo de la guerra contra los EE.UU. y el pago de los créditos pactados.⁴

En el ámbito social, la ubicación de cada individuo se basaba en el nivel económico. La acumulación de la riqueza trajo como consecuencia, una pobreza endémica. Así, la división social entre ricos y pobres surgió a partir de sus privilegios o fortunas. Esto derivó en una escasa movilidad social y en una miseria generalizada.

En este periodo surgió una nueva clase media, egresada de las universidades; ellos trabajaban tanto en el sector público como en el privado; siendo una de las fuentes de los actores del Constituyente de 1857.

En la esfera política, el poder se concentraba en una lucha entre conservadores y liberales.⁵

² Terratenientes, militares, gobierno y clero. *Vid*, LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ed. Fontamara, 2001.

³ RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Ed. Porrúa, 2006, p. 14.

⁴ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Ed. UNAM, 1989, p. 315.

⁵ El término facción es definido como: "cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o minoría, que actúen movidos por el impulso de una pasión común o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto". HAMILTON, Jay y Madison, *El Federalista*, México, Ed. FCE, 2002, p. 36.

El primer grupo detentaba la hegemonía política por medio de sus privilegios y propiedades;⁶ por lo que deseaban la "conservación" del sistema y lógicamente, la inmutabilidad del orden anquilosado.⁷ Por el otro lado, los liberales buscaban un cambio en la situación del país.⁸ Ellos se encontraban divididos en moderados y radicales.⁹

La doctrina de los moderados sostenía que los cambios debían ser graduales en el sistema político. Buscaban la atracción de la sociedad, con base en restablecer un modelo republicano, soberano, federal y democrático.¹⁰ Como grupo político protagonizaron y trataron de enmendar la incertidumbre de aquella época.

La postura de los radicales era la transformación absoluta del andamiaje político-institucional, demostrando la necesidad del cambio social;¹¹ lógicamente estas facciones contaban con el apoyo de las clases desfavorecidas.

Esto provocó inestabilidad en todos los ámbitos, misma que se tradujo en una excesiva ventaja para la minoría astuta, atrevida y adinerada sobre la masa laboriosa e ignorante del pueblo.¹² Y por el otro lado, el proletariado y sus movimientos políticos fueron mantenidos alejados de los asuntos públicos.¹³ En general, la situación de México hasta mediados del siglo XIX puede ser apreciada como estrambótica.¹⁴

⁶ RABASA, Emilio, op. cit., nota 3, p. 120.

⁷ *Idem.*, p. 7.

⁸ VALADÉS, Diego, *El gobierno de gabinete*, México, Ed. UNAM, 2005, p. 76. RABASA, Emilio, op. cit., nota 3, p. 26.

⁹ TENA Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Ed. Porrúa, 1991, p. 489. Cfr. HUNTINGTON, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio*, Argentina, Ed. Paidós, 1990, p. 304. Este autor destaca las diferencias entre conservadores y liberales.

¹⁰ Metas que se concentraron en la Constitución de 1857. De hecho, la corriente principal que adoptó este Constituyente, fue el liberalismo.

¹¹ Cfr. HUNTINGTON, Samuel, op. cit., nota 9, p. 16.

¹² HAMILTON, Jay y Madison, op. cit., nota 5, p. 265.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 32.

¹⁴ RABASA, Emilio, op. cit., nota 3, p. 3 y 58. SAYEG Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, México, Ed. FCE, 1996, pp.173-242. PATIÑO Camarena, Javier, *Transito del constitucionalismo individual y liberal al constitucionalismo social*, México, Ed. PGR, 1985, pp. 3 y 11.

El Constituyente de 1856 discutió las bases para construir una mayor participación de la sociedad en la vida pública y desterrar los instrumentos excluyentes y perjudiciosos de la naciente democracia mexicana, i.e. el voto censado o los privilegios a los grupos de poder.¹⁵

La Constitución de 1857 fue la consecuencia y salida a la crisis económica, política y social, que padeció México bajo el régimen de Antonio López de Santa Ana.¹⁶ Este documento contribuyó para la creación de un nuevo pacto político, tratando de implantar un sistema de gobierno que proporcionara seguridad al país.¹⁷

De esta manera, se puede considerar que "la evolución de las instituciones se puede ver en reciprocidad a la lucha contra las privaciones impuestas por el régimen en turno, y esto es lo que las distingue y las excita, para conseguir cualquier cambio".¹⁸

Es indubitable el papel que ejerció el liberalismo en el Constituyente de 1856 para discutir y decidir sobre los asuntos públicos; pero cómo esta doctrina influyó en las discusiones de este Constituyente y cómo se utilizaron esos pensamientos, para poder otorgar derechos políticos a toda la población adulta del país.

Esta monografía comenzará mostrando los principales aspectos de la naturaleza del liberalismo en materia política; posteriormente, se expondrá brevemente algunos hechos que originaron el llamado para una nueva Constitución, para poder examinar el establecimiento universal de los derechos políticos.

El objetivo principal de esta investigación es explicar y analizar cada uno de los derechos ciudadanos emanados del Constituyente en estudio, mismos que fueron la base estructural de la Constitución de 1917. Comenzaré con la ideología que dio origen a estos cambios, el liberalismo.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 4 y SAYEG Helú, Jorge, op. cit., nota 14, p. 266.

¹⁶ TAVERA, Xavier, *Tres votos y un debate*, Xalapa, Ed. Universidad Veracruzana, 1957, p.10.

¹⁷ PATIÑO Camarena, Javier, op. cit., nota 14, p. 15.

¹⁸ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, Editorial Paidós, 1993, p. 130.

II. El liberalismo

El liberalismo nació en el siglo XIX como la búsqueda de un consenso racional sobre el mejor modo de vida posible.¹⁹

Esta disciplina contiene como su ideal el intentar igualar a los hombres en lo general; sin embargo, sus resultados se consiguen de manera parcial, como el reconocimiento de igualdad derechos ante la ley, entre otros.²⁰

Lo que deseaba este nuevo pensamiento era la liberación de las estructuras absolutistas y de las doctrinas conservadoras, con base en tres directrices, principalmente:²¹ el autogobierno, la autonomía del individuo, y el concepto de ley propio del estado de Derecho,²² y esto, hace posible contar con garantías contra injusticias y desigualdades.²³

Estos principios deben materializarse en una Constitución, misma que irá formando "una declaración de derechos en el sentido verdadero de ésta y para todos los efectos beneficiosos que puede producir".²⁴

III. Autogobierno

Uno de los elementos más importante del liberalismo es la subordinación del gobierno a las normas jurídicas, que dirigirán la actuación del Estado; así como las conductas de sus autoridades al aplicar dichas normas jurídicas, las que deberán respetar, promover y consagrar los derechos

¹⁹ LASKI, Harold J., *El liberalismo europeo*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1953.
GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo*, España, Ed. Paidós, 2001, p. 11.

²⁰ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, nota 18, pp. 90 y 91. *Vid.*, ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, USA, Ed. Yale University, 1980, pp. 71-72 y 81.

²¹ Tavera, Xavier, *op. cit.*, nota 16, pp.19 y 53.

²² José Ramón Cossío señala los elementos mínimos de una democracia liberal: control del Estado; control del poder ejecutivo; incertidumbre de los resultados electorales en cuanto a la alternancia del poder; existencia de partidos políticos; libertades de creencia, opinión, decisión, expresión, publicación, reunión y petición; igualdad política; protección efectiva de las libertades individuales; protección a los ciudadanos, etc. *Concepciones de la democracia y justicia electoral*, México, Ed. ITAM, 2004, p. 45.

²³ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Nacional, 1966, p. 300.

²⁴ HAMILTON, Jay y Madison, *op. cit.*, nota 5, p. 369.

esenciales que emanan de la naturaleza de las personas y de los cuerpos intermedios que constituyen la trama de la sociedad.²⁵

El Estado liberal se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley y, c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley. Así, el Estado de derecho asume un significado que comprende la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.²⁶

El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley.²⁷

IV. Autonomía personal

La autonomía es uno de los pilares del liberalismo, que nos protege de los diversos entornos institucionales, donde ello tiene lugar.²⁸

La autonomía individual es definida como: "El principio jurídico filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses; permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho".²⁹

En la teoría del derecho, las discusiones sobre la autonomía surgen frecuentemente en el contexto de los debates acerca de la imposición de

²⁵ El principio de legalidad se sustenta en el que la autoridad sólo esta facultada a actuar tal como lo señala la norma jurídica y con esto, cumplir los objetivos programados de las leyes.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., nota 13, p. 23.

²⁷ *Idem.*

²⁸ WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, Ed. FCE, 2004, p. 300.

²⁹ CORNEJO, Luis, op. cit., pp. 239-240.

la moral a través de la legislación, donde aquellos que creen que la autonomía es un valor fundamental demandan que las acciones del Estado no restrinjan el rango de modos de vida disponibles a los ciudadanos.³⁰

En efecto, la autonomía se convierte en un medio para lograr la coherencia, y permite a la organización desarrollar un espíritu y un estilo que se convierten en las señales distintivas de su conducta,³¹ convirtiéndose en un asunto de significación social y de valores compartidos,³² pero con mayor frecuencia se presta a reformas ocasionales y a rebeliones, que a la observancia cotidiana.³³

Sin embargo, no sólo se trata de seleccionar un proyecto de vida.³⁴ Esta decisión se debe realizar con base en la convivencia social, que se rige por normas de convivencia.³⁵

El liberalismo en esta época proponía una lucha contra el absolutismo y del poder fáctico de la Iglesia, por lo que se tenía que limitar su actuación a su esfera.³⁶ Se hizo necesario advertir que la verdadera clave del liberalismo, era la libertad del individuo, y no las imposiciones de un tercero. En el que cada uno pueda genuinamente escoger su forma de vida.³⁷

El liberalismo intentó frenar el poder de la Iglesia, dándole al individuo plena autonomía para decidir su modo de vida y frenar la influencia católica, sobre la forma de vivir de cada persona.³⁸ Se quería establecer un Estado laico, un Estado neutral.

³⁰ BIX, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica*, México, Ed. UNAM, 2009, p. 22.

³¹ HUNTINGTON, Samuel, op. cit., nota 9, p. 31.

³² GRAY, John, op. cit., nota 19, p. 121.

³³ WALZER, Michael, op. cit., nota 28, p. 24.

³⁴ GARGARELLA, Roberto, "El carácter igualitario del republicanismo" en *Isegoria*, No. 33, 2005, pp. 175-189.

³⁵ POSNER, Eric A., *Law and social norms*, USA, Ed. Harvard press, 2002, pp. 203-224.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, España, Ed. Trotta, 2008, p. 136.

³⁷ ACKERMAN, Bruce, op. cit., nota 20, pp. 61 y 100.

³⁸ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 4: "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley".

El espacio de actuación de la Iglesia en Latinoamérica fue preponderante, rebasando claramente sus funciones como predicadores de la religión. Imponiendo cómo debía ser la conducta de la población, por medio del monopolio que ejerció por medio de la educación.³⁹

V. Separación Iglesia – Estado

El régimen de separación entre el Estado y la Iglesia es un fenómeno característico de las sociedades modernas: ha prevalecido desde finales del siglo XVII en gran número de Estados, en América y en Europa.

Este movimiento no se identifica en sí, con la laicización de las sociedades; por una parte, ha sido erigido de modo natural como principio constitucional en países donde no existe la preocupación por librar al Estado de lazos con la Iglesia católica, por ejemplo, los Estados Unidos; por otra parte, puede suceder que, en países tipo concordatorio, en los que el Estado está unido por un pacto solemne a la Iglesia, existe el no confesionalismo del Estado y se desarrolle cierta laicidad: este fue el caso de Francia, de 1801 a 1905.⁴⁰

La separación de los asuntos del Estado en manos de la Iglesia tuvo diferentes motivos, pero sobretodo separar su poder e influencia que ejercía en las actividades del Estado.⁴¹ Otro factor fue el desencantamiento y la inconformidad por la forma en que la Iglesia manejaba e imponía su ideología.

Esta desvinculación de lo religioso en los temas de gobierno sucedió principalmente en el periodo conocido como la Ilustración. Se buscaban respuestas; pero ya no basadas en la fe, sino en la ciencia y sobretodo, basado en la racionalidad.⁴² Originándose una sustracción de los temas y espacios religiosos de la esfera pública.

³⁹ *Vid.* HALE, Charles A., *El liberalismo mexicano en la época de Mora*, México, Ed. Siglo XXI, 1972.

⁴⁰ LATREILLE, Andre, *La Iglesia católica y el laicismo en Latreille, A., La Laicidad*, op. cit., p. 52.

⁴¹ PATIÑO Camarena, Javier, *op. cit.*, nota 14, p. 11.

⁴² TAYLOR, Charles, *A secular age*, USA, Harvard University Press, 2007, p. 27.

Uno de los puntos fundamentales en la doctrina liberal es la tolerancia religiosa. En este apartado, se debe acotar la injerencia de la religión en los asuntos públicos.⁴³

Es preciso elucidar que la tolerancia contiene un componente relativista e historicista del pensamiento liberal. Su naturaleza es pluralista y conduce al reconocimiento de posiciones contrastantes, dentro de un sistema de problemas disciplinado por las reglas del juego.⁴⁴

Esto a través del reconocimiento de la libertad de culto, el no reconocimiento de una religión oficial y retirar la complicidad religiosa con las autoridades. Pues como señaló Hamilton: "debe haber un límite saludable entre el poder y los fueros".⁴⁵

En México, uno de los grandes óbices para los cambios sociales y estructurales ha sido el poder de la Iglesia.

Esta separación institucional se realizó por medio de una reforma en el siglo XIX.⁴⁶ Esto originó un cambio, que contrarrestaba el poder de grupos religiosos; buscando mejorar la situación económica del país y las prerrogativas de los grupos que carecían de las mismas.⁴⁷

El movimiento de reforma proponía una mayor igualdad social, económica y política. Ante este proyecto se opusieron los intereses creados, que se beneficiaban de las desigualdades existentes. También se buscaba restringir la actuación de la Iglesia en los asuntos de participación activa en la vida política del país.

⁴³ TAVERA, Xavier, op. cit., nota 16, pp.47 y 158.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto, *Diccionario de política*, 11ª. Ed., Brasil, Ed. UnB, 1983, pp. 1245-47.

⁴⁵ HAMILTON, Jay y Madison, op. cit., nota 5, p.103.

⁴⁶ La normatividad expedida durante esta época fueron: la ley de nacionalización de los bienes eclesiásticos; ley de matrimonio civil; ley sobre el estado civil de las personas; Decreto que cesó de toda intervención del clero en los cementerios y camposantos; Decreto que declaró los días festivos y la prohibición de la asistencia oficial a las funciones de la Iglesia; Ley sobre libertad de cultos; Decreto por el que quedaban secularizados los hospitales y los establecimientos de beneficencia y el Decreto por el que se extinguieron las comunidades religiosas. TENA Ramírez, Felipe, op. cit., nota 9, pp. 630-667.

⁴⁷ Vid, REYES Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, Ed. FCE, tres volúmenes, 1974.

Sobre el tema de la religión estatal, José Luis Mora estaba en contra de la Constitución de 1824, porque contenía el reconocimiento de la fe católica como la oficial y apoyada por el Estado.⁴⁸

Francisco Zarco también rechazó el establecimiento del credo católico como la única religión reconocida por el Estado, alegando que, más allá de sus convicciones personales. Zarco propugnaba la necesidad de separar a la Iglesia del poder temporal. Distinguiendo entre la religión y el clero, combatió el peso alcanzado por la Iglesia en la historia nacional, alegando diversas razones:

"... porque ha desnaturalizado la religión de Cristo; porque se ha declarado enemigo de la libertad; porque ha acumulado tesoros empobreciendo al país; porque ha engañado a los pueblos; porque lanza excomuniones traidoras; porque defiende el privilegio y el dinero, desentendiéndose de la verdad católica, profanando sacrilegio la cátedra del espíritu santo".⁴⁹

De esta manera, el Constituyente de 1856 se abstuvo de instaurar a la religión católica como el único credo reconocido por el Estado.⁵⁰

VI. El Constituyente de 1856

El Código supremo de 1857 tuvo como origen el Plan de Ayutla en 1854.⁵¹

Esta declaración política desconocía la presidencia del General Antonio López de Santa Ana;⁵² la proclamación nacional de la lucha armada contra el gobierno corriente; la elección de un presidente interino, con base en las fuerzas armadas en cada estado, para la posterior convocatoria a un Congreso Constituyente.⁵³

⁴⁸ GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Ed. Siglo XXI, p. 200.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 201.

⁵⁰ BLANCARTE, Roberto, *Libertad religiosa, Estado laico y no discriminación*, México, CONAPRED, 2008, p. 31.

⁵¹ MORALES, Alberto, *La Constitución de 1857*, México, Ed. Instituto Nacional de la Juventud, 1957, p. 28.

⁵² PATIÑO Camarena, Javier, op. cit., nota 14, p. 12.

⁵³ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", op. cit., nota 4, pp. 299 y 300. OJESTO, Martínez Porcayo, Fernando, *Evolución y perspectiva del derecho electoral mexicano*, México, Ed. UNAM, 1998, pp. 88 y 89.

Este llamado revolucionario exigía un cambio rápido, completo y violento de los valores, en la estructura social, en las instituciones políticas, en la política gubernamental y en el liderazgo sociopolítico imperante.⁵⁴

La Revolución de Ayutla fue un movimiento liberal, pero no radical en cuanto un cambio total en las instituciones mexicanas.⁵⁵ Su apoyo no era mayoritario, porque tenía un origen reciente y por tanto, débil; esto impedía una gran transformación nacional, pero que acercaba a los actores políticos a establecer un mayor dialogo.

Para Emilio Rabasa, la grandeza de esta Revolución fue la destitución y caída de Santa Ana en 1855, dejando en la presidencia provisionalmente en un triunvirato.⁵⁶ Fue hasta el 1 de octubre de 1855, que fue designado presidente interino el General Juan Álvarez; pero tuvo que renunciar por su estado de salud, dejando en la titularidad del Ejecutivo Federal a Ignacio Comonfort.

El Sr. Comonfort fue designado como presidente, bajo esta investidura el nuevo presidente convocó al Poder Constituyente; durante este periodo, presidió las discusiones constituyentes y al concluirse las mismas, presentó su renuncia.

La Constitución de 1857 contiene muchos rasgos de la Constitución de 1824 y de la Constitución de los Estados Unidos.⁵⁷ Fue este texto, el que abrió la posibilidad de implantar al federalismo como forma de gobierno, la división de poderes y un proclamado republicanismo.⁵⁸

⁵⁴ La revolución es un proceso de movilización de grupos excluidos, y que lucha contra las instituciones conservadoras y la estructura socioeconómica existente. HUNTINGTON, Samuel, op. cit., nota 9, p. 312. RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, op. cit., nota 3, p. 65.

⁵⁵ TENA Ramírez, Felipe, op. cit., nota 9, pp. 489 y 595-606.

⁵⁶ RABASA, Emilio, *La evolución Constitucional de México*, México, Ed. IJ-UNAM, 2000, p. 163.

⁵⁷ *Cfr. Ibid.* Este autor precisa cuáles son los 47 artículos de la Constitución de 1824 que sirvieron como base al Constituyente de 1856.

⁵⁸ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", op. cit., nota 4, p. 289.

Al contrario de nuestro primer Código Político, que mantenía los privilegios militares y eclesiásticos;⁵⁹ se trazó como pauta la abrogación de la existencia de fueros perniciosos, por ser un freno al progreso de la nación, y para poder conquistar la anhelada igualdad republicana.⁶⁰

Se deseaba obtener una estabilidad permanente, modificando todas las condiciones históricas y sociales, a través del resultado de decisiones adoptadas por los dirigentes políticos.⁶¹

VII. La nueva organización política

El liberalismo establece un sistema institucional que trasciende la mera idea de la separación de poderes: es necesario dotar a cada rama del poder de "herramientas defensivas" con las que pudiera reaccionar frente a los potenciales ataques de los demás.⁶²

Así, por ejemplo, jueces y legisladores deben tener medios para enfrentar al poder de un ejecutivo con vocación tiránica; del mismo modo en el que el presidente y los jueces deben contar con herramientas para poder frenar los impulsos desbocados de la legislatura, capaz de llevar al país a la anarquía.⁶³

La distribución ordenada del poder en distintos departamentos; la introducción de frenos y contrapesos; la institución de tribunales integrados por jueces que conservarán su cargo mientras observasen buena conducta;⁶⁴ la representación del pueblo en una legislatura (por medio de diputados de su elección); todos éstos son descubrimientos modernos o que se han perfeccionado.⁶⁵

⁵⁹ GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Ed. Siglo XXI, p. 237.

⁶⁰ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", op. cit., nota 4, p. 307, SAYEG Helú, Jorge, op. cit., nota 14, p. 284.

⁶¹ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", op. cit., nota 4, p. 290.

⁶² PAINE, Thomas, *Rights of man*, USA, Ed. Penguin, 1985, p. 10. TAVERA, Xavier, op. cit., nota 16, p. 43.

⁶³ GARGARELLA, Roberto, op. cit., p. 228.

⁶⁴ RABASA, Emilio, op. cit., nota 3, p. 191.

⁶⁵ HAMILTON, Jay y MADISON, op. cit., nota 5, pp. 32-33.

El constitucionalismo liberal mexicano pretendía asegurar el respeto de los derechos de los individuos; promover el federalismo; brindar autonomía en todo lo posible a los representantes; limitar el poder de los órganos populares; restringir las facultades del presidente; fortalecer a los órganos de control (especialmente al Poder Judicial) y, consagrar un adecuado sistema de equilibrios (frenos y contrapesos).⁶⁶

Entre los obstáculos más formidables con que tropezaría la nueva Constitución, puede distinguirse desde luego, el evidente interés que tenía cierta clase de hombres en resistir cualquier cambio que amenazase disminuir su poder, sus emolumentos o las influencias de los cargos que ejercían con arreglo a las instituciones establecidas, y a la dañada ambición de otra clase de hombres que esperaban engrandecerse, aprovechando las dificultades del país o bien se hacían la ilusión de tener mayores perspectivas de elevación personal.⁶⁷

La idea de los liberales era que solo la ambición podía neutralizarse con la misma ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del cargo. Quizá puede reprochársele a la naturaleza del hombre que sea necesario todo esto para reprimir los impulsos del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por los hombres, la gran dificultad estriba en esto; primero hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlos a que se regulen a sí mismos.⁶⁸

Uno de los temas trascendentales del constitucionalismo mexicano del siglo XIX fue el tema de la soberanía.

Esta desde la perspectiva del liberalismo y en especial en la visión de Rousseau: es única e indivisible, pertenece a la sola persona, cuerpo u órgano que manda y no puede debilitarse compartiéndola. Es inalienable; el soberano no puede desprenderse de su poder ni transferirlo. Es

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 197 y 198.

⁶⁷ HAMILTON, Jay y MADISON, op. cit., nota 5, p. 3.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 220.

imprescriptible; el soberano no pierde el poder por dejar de usarlo. Es absoluta; no se le puede escapar nada en la sociedad política, su poder se extiende a todo en ella. Es ilimitada; el mando no tiene límites ni restricciones.⁶⁹

A continuación, definiré brevemente cómo se organizó el Estado mexicano a partir del Constituyente en estudio.⁷⁰

VIII. Organización estatal

El Estado mexicano se constituyó en una república, con autoridades políticas legítimas, dentro de una organización federal, en una democracia representativa (democracia indirecta).⁷¹ Se deseaba instaurar, un buen gobierno que fuera fiel a su objetivo: la felicidad del pueblo; y, el conocimiento de los medios que permitieran alcanzar ese fin.⁷²

Ahora, la república sería entendida como "la cosa del pueblo; y por pueblo ha de entenderse no cualquier tipo informe de agregado humano, sino una colectividad unida por las leyes y el interés común".⁷³ Lo que intentaba este Constituyente era erradicar el absolutismo imperante y recuperar las instituciones secuestradas, por los diversos grupos que dominaban, distribuían y reproducían el poder de forma endógena.

El objetivo principal de este Constituyente fue establecer las bases para contar con una verdadera república, devolviendo a los ciudadanos la facultad de autogobernarse, en un gobierno democrático y administrado, bajo el Estado de derecho.⁷⁴

⁶⁹ SILVA Bascuñan, Antonio, *Derecho político*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980, p. 48.

⁷⁰ ALBERTO Morales nos señala quienes fueron los personajes más ilustres de este Constituyente, op. cit., nota 51, pp. 32, y 39-44.

⁷¹ Artículos 39 y 40 de la Constitución de 1857.

⁷² HAMILTON, Jay y MADISON, op. cit., nota 5, p. 264.

⁷³ Voz: República, Enciclopedia OMEBA, Real-Retr, Argentina, Editorial Bibliográfica Buenos Aires, 1976, t. XXIV, p. 742.

⁷⁴ "El principio fundamental del gobierno constitucional, el que sirve de cimiento a todo el edificio, es que el gobierno debe ser limitado. El Estado ha de ser un estado de derecho". HAMILTON, Jay y Madison, op. cit., nota 5, p. XXII. El correctivo natural de una mala administración, es una Constitución representativa o popular, con un cambio de hombres.

Ahora, la democracia sería el sistema de gobierno que aseguraría la participación ciudadana, a través del amplio ejercicio de libertades y de los diversos mecanismos que consagran su estructura organizativa. Este régimen político garantizaría la libertad política y la participación ciudadana; en el que los gobernados seleccionan a sus autoridades, delegándoles el poder público. Así, la autoridad se fundaría en la voluntad de aquellos a quienes obliga.

Podemos deducir varios rasgos intrínsecos sobre el sistema democrático: limita el poder; debe responder a las demandas de la mayoría; reconoce el derecho de los individuos y de las colectividades; libre elección de los gobernantes por los gobernados y la capacidad de la mayor participación en la creación y transformación de las instituciones sociales.

De la voluntad del pueblo, se desprende el principio de legitimación del poder, pues un sistema democrático es auténtico, sólo cuando el pueblo, soporte del poder político, se encuentra en condiciones de ejercerlo directamente o, al menos, de controlar su ejercicio.⁷⁵

La representación del pueblo sería más que un procedimiento por el que se expresa el poder de la ciudadanía. Ahora, se convertiría en la materialización de la voluntad colectiva. Esta representación tiende a autorizar a los órganos estatales que indiquen lo que quiere la nación, a ser su voluntad y su voz.⁷⁶ El pueblo no realiza una transmisión, sino una declaración de voluntad con esa delegación popular.⁷⁷

La democracia permite a los ciudadanos seleccionar a los gobernantes mediante elecciones justas, legítimas y periódicas; en las que los candidatos compiten libremente por los votos y en donde casi toda la población adulta reúne los requisitos para votar.⁷⁸

⁷⁵ BURDEAU, Georges, *La democracia*, Barcelona, Ed. Ariel, 1970, p. 42.

⁷⁶ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 16: Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

⁷⁷ *Ibidem.*, p. 43.

⁷⁸ HUNTINGTON, P. Samuel, *The third wave. Democratization in the late Twentieth century*, Ed. University of Oklahoma Press, 1991, p. 7.

En especial, la democracia representativa está basada en la idea que no procede que los elegidos por el pueblo tengan que ceñirse a la voluntad de los ciudadanos que han concurrido simplemente a seleccionarlos como sus representantes ante la Nación, sino que su obligación es pronunciarse conforme al concepto que lleguen a formarse al tiempo de resolver, no estando así comprometidos a ajustarse servilmente a lo que pidan quienes los han designado.

A continuación, se expondrá la organización estatal que confirmaría este Constituyente, el federalismo.

IX. Federalismo

El sistema federal se funda en el equilibrio de poderes y en la autonomía.⁷⁹ Su efecto preponderante del sistema de equilibrio, es reducir el poder del gobierno y, el poder de la acción positiva.⁸⁰ Una federación es muchas veces el mejor medio o quizá el único posible, de unir un gran número de intereses políticos y económicos regionales divergentes que coinciden en ciertos objetivos importantes, pero que no quieren renunciar a su identidad política.⁸¹

Una Constitución Federal constituye una mezcla feliz de los grandes intereses que se encomiendan a la legislatura nacional, y los particulares y locales a la de cada estado.⁸²

Ignacio Vallarta expresó sobre este tema lo siguiente: El proyecto de Constitución adopta la forma *republicana democrática federal* para el gobierno de México; "tal institución será de seguro, aprobada por el Congreso; la Comisión al adoptar esa idea y el Congreso al sancionarla como ley, no reconocen la soberanía de los Estados en su administración interior; sobre ser esto una consecuencia necesaria de aquella institución,

⁷⁹ VIDAL Perdomo, Jaime, *El federalismo*, Colombia, Ediciones Rosaristas, 1999, pp. 55-58.

⁸⁰ FRIEDMAN, W. *El derecho en una sociedad en transformación*, Ed. FCE, 1966, pp. 35 y 39.

⁸¹ PATIÑO Camarena, Javier, op. cit., nota 14, p. 13.

⁸² HAMILTON, Jay y MADISON, op. cit., nota 5, p. 40.

cuenta que tal verdad esta textualmente revelada en el mismo proyecto que nos esta ocupando.

Ahora bien, ¿Se puede sin notaría contradicción determinar en la Constitución general la manera de administrar justicia en los Estados? ¿No surge clara de aquel principio la exigencia de dejar a las Constituciones particulares de éstos esa atribución que de fijo sabrán llenar mejor que nosotros? Creo, señor, que lógicamente no podrán sostenerse pretensiones que reputo contradictorias".

Uno de los puntos importantes de la doctrina liberal, que se desplegó dentro de la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales liberales, fue la de controlar la constitucionalidad de las normas dictadas por el poder político. Con esto, los liberales facilitaban que los jueces adquirieran el derecho a decir la "última palabra" institucional: la decisión judicial se convertiría en los hechos, en la decisión final del poder público.⁸³ Se buscaba frenar el abuso de las instituciones con la actuación del Poder Judicial. Así, José Luis Mora estimó: "en una sociedad sabiamente constituida, que ha adoptado para su gobierno un sistema representativo, la efectiva independencia del poder judicial, es el complemento de las leyes fundamentales y la garantía de las libertades públicas".⁸⁴

Se buscaba establecer de manera definitiva el predominio de la ley, en donde la actuación de las autoridades y de los gobernados fortaleciera el Estado de derecho. Esto se completaría, por medio del reconocimiento de los derechos humanos, para transformarlos en derechos públicos subjetivos.⁸⁵

El reconocimiento de los derechos como patrimonio subjetivo individual, con la consiguiente importancia de la labor de los jueces en la actualización de dicho patrimonio, se suma el reconocimiento de la ley como instrumento de proyectos políticos y jurídicos objetivos.⁸⁶

⁸³ GARGARELLA, Roberto, op. cit., p. 213.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ SILVA BASCUÑAN, Antonio, *Derecho político*, Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1980, p.37.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., nota 13, p. 60. *Cfr*; ACKERMAN, Bruce, op. cit., nota 20, p. 310.

En conclusión, se intentaba construir un concepto de ley propio del Estado de derecho, que transformaría a la democracia en una democracia constitucional, misma que haría posible contar con garantías contra injusticias y desigualdades.⁸⁷

Hasta aquí se han expuesto cuáles fueron algunos de los elementos que desencadenaron este movimiento y los primeros objetivos liberales que se desarrollaron. A continuación, presentaré los derechos que se institucionalizaron para que los ciudadanos pudieran participar de manera efectiva en el espacio público.

X. Los derechos políticos

El poder político es el bien dominante en una democracia, y es convertible de manera que los ciudadanos puedan elegir libremente. Este poder no puede ser ampliamente compartido sin estar sujeto al empuje de todos los otros bienes que los ciudadanos ya poseen o desean poseer. De ahí que la democracia sea en esencia un sistema que refleja, la distribución imperante o naciente de los bienes sociales.⁸⁸ De estos derechos surge la capacidad de tomar decisiones durante un espacio de tiempo, de cambiar las reglas, de hacer frente a las emergencias; no puede ser ejercido democráticamente sin el consentimiento continuo de quienes están sujetos a él.⁸⁹

El derecho político es el área responsable del estudio de las relaciones de los ciudadanos en la vida pública del país, esto significa el cómo pueden participar en la actividad política. En el que los ciudadanos⁹⁰ puedan elegir o puedan ser elegidos por sus pares, delegando el poder en sus representantes o participando directamente por medio de diversos mecanismos constitucionales (plebiscito, referéndum, iniciativa popular,

⁸⁷ SCHMITT, Carl, op. cit., nota 23, p. 300. Una Constitución política anterior a la República contemporánea era ajena a los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como, asimismo, a todos los aspectos de la vida social, carentes de significación política. Voz: Derecho político, Enciclopedia OMEBA, Dere-Diva, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1976, t. VIII, p. 47.

⁸⁸ WALZER, Michael, op. cit., nota 28, p. 29.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 70.

⁹⁰ ACKERMAN, Bruce, op. cit., nota 20, p. 74.

entre otros), en el que la voluntad popular sea la voz de mando. Además, existe la obligación de los representantes populares, de ser responsables en el desempeño de sus funciones y en caso de abuso o incumplimiento, sean sometidos a juicio político.

Los derechos político-electorales los podemos clasificar:

1. Libertad política: derecho a sufragar (voto libre, universal y secreto), derecho de reunión, derecho de asociación para constituir partidos políticos, derecho de petición y derecho a solicitar información pública.⁹¹
2. Igualdad política: acceso a la justicia política, imparcialidad en las sentencias, vigilar que los candidatos que participen en la elección para obtener un cargo público de representación, se encuentren en igualdad de circunstancias y recursos, que conlleven a una equilibrada competencia electoral.⁹²

Retornando al tema del liberalismo, esta doctrina reconoce que la libertad y la igualdad son los bienes fundamentales.⁹³ Por lo que podemos considerar que la libertad e igualdad son pues, valores morales, políticos y jurídicos. Así, la libertad es una cualificación de la persona, mientras que la igualdad es un tipo de relación.⁹⁴

Estos derechos sirven para la participación de los ciudadanos y poder contar con una común determinación en la dirección política de la vida colectiva; por lo que no debemos verlos simplemente como una expresión de derechos en la dimensión individual.⁹⁵

⁹¹ RAWLS, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005, pp.126, 158, 205, 228, 232, 313, 340, 344, 360-61, 393 y 423-24.

⁹² DWORKIN, Ronald, *Virtud Soberana*, Madrid, Ed. Paidos, 2003, pp. 203-230.

⁹³ GRAY, John, op. cit., nota 19, p. 62.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto, op. cit., pp. 46 y 47. La igualdad de los derechos es el *maximum* y la igualdad jurídica el *minimum*; la igualdad ante la ley ocupa el lugar intermedio.

⁹⁵ ZAGRABELSKY, Gustavo, op. cit., nota 13, p. 59.

Así pues, forma también parte constitutiva de la legitimidad del Estado su establecimiento como fuerza efectiva; capaz de dar salida a la dimensión política de individuos dotados de derecho.

Podemos resumir que los derechos políticos son garantías permanentes, que se sustentan en un proceso que no tiene un punto final; un debate sin conclusión definitiva.

XI. Los derechos del hombre y las instituciones públicas

El Constituyente de 1856 dio origen a una de las expresiones más admiradas de la historia constitucional mexicana.⁹⁶ Este movimiento político estuvo inspirado principalmente en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución de los EE.UU.⁹⁷

Se propuso que en el artículo primero de la nueva Constitución, se reconoció la existencia del derecho natural y la imposición de respeto del Estado a los mismos:⁹⁸

"El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución".

En las deliberaciones sobre este artículo, se desentrañó el sentido de los derechos del hombre, al señalar, que estos eran intrínsecos y que ellos debían ser el fin de las leyes y el objeto de las instituciones públicas.⁹⁹

⁹⁶ LARA Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo mexicano*, México, Ed. UNAM, 1993, pp. 101-122.

⁹⁷ PAINE, Thomas, op. cit., pp. 60 y 110-112. No comparto la opinión del Magistrado Manuel González Oropeza, que considera que en las Constituciones federales expedidas antes de la Constitución de 1917 no se hacía referencia a los derechos políticos. Esto lo considero equivocado, porque las constituciones de 1824 y 1857 incluían quienes eran capaces de ejercer el sufragio y quienes podían recibirlo, y en particular en la Constitución de 1857 contiene el derecho de asociación y libertad de expresión, entre otros. GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "Los derechos políticos en México", Revista *Tolerancia*, Ed. Tribunal Electoral de Hidalgo, Año 3, No. 2, México, 2002, p. 29.

⁹⁸ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", op. cit., nota 4, pp. 304, 309 y 310.

⁹⁹ ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Imprenta Escalante, 1916, p. 20. *Vid.* ACKERMAN, Bruce, op. cit., nota 20, p. 306. SAYEG Helú, Jorge, op. cit., pp. 299-320.

En la sesión del 10 de julio de 1856, el Sr. Aranda dictaminó "que como la Constitución tiene por objeto asegurar los derechos del hombre, es menester que comience hablando de ellos, y que su enunciación tiene razón ideológica, y las repeticiones se hacen indispensables cada vez que se trata de ellos".¹⁰⁰

Asimismo, el 11 de julio el Señor Vallarta estimó inexacta la redacción del proyecto del artículo primero, porque no es el pueblo sino sus representantes quienes reconocen los derechos del hombre, y cree que solo pudiera usarse el nombre del pueblo, en el caso de que realmente la Constitución fuera ratificada por el pueblo, como sucedió en Estados Unidos. A lo que el Sr. Mata respondió que la Constitución de EE.UU. fue ratificada por las legislaturas de los Estados, a través de sus representantes, que fueron elegidos por los ciudadanos, sin que ellos intervinieran directamente.¹⁰¹

XII. Ciudadanía

La ciudadanía es entendida como "el habitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país".¹⁰²

La ciudadanía tiene el enorme valor de servir de sustento condicionante para el goce y el ejercicio de los derechos políticos.¹⁰³ Este derecho establece una relación política entre el hombre y el Estado y engendra el nacimiento de los derechos y deberes políticos.¹⁰⁴

Los ciudadanos deben gobernarse a si mismos.¹⁰⁵ La democracia es una manera de asignar el poder y legitimar su uso -o mejor dicho, es la manera

¹⁰⁰ ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, p. 22.

¹⁰¹ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús, *Dos siglos de constitucionalismo en México*, México, Ed. Porrúa, 2009, pp. 485-548.

¹⁰² Voz: Ciudadanía, Enciclopedia OMEBA, B-Cla, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1976, t. II, p. 1038.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ ACKERMAN, Bruce, *op. cit.*, nota 20, p. 164.

política de asignar el poder-. La democracia otorga preeminencia al discurso, a la persuasión, a la habilidad retórica.¹⁰⁶

En las discusiones del Constituyente del primero de septiembre de 1956, el Sr. Peña y Ramírez se declaró en contra del requisito que establecía el artículo 40 del proyecto de Constitución (que consideraba que para ser ciudadano se debía saber leer y escribir), por no parecerle muy conforme a los principios democráticos, y "por que las clases indígenas y menesterosas no tienen ninguna culpa, sino los gobiernos que tanto descuido han visto la instrucción pública".¹⁰⁷

Lo que se buscaba era frenar la acción del despotismo de las autoridades públicas, por medio de la creación de un catálogo de garantías para proteger a los ciudadanos de los abusos y por el otro lado, dotar a la población con mecanismos de participación política, esto es, la modificación del sistema electoral, en donde se abrogó el voto censado.

Sobre este tema, este Constituyente solo contempló dos requisitos para obtener la ciudadanía:

"Artículo 34. Son ciudadanos de la República todos los que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además las siguientes:

- I. Haber cumplido diez y ocho años siendo casados, o veintiuno si no lo son.
- II. Tener un modo honesto de vivir".

Así se estableció la reducción de los requisitos para participar en la esfera política, ampliando el padrón ciudadano y atrayendo más personas a la vida política del país.

¹⁰⁶ WALZER, Michael, *op. cit.*, nota 28, p. 313.

¹⁰⁷ ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, p. 304.

XIII. Sufragio universal

La democracia contiene diversos elementos que le son intrínsecos, pero sólo dos tienen relación con los derechos políticos-electorales de los ciudadanos: 1) el sufragio (derecho activo) y 2) el derecho a poder ser elegido por sus pares en una competencia justa (derecho pasivo).¹⁰⁸

El primero, tiene como finalidad garantizar a los ciudadanos su participación en la vida política del país, con base en elecciones limpias, honestas y transparentes. El segundo, permite a los ciudadanos presentar diversas opciones políticas al electorado para representarlo.¹⁰⁹

El sufragio es el principio básico de la democracia, pues a través de este derecho político, los ciudadanos pueden manifestar su preferencia electoral y/o su interés legítimo en participar en los asuntos del país.

Mediante el sufragio la autoridad pide expresar su parecer o proveer un cargo; cuando, a través de él, se manifiesta una opinión o cómo se decida un problema, recibe el nombre de votación, y cuando, por su intermedio, se escoge una persona, se llama elección.

En la sesión del primero de septiembre de 1856, este artículo fue muy poco discutido, a excepción de lo que se refería a las fracciones IV y V, en que si hubo modificaciones.

Así, el señor Joaquín Degollado y otros, manifestaron su desacuerdo con el uso del término prerrogativas en lugar de derechos, y a lo conveniente que sería que algunas de las funciones de las que se trata, se colocaran entre los deberes de los ciudadanos. Asimismo en el curso del debate, la Comisión adicionó la segunda prerrogativa, poniendo después de las

¹⁰⁸ ARAGÓN, Manuel, "Derecho de sufragio: Principio y Función", en NOHLEN, Dieter, Zovatto Daniel, Orozco Jesús, Thompson, José, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. Ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 162-197.

¹⁰⁹ RUIZ-TAGLE Vial, Pablo, *La tesis de la doble pluralidad: jueces y democracia el caso de la transición chilena 1990-2002*, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez en *La función judicial*, México, Ed. Gedisa, 2003, p. 276.

palabras empleo o comisión, entre otras: "que exija la calidad de ciudadano".¹¹⁰ Se proponía que las fuerzas antagonistas, en lo esencial, aparecieran neutralizadas, porque anteriormente, el proletariado y sus movimientos políticos eran mantenidos alejados del Estado, mediante la limitación del derecho de voto.¹¹¹

La universalización del voto para todos los ciudadanos fue una de las fundamentales contribuciones democráticas de este Constituyente. Esta Constitución, también estableció la obligación de los ciudadanos de la República, para desempeñar los cargos de elección popular de la federación, que en ningún caso serían gratuitos y derogaba los mecanismos para la designación de cargos o la venta de los mismos.

En la discusión de la sesión del cinco de septiembre de 1856, se refirió principalmente a la fracción IV (recibir un salario por el desempeño de su labor estatal). La petición del señor Castañeda consideraba que al hablar de los cargos de elección popular de la Federación, se refería sólo a los diputados del Congreso general, y aconsejó que la obligación se hiciera extensiva a todos los cargos públicos, aun cuando fueran concejiles. Asimismo, estimó conveniente suprimir la disposición que en ningún caso serán gratuitos. A lo que el señor Arriaga respondió, que si el artículo no se refería a los cargos de elección popular en los Estados, era para no atacar en nada la soberanía e independencia de las localidades. Estimando que este punto corresponde a las constituciones particulares, atendiendo a las circunstancias excepcionales de cada Estado. Finalmente, se estableció que los cargos públicos de la Federación no son solamente los de diputados, sino el de Presidente de la República, los de Magistrados de la Suprema Corte de Justicia y tal vez, los de jueces inferiores.¹¹²

¹¹⁰ ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, p. 305. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 6: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

¹¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, nota 13, p. 32.

¹¹² ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, pp. 306 y 307.

Es menester, señalar que los ciudadanos al mismo tiempo que cuentan con derechos, también tienen obligaciones con la República. En nuestro caso, estas obligaciones se localizan en el artículo 36:

- I. Inscribirse en el padrón de su municipalidad, manifestando la propiedad que tiene, o la industria, profesión o trabajo de que subsiste.
- II. Alistarse en la guardia nacional.
- III. Votar en las elecciones populares, en el distrito que le corresponda.
- IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la federación, que en ningún caso serán gratuitos".

El problema a la fecha con este artículo es su falta de coerción, lo que se denomina en doctrina, como una ley imperfecta, porque carece de sanción su incumplimiento. El ejercicio democrático respira, vive y se nutre, con la relación y el involucramiento del ciudadano en los asuntos públicos.¹¹³

XIV. Manifestación de ideas

Un Estado democrático al mismo tiempo que permite la libertad de participar en los asuntos públicos, debe garantizar la libertad de expresión. La idea fundamental es que las opiniones ciudadanas descansen en la libre comunicación de ideas; la ley debe defender el derecho de toda persona a exponer su punto de vista ante la población, por cualquier medio que no afecte al orden público y el deber de proteger a los individuos contra cualquier malicioso ataque personal.¹¹⁴

En la deliberación del artículo 13 del proyecto de Constitución del 25 de julio de 1856, el Sr. Díaz González manifestó "que debía hacerse una pausa por la generalidad que se trataba este artículo, en donde encontró mucha generalidad (*sic*) en las restricciones que se establecen a la libre manifestación de las ideas".¹¹⁵

¹¹³ Vid, TOCQUEVILLE, Alexander, *La democracia en América*, México, Ed. FCE, 2002.

¹¹⁴ MACKENZIE, W.J.M., *Elecciones libres*, Madrid, Ed. Tecnos, 1972, p. 175.

¹¹⁵ ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, p. 87.

A lo que el Diputado Ignacio Ramírez expuso:

"Mientras se limite la manifestación de ideas, será imposible averiguar cuáles son las opiniones del pueblo, y sin embargo, al iniciarse y al discutir una ley, se debe aprobar la opinión para apreciar todos sus inconvenientes, y una vez expedida es menester también conocer la opinión para estimar las dificultades de la práctica, los embarazos de la aplicación, y dar oídos a las nuevas observaciones que parten de todas las inteligencias y que muy a menudo se escapan a los sabios que gobiernan. Todo esto será imposible si una Constitución que se jacta de proclamar los derechos del hombre, sea contra la libertad, para que siga siempre el sistema representativo siendo pura ficción".¹¹⁶

El artículo sexto garantiza este derecho político: "La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden político".¹¹⁷

La manifestación de una idea, es siempre una proposición; toda proposición es una afirmación o negación y que de un hombre afirme o niegue lo que le de la gana, a ningún otro le puede resultar ningún mal.¹¹⁸ Toda restricción a la manifestación de ideas en materia pública, parece inadmisibile y contraria a la soberanía del pueblo.¹¹⁹

XV. Derecho de imprenta

Este derecho político es una de las principales libertades que debe proteger un sistema democrático. Podemos deducir, que este derecho es una

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ MORALES, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 97.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 90. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 11: La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

continuación de la manifestación de las ideas, pero con un mayor alcance e impacto.¹²⁰

La libertad de imprenta (o de prensa) permite a la población conocer los acontecimientos y problemas que se suscitan en la esfera del Estado. Presentando un criterio o un hecho en la actuación de las autoridades estatales, publicando diferentes conductas de los servidores públicos, produciendo diversos juicios en la ciudadanía, sobre los actores políticos.¹²¹

Dentro de las disputas del Constituyente de 1856, sobre este artículo, expondremos las que enriquecieron este precepto.

El señor Mata expuso que las excepciones eran necesarias para evitar el abuso del derecho en perjuicio de la sociedad.¹²² Y que este derecho no podía ser visto como un arma de propaganda política a favor de los liberales, sino que debía favorecer a todos los ciudadanos, dando garantías iguales para publicar, considerando que el pueblo que es soberano, debía ejercer las funciones de legislador y de juez.

Don Francisco Zarco (uno de los pocos periodistas de este Constituyente) pensó que el derecho de imprenta era un derecho fundamental porque: "Todo hombre tiene derecho a decir la verdad o su opinión, en todo tiempo y circunstancias, porque tiene el derecho de ilustrar y de ser ilustrado, que es uno de los resultados del orden social, uno de los beneficios del hombre libre. La verdad jamás ha sido sospechosa, sino a los que sostienen el imperio de la mentira".¹²³

Este Diputado señaló en defensa del derecho de imprenta "que de la prensa tiene que esperar un pueblo libre, pues ella, señores, no sólo es el arma más poderosa contra la tiranía y el despotismo, sino el instrumento más eficaz y más activo del progreso y de la civilización".¹²⁴

¹²⁰ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 10: Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

¹²¹ RAWLS, John, *op. cit.*, nota 19, pp. 335-367, 423 y ss.

¹²² ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, p. 99.

¹²³ *Ibidem.*, p. 131.

¹²⁴ *Idem.*

También, el señor Zarco afirmó que se debía establecer la inviolabilidad de la libertad de escribir y publicar escritos en cualquier materia, "por que la enunciación de este principio no es una concesión, es un homenaje del legislador a la dignidad humana, es un tributo de respeto a la independencia del pensamiento y de la palabra".¹²⁵

Igualmente, Zarco fue contrario a establecer límites a las publicaciones, al estimar que eso sería restringir la vida privada a las publicaciones, por ejemplo, en el caso de las autoridades públicas no se viola su esfera privada, sino que el contrario se publican sus acciones y el pueblo discerniendo juzgará su conducta; pero si los actos de los mismos son considerados privados, el escritor sucumbe ante la arbitrariedad.¹²⁶

En el proyecto de Constitución, se proponía enjuiciar a las personas por publicaciones que atentaran contra la moral, el orden público y la vida privada. Este juicio se realizaría por un jurado; que calificaría los hechos y que sería el responsable de imponer la sentencia conforme a la evidencia presentada; lo anterior fue aprobado, por casi la mayoría de los constituyentes presentes.¹²⁷

De esta manera, el derecho de imprenta o de prensa, se localiza en el artículo séptimo constitucional:

"Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límite que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena".¹²⁸

¹²⁵ *Ibidem.*, p.100.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Ibidem.*, p.135.

¹²⁸ MORALES, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 98.

Otro de los derechos ciudadanos por excelencia, es la de poder asociarse para discutir y/o alcanzar intervenir en las decisiones del gobierno.

XVI. Derecho de reunión y asociación

Como ya se ha comentado, la libertad de manifestación de ideas es fundamental para el debate democrático de cualquier país. Pero estas opiniones no tienen sentido si son solitarias, sino que su importancia, radica en que los individuos que se concentren en torno a cualquier tema público, puedan discutirlo libremente. Esto les brinda la oportunidad de conocer personas afines a sus ideas o principios y poderse organizar o elucidar conceptos, para los fines que a ellos convengan.¹²⁹

En el proyecto, se localizaba en el artículo 22 de la nueva Constitución. En su discusión, solamente se sumaron un par de distinciones que el Señor Villalobos solicitó integrar la palabra "lícito" después de objeto y que "ninguna reunión armada puede deliberar," aprobándose ambas y turnándose a la comisión de Constitución.¹³⁰

Este artículo quedó establecido en el artículo noveno de la siguiente manera:

"A nadie se le puede coartar el derecho de asociarse o de reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República pueden hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar".¹³¹

Este precepto constitucional fue aprobado sin discusión, por unanimidad, el 14 de agosto de 1856.

¹²⁹ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 2: La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

¹³⁰ ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, p. 148.

¹³¹ MORALES, Alberto, *op. cit.*, 51, p. 98.

Por otro lado, el derecho de asociación otorga el derecho para poder conformar partidos políticos y poder acceder al poder de manera organizada; esbozando sus ideas y programas y, poder participar en el sistema democrático, con las reglas preestablecidas.¹³²

Para Georges Burdeau un partido político es un "grupo de individuos que profesan los mismos puntos de vista políticos y se esfuerzan por hacerlos prevalecer, afiliando a ellos el mayor número de ciudadanos y buscando conquistar el poder o, por lo menos, influenciar sus decisiones".¹³³

Los requisitos más usuales para la conformación de un partido son: un número amplio de ciudadanos; agrupación voluntaria, es decir, libre y, al mismo tiempo, ha de serlo la formación misma del partido al cual se afilia; cierta unidad o coincidencia de puntos de vista en relación al bien general, o sea, una comunidad de ideas; procurar que el mayor número de personas de personas participen de sus puntos de vista y colaboren en la prosecución de las actividades encaminadas a concretarlos; proponerse conquistar el poder del Estado como instrumento eficaz para realizar las aspiraciones proclamadas; en tanto se prepara para obtener el poder político hace la crítica del gobierno existente y busca intensificar su influencia ante la opinión pública.¹³⁴

Las funciones más importantes de los partidos políticos son las siguientes: agrupar a los ciudadanos, conquistando adhesión en el mayor número; informar a la ciudadanía, tanto sobre los ideales y propósitos del partido como sobre los problemas políticos; animar y proyectar en la vida política y en su lucha, los propósitos del partido; formar el personal político.¹³⁵

Sobre este derecho electoral, no hubo discusión, quedando redactado de la siguiente manera:

¹³² RABASA, Emilio, *op. cit.*, p. 121.

¹³³ SILVA Bascuñan, Antonio, *op.cit.*, nota 69, p. 145.

¹³⁴ *Ibidem.*, p. 146.

¹³⁵ *Ibidem.*, p. 148.

"Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano:

I...

II...

III. Asociarse para tratar los asuntos políticos del país".

Otro mecanismo, para poder ser escuchado y considerado por el gobierno, es el derecho de petición.

XVII. Derecho de petición

El derecho de petición consiste en el reconocimiento de las facultades de todos los habitantes de un país para dirigirse a las autoridades públicas a fin de reclamar u observar alguna cosa incumbente a esta última. Constituye junto a los derechos de reunión e imprenta, los medios de que se vale el pueblo para controlar y orientar la conducta de los gobiernos.¹³⁶

Para Alberto P. Bertoli, quien cita a Store define a este derecho como:

"...inherente al hombre y no nace solo de la forma republicana representativa, sino del mismo sistema social, cualquiera que sea el régimen político que lo informa. No significa, por lo tanto, este derecho la concesión de un favor a los particulares, sino el reconocimiento a un derecho natural que hoy forma parte de las garantías políticas contenidas en las instituciones de todos los pueblos libres".¹³⁷

La argumentación sobre este acápite constitucional fue muy breve. Sólo se cuestionaron ciertas inquietudes de la primera parte del artículo, pues el Sr. Cerqueda (viendo el asunto desde el prisma de la abogacía) exponía sus dudas si este derecho de petición era extensible a las autoridades judiciales; señalando que los informes en estrados son de palabra, y en los juicios verbales se hacen algunos pedidos. Tomando en cuenta esta consideración, se votó unánimemente este artículo.

¹³⁶ Voz: Derecho de petición en Enciclopedia OMEBA, Dere-Diva, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, t. VIII, 1976, p. 110.

¹³⁷ Idem.

En el segundo fragmento de este artículo, se discutió quienes podían ejercer este derecho si sólo los ciudadanos o si también los extranjeros, a lo que en discusión entre el Sr. Mata y el Sr. Ramírez; después de esta discusión el Sr. Arriaga concluyó este debate sentenciando que esta cuestión que se suscitaba era internacional y no constitucional.¹³⁸

La tercera parte de este artículo no fue muy discutida, señalándose que "todas las peticiones debían recaer en acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido".¹³⁹

En el texto derivado del Constituyente de 1856, se incorporó esta prerrogativa ciudadana:

"Es inviolable el derecho de petición ejercido por escrito, de una manera pacífica y respetuosa; pero en materias políticas sólo pueden ejercerlo los ciudadanos de la República. A toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, y ésta tiene obligación de hacer conocer el resultado al peticionario".¹⁴⁰

Un punto que deseo adicionar es que para la organización y participación ciudadana, se instauró una ley electoral. Pues no solo bastaba con establecer a nivel constitucional los derechos políticos, sino que todo el orden debía ser impregnado con los mismos.

Esta ley orgánica estableció que el Congreso de la Unión se erigiría en Colegio Electoral todas las veces que hubiera elección de Presidente de la República o de individuos para integrar la Suprema Corte de Justicia.¹⁴¹ Se estableció un Colegio Electoral. Éste procedía a hacer el escrutinio de los votos emitidos y calificaba la elección respectiva, y si algún candidato hubiere reunido la mayoría absoluta de votos, se le nombraba titular del cargo. Pero si en esa votación no se obtenía la mayoría absoluta, el Congreso, votando por diputaciones, elegiría por escrutinio secreto,

¹³⁸ ZARCO, Francisco, *op. cit.*, nota 99, p. 147.

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ Artículo octavo. *Vid.* MORALES, Alberto, *op. cit.*, nota 51, p. 98.

¹⁴¹ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", *op. cit.*, nota 4, p. 314.

mediante cédulas, de entre los dos candidatos que hubieren alcanzado la mayoría relativa.

Las causas de nulidad de las elecciones podían ser: por falta de un requisito del elegido; porque en el nombramiento hubiera intervenido violencia de la fuerza armada; por cohecho o soborno en la elección; por error substancial respecto de la persona nombrada; por falta de la mayoría absoluta de los votos presentes en las Juntas Electorales que no sean primarias y, por error o fraude en la competencia de votos en la computación de los votos.¹⁴²

La nulidad podía ser solicitada por cualquier ciudadano, teniendo ocho días para presentar su impugnación, de no serlo así, el candidato elegido quedaba legitimado. Sin embargo, en este cuerpo jurídico no existía ningún otro recurso de impugnación ante la violación de los derechos políticos-electorales de la ciudadanía.

Para finalizar este trabajo, expondré una serie de conclusiones sobre las aportaciones derivadas de esta investigación.

XVIII. Conclusiones

1. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución norteamericana fueron las principales fuentes legales que inspiraron al Constituyente de 1856.¹⁴³
2. El liberalismo fue la doctrina política que rigió el pensamiento de este Constituyente. Sobre esta corriente, el profesor Roberto Gargarella opina que: "el liberalismo nunca realizó mayores esfuerzos para demostrar que existen razones para considerar *natural*, el estado de cosas distributivo que defienden".¹⁴⁴

¹⁴² OJESTO, Martínez Porcayo, Fernando, *Evolución y perspectiva del derecho electoral mexicano*, *op. cit.*, nota 53, p. 90.

¹⁴³ GAOS, Mónica, El constitucionalismo europeo del siglo XIX y su influencia en la Constitución mexicana de 1857, en VVAA, *La Constitución de 1857*, México, Ed. SCJN, 2010, pp. 76-77.

¹⁴⁴ GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p. 220. *Vid.* Ackerman, Bruce, *op. cit.*, nota 20, p. 312-313. Ackerman señala que los valores centrales de la ideología del liberalismo son: libertad, igualdad e individualidad, *op. cit.*, nota 20, pp. 347-348.

Es el Estado, en definitiva quien crea o permite que se cree dicho estado de cosas –quien, en definitiva, lo produce-. Por ello, es que debe dar razones de lo que hace o deja de hacer. Debe justificar porqué permite que los grandes propietarios se apropien de las nuevas tierras conquistadas, o porqué no da un apoyo especial a aquellos que han sido arbitrariamente excluidos del acceso a la riqueza de la sociedad.¹⁴⁵

En efecto, si los liberales verdaderamente valoran la posibilidad de que las personas elijan y desarrollen libremente sus planes de vida, luego uno debe preguntarse porqué se muestran indiferentes frente a las citadas "condiciones para la elección autónoma". Reconocer este problema no significa, necesariamente, ingresar en las oscuras tinieblas de la "falsa conciencia", esto es, comenzar a estudiar si las personas persiguen sus "verdaderos intereses" o si en cambio persiguen objetivos que parecen impuestos por otros.¹⁴⁶

Por lo dicho, y en contra de los presupuestos del constitucionalismo individualista, el Estado puede ser considerado directo responsable de la situación social predominante.¹⁴⁷

3. El constitucionalismo moderno se basa principalmente en tres puntos: la soberanía popular, el pacto social y la representación, mismos que permiten la construcción de sistemas democráticos razonablemente funcionales.¹⁴⁸
4. El Constituyente de 1856 produjo un documento fundamental para la historia constitucional mexicana.¹⁴⁹ En el que un conjunto de prominentes ciudadanos peleó por desterrar las instituciones anquilosadas,

¹⁴⁵ GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p. 221.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 222.

¹⁴⁷ RABASA, Emilio, *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁸ VALADÉS, Diego, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁹ PATIÑO Camarena, Javier, *op. cit.*, nota 14, p. 15.

estableciendo nuevos derechos a las clases desatendidas, y entregando al pueblo, la soberanía nacional.¹⁵⁰

Se pretendía asegurar el respeto de los derechos de los individuos; promover el federalismo; brindar autonomía; limitar el poder de los órganos populares; restringir las facultades del presidente; fortalecer los órganos de control (especialmente al Poder Judicial) y, consagrar un adecuado sistema de frenos y contrapesos, para poder garantizar la vigencia de las libertades individuales y públicas, y las acciones que aseguraran las relaciones sociales de equidad.¹⁵¹

7. Los derechos políticos que contiene la Constitución Política del cinco de febrero de 1857, son: el sufragio universal (activo y pasivo), el derecho de asociación, de reunión, de discurso, de imprenta, y de petición. Estos derechos ciudadanos han sido los nutrientes para mejorar el sistema democrático, instaurándose de manera imprescriptible en el sistema positivo mexicano.
8. La Constitución de 1857 fue un parteaguas en la historia constitucional mexicana. Este pacto político universalizó los derechos de participación política a toda la población adulta y, permitió asentar las bases para el modelo constitucional de 1917.¹⁵²
9. Por otro lado, la utilidad de esta Constitución no pudo ser verificada por las guerras acaecidas; además de que durante el Porfiriato, la Carta magna solo fue un documento enunciativo, más no la directriz de actuación del gobierno.¹⁵³

¹⁵⁰Vid, HALE, Charles A., *La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*, traducción de Purificación Jiménez, México, Ed. Vuelta, 1991.

¹⁵¹ VALADÉS, Diego, op. cit., p. 90.

¹⁵²ESPINOZA de los Monteros, Javier, *La Suprema Corte de Justicia en la Constitución de 1857*, en VVAA, *La Constitución de 1857*, op. cit., pp. 93-98.

¹⁵³ Patiño Camarena, Javier, op. cit., nota 14, p. 22.

XIX. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, USA, Ed. Yale University, 1980.

BLANCARTE, Roberto, *Libertad religiosa, Estado laico y no discriminación*, México, Ed. CONAPRED, 2008.

BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, Editorial Paidos, 1993.

BURDEAU, Georges, *La democracia*, Barcelona, Ed. Ariel, 1970.

COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús, *Dos siglos de constitucionalismo en México*, México, Ed. Porrúa, 2009.

DWORKIN, Ronald, *Virtud Soberana*, Madrid, Ed. Paidos, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, España, Ed. Trotta, 2008.

FRIEDMAN, W. *El derecho en una sociedad en transformación*, México, Ed. FCE, 1966.

GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2003.

GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo*, España, Ed. Paidos, 2001.

HALE, Charles A., *El liberalismo mexicano en la época de Mora*, México, Ed. Siglo XXI, 1972.

HALE, Charles A., *La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*, México, Ed. Vuelta, 1991.

HAMILTON, Jay y Madison, *El Federalista*, México, Ed. FCE, 2002.

HUNTINGTON, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio*, Argentina, Ed. Paidos, 1990.

HUNTINGTON, Samuel, *The third wave, Democratization in the late Twentieth century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991.

LARA Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo mexicano*, México, Ed. UNAM, 1993.

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es la Constitución?*, México, Ed. Fontamara, 2001.

LASKI, Harold J., *El liberalismo europeo*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1953.

MACKENZIE, W.J.M., *Elecciones libres*, Madrid, Ed. Tecnos, 1972.

- MORALES, Alberto, *La Constitución de 1857*, México, Ed. Instituto Nacional de la Juventud, 1957.
- NOHLEN, Dieter, Zovatto Daniel, Orozco Jesús, Thompson, José, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2a. Ed., 2007.
- OJESTO, Martínez Porcayo, Fernando, *Evolución y perspectiva del derecho electoral mexicano*, México, Ed. UNAM, 1998.
- PAINE, Thomas, *Rights of man*, USA, Ed. Penguin, 1985.
- PATIÑO Camarena, Javier, *Transito del constitucionalismo individual y liberal al constitucionalismo social*, México, Ed. PGR, 1985.
- RABASA, Emilio, *La evolución Constitucional de México*, México, Ed. IIJ-UNAM, 2000.
- RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, México, Ed. Porrúa, 2006.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005.
- REYES Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, Tres volúmenes, México, Ed. FCE, 1974.
- RUÍZ-Tagle Vial, Pablo, *La tesis de la doble pluralidad: jueces y democracia el caso de la transición chilena 1990-2002*, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez en *La función judicial*, México, Ed. Gedisa, 2003.
- SAYEG Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, México, Ed. FCE, 1996.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Nacional, 1966.
- SILVA Bascuñan, Antonio, *Derecho político*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- TAVERA, Xavier, *Tres votos y un debate*, Xalapa, Ed. Universidad Veracruzana, 1957.
- TAYLOR, Charles, *A secular age*, USA, Harvard University Press, 2007.
- TOCQUEVILLE, Alexander, *La democracia en América*, México, Ed. FCE, 2002.
- TENA Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Ed. Porrúa, 1991.

VIDAL Perdomo, Jaime, *El federalismo*, Colombia, Ediciones Rosaristas, 1999.

VVAA, *La Constitución de 1857*, México, Ed. SCJN, 2010.

VALADÉS, Diego, *El gobierno de gabinete*, México, Ed. UNAM, 2005.

WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, Ed. FCE, 2004.

ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Imprenta Escalante, 1916.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.

Hemerográficas

GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "La Constitución de 1857", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Ed. UNAM, 1989.

GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, "Los derechos políticos en México", *Revista Tolerancia*, Ed. Tribunal Electoral de Hidalgo, Año 3, No. 2, México, 2002.

GARGARELLA, Roberto, "El carácter igualitario del republicanismo" en *Isegoria*, No.33, 2005, pp. 175-189.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN MATERIA ELECTORAL

*Socorro Roxana García Moreno **

SUMARIO: I. Introducción; II. Antecedentes; III. Reforma política-electoral de 2007; IV. Propaganda gubernamental y servidores públicos; V. Causa de nulidad de elección en la reforma constitucional de 2014; VI. Conclusión; VII. Fuentes de consulta.

* Magistrada del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, Responsable editorial de la Colección Jurídica *Quid Iuris*, Tesorera de la Asociación de Tribunales y Salas Electorales de la República Mexicana A. C. (ATSE), ha sido catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus Chihuahua y del Colegio de Bachilleres. Licenciada en Derecho, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Autónoma de México, Especialista en Justicia Electoral por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Candidata a maestra en Derecho Electoral por la Universidad Durango, campus Chihuahua.

Recibido: 10 de septiembre 2014
Aceptado: 10 de septiembre de 2014

Resumen:

El presente artículo trata sobre la evolución que se ha dado en materia electoral en cuanto al acceso a los medios de comunicación, mismos que a partir de la reforma constitucional de 2007, el único que determina la asignación de tiempo en radio y televisión en materia político-electoral es actualmente el Instituto Nacional Electoral. Esto cobra mayor relevancia ya que en la reforma constitucional de febrero de 2014 se adiciona una nueva causal de nulidad de elección consistente en contratar o adquirir cobertura informativa o tiempos en radio y televisión fuera de los supuestos previstos por la ley.

Palabras claves: radio, televisión, espacios, nulidad, reforma, candidatos, partidos y derecho electoral.

Abstract:

The following article describes the evolution that has occurred in electoral matters in access to the mass media, same as those from the constitutional reform of 2007, the only one who determine the allocation of time on radio and television in political and electoral matter is currently the National Electoral Institute (INE). This becomes more relevant since the constitutional reform of February 2014 where a new cause of election invalidity has been added consisting of hiring or acquiring allocation of time on radio or television outside the cases provided by law.

Key words: radio, televisión, allocation, invalidity, reform, candidates, political parties and electoral rights.

I. Introducción

Para hablar de reformas en materia electoral debemos analizar las bases, evolución y transformación de las normas que hoy en día rigen estos aspectos. Por ello y con el fin de realizar un ejercicio crítico adecuado sobre los diversos cambios que han dado origen a nuestra regulación actual, construiremos un marco teórico que nos permita introducirnos en nuestro tema principal: *el desarrollo de los medios de comunicación en materia electoral*. Lo abordaremos a partir de las reformas constitucionales que atañen en específico al papel de los medios de comunicación en el ámbito político-electoral, realizando un análisis sistemático iniciando desde la reforma constitucional de 2007 que marcó la pauta en la regulación de los medios de comunicación dentro y fuera del proceso electoral, para concluir con las reformas constitucionales del 2014, en donde se establece como causal de nulidad de elección contratar o adquirir cobertura informativa o tiempos en radio y televisión fuera de los supuestos previstos por la ley y su regulación en la nueva Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE) y Ley General de Partidos Políticos (LGPP), ambas derivadas de dicha reforma.

II. Antecedentes

La elección presidencial de 2006, es el antecedente a la reforma política-electoral de 2007 en lo referente a la participación de los medios de comunicación en esta materia, al existir un creciente malestar hacia éstos, ya que fueron acusados por parte de los partidos políticos de convertirse en tribuna de propaganda negativa que tanto partidos como actores privados difundieron durante la contienda.

Dicho proceso se disputó en medio de una guerra sucia, en que terceros y partidos políticos se involucraron en un ambiente de mensajes negativos que hicieron un proceso de ataques, descalificaciones y sobre todo por la posibilidad de contratar directamente tiempo en televisión y radio.

Por "campañas negativas entendemos aquellas que se basan en el ataque o la crítica contra algún candidato o que se centran en comunicar los errores y debilidades de las otras partes buscando denostar, denigrar o injuriar al opositor".¹ "Mientras que la guerra sucia se compone de acciones indebidas, ilegales y desproporcionadas que llevan a cabo terceras personas para intervenir en una contienda electoral aprovechando su posición de ventaja para desequilibrarla".²

Según datos del Instituto Federal Electoral (IFE), en la campaña del 2006, los partidos destinaron más del 60% de sus recursos a la compra de tiempos de radio y televisión,³ aunque en realidad el partido político y el concesionario podían pactar espacios, números de promocionales y horario en que serían transmitidos, independientemente que existía un monitoreo por parte de las autoridades electorales locales y federales de los medios de comunicación, y se emitían acuerdos en donde se exhortaba tanto a los actores políticos como a los medios de comunicación a garantizar la equidad en la contienda, sin que existiera un ordenamiento legal que dotara de competencia a la autoridad electoral administrativa para garantizar dicha equidad.

III. Reforma política-electoral de 2007

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007 dio un gran giro a la regulación de los medios de comunicación, en específico radio y televisión, estableciendo que el Instituto Federal Electoral (IFE) hoy Instituto Nacional Electoral (INE) es autoridad única en la administración del tiempo en radio y televisión correspondientes al Estado respecto del destinado para el cumplimiento de sus propios fines y el ejercicio de los derechos de los partidos políticos.

¹ BUENDÍA Hegewisch, José y AZPIROZ Bravo, José Manuel, *Medios de comunicación y la reforma electoral 2007 – 2008. Un balance preliminar*, México, TEPJF, 2011, p. 23.

² *Ibidem.*, p. 24.

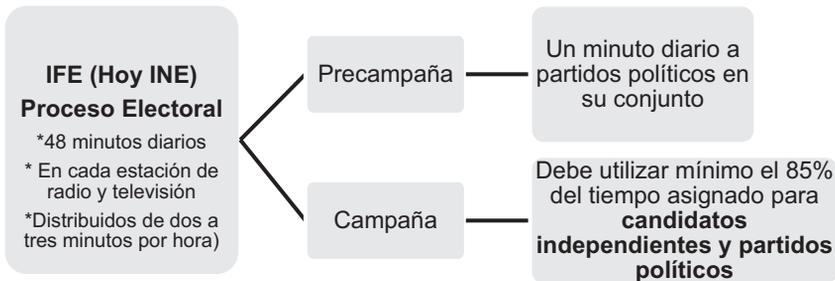
³ TRIBUNAL Electoral del Poder Judicial de la Federación, Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral, Proceso de reforma constitucional electoral 2007, México, TEPJF, Centro de Capacitación Judicial Electoral, año 1, mayo 2008, p. 38.

Esta reforma estableció un nuevo modelo de comunicación política sustentado básicamente en dos puntos:

1. El monopolio absoluto del IFE hoy INE de los tiempos de radio y televisión.
2. La restricción a la propaganda de difusión de gobiernos en campañas electorales.

Estableciendo:

- En el proceso electoral el IFE (INE) contará con cuarenta y ocho minutos diarios y los podrá distribuir de dos a tres minutos por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión, así mismo deberá destinar al menos el ochenta y cinco por ciento de este tiempo (cuarenta y un minutos) en las campañas electorales para cumplir con las prerrogativas de los candidatos.



Fuente: Elaboración propia.⁴

Nota: a partir del fin de la precampaña al inicio de la campaña el tiempo en los medios de comunicación (radio y televisión) se destinará cincuenta por ciento a difundir los mensajes genéricos de los partidos políticos y el resto a los fines propios de las autoridades electorales.

⁴ Ver artículo 41, base III, apartado A, inciso a), b) y c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De los 48 minutos disponibles, el INE destinará:

- * El 85% a los partidos políticos y candidatos independientes que serán:
 - a) 30% en forma igualitaria a los partidos políticos y candidatos independientes en su conjunto.
 - b) El 70% restante se asigna en forma proporcional al porcentaje de votos obtenidos en la última elección para diputados federales.
 - c) Los siete minutos restantes serán utilizados para los fines del INE y autoridades electorales (credencial de elector, promoción del voto, etcétera).

Los partidos nacionales de reciente creación: Partido Encuentro Social (PES), Humanista (PH) y Movimiento Regeneración Nacional (MORENA) y candidatos independientes estarán dentro de la parte igualitaria del 30%.

Así mismo estableció el horario de seis a veinticuatro horas para las transmisiones en estaciones de radio y canales de televisión.

De igual forma contempló la prohibición de campañas negativas, la guerra sucia y la intervención de terceros en el proceso como podían ser empresarios, asociaciones civiles u organizaciones no gubernamentales, a favor o en contra de determinado partido o candidato y hasta agresiones a funcionarios de gobierno; con lo que se pretendió dar fin a los mensajes negativos en medios audiovisuales, propiciando el debate de ideas o plataformas electorales por sobre la descalificación y el ataque al adversario.

Con la administración del IFE hoy INE de los tiempos de radio y televisión se buscó asegurar la presencia equitativa de partidos y candidatos en los medios electrónicos y para tal efecto se creó dentro del INE el comité de radio y televisión quién realiza los monitoreos tanto en el ámbito federal y local sobre el número de promocionales, tiempo, incluso que sean

propuestas y no descalificaciones, quedando así prohibido que los partidos políticos y los candidatos contraten o adquieran por sí o por terceras personas tiempo en radio y televisión.

Con esta regulación no solo se encarga de la administración de los tiempos sino también le corresponde sancionar mediante un procedimiento expedito las infracciones a estas disposiciones, así como tomar las medidas necesarias para hacer cumplir las regulaciones electorales, en las que pueden encontrarse la cancelación inmediata de las transmisiones en radio y televisión.

Otro punto a destacar es el establecimiento de la prohibición de calumniar a las personas, denigrar a las instituciones y partidos políticos a través de la propaganda política o electoral.

IV. Propaganda gubernamental y servidores públicos

Un punto importante de esta reforma es la prohibición de difundir propaganda institucional durante el tiempo que duren las campañas electorales y hasta la conclusión de la jornada comicial.⁵ Al respecto el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinó en el Juicio de Revisión Constitucional Electoral con número de expediente SUP-JRC-210-2010, que los conceptos de "propaganda gubernamental" y "propaganda institucional" tienen el mismo significado, así mismo señala en el Recurso de Apelación con número de expediente SUP-RAP-117/2010 y acumulados que la propaganda gubernamental es el proceso de información respecto a los servicios públicos y programas sociales por parte de los entes públicos responsables de su prestación.

Sin embargo, la prohibición de difusión de propaganda institucional tiene excepciones, contempladas en el artículo 41 constitucional, y son: las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.⁶

⁵ Artículo 134, párrafo séptimo de la Constitución Federal.

⁶ Artículo 41, base III, apartado C, segundo párrafo Constitución Federal.

En esta reforma no solo se limitó la difusión de propaganda institucional, ya que con la finalidad de garantizar la equidad de la contienda, en el artículo 134 de la Constitución Federal, se estableció que a los servidores públicos les esta prohibido utilizar los recursos públicos para realizar promoción personalizada, es decir, aquella que incluya nombres, imágenes, voces o símbolos de los servidores públicos, y que la propaganda que difundan los poderes públicos de los tres niveles de gobierno deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. Cabe señalar que tanto el abrogado Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales como la actual Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (artículo 242, numeral 5) contiene una excepción a la promoción de servidores públicos, y es el informe anual de labores o de gestión y que deberán ser:

- a) Una vez al año
- b) Con cobertura regional
- c) Sin fines electorales ni realizarse dentro del periodo de campaña electoral
- d) Siete días antes y cinco días a la fecha en que se rinda el informe

Lo anterior, para evitar que se difunda la imagen de los servidores con base en los recursos públicos así como salvaguardar la equidad en la contienda colectiva.

No obstante lo anterior, existen expertos electorales que manifiestan que esta excepción vulnera la equidad en la contienda ya que no deja de ser publicidad para el servidor público.

Por lo que hace a la referencia a los programas gubernamentales contenidos en el portal institucional de internet en cualquier órgano de gobierno, estos no vulneran las normas electorales, esto de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la sentencia SUP-RAP-150/2009.

V. Causa de nulidad de elección en la reforma constitucional de 2014

Una de las más relevantes adiciones a la Constitución que trajo la reforma electoral del 10 de febrero de 2014, respecto a medios de comunicación en específico radio y televisión, fue la causal de nulidad de elección contenida en el artículo 41, base VI, inciso b), cuando de forma grave, dolosa y determinante se compre cobertura informativa o tiempos en radio y televisión, fuera de los supuestos previstos en las regulaciones correspondientes.

Posteriormente el 7 de julio de este mismo año se publicó un decreto en el Diario Oficial de la Federación que adiciona en esa misma causal la palabra adquirir quedando del siguiente modo:

VI.-(...)

- b) Se compre **o adquiriera** cobertura informativa o tiempos en radio y televisión, fuera de los supuestos previstos en la ley;

La razón de esta reforma es que "el término *comprar* permite la hipótesis de que un determinado partido o candidato accedan a radio y televisión fuera de los tiempos del Estado y, una vez denunciados, puedan alegar que no compraron esos tiempos de difusión, sino que se los cedieron, aportaron o regalaron. Así, el acceso a la cobertura informativa o a los tiempos de radio y televisión, no siempre se llevará a cabo mediante una contraprestación consistente en un precio cierto y en dinero",⁷ a comparación del "término *adquiera* que abarca toda la gama posible de acceso a radio y televisión más allá de la compra, porque esos tiempos se pueden adquirir por donación, regalo, cesión, aportación, entre otros mecanismos; de este modo, con el término *adquiera*, se pone un dique al papel determinante del dinero y los medios en los procesos electorales",⁸

⁷ Gaceta Parlamentaria, año XVII, número 4020-III, miércoles 14 de mayo de 2014, [en línea], fecha de consulta 8 de septiembre de 2014, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx>

⁸ *Idem.*

evitando simulaciones por parte de los candidatos con el fin de lograr una contienda justa.

Aun y cuando la incorporación de esta causal de nulidad es el principal aspecto relevante de estas reformas, en la de 2007 ya se había establecido la prohibición a los partidos políticos de comprar o adquirir tiempos en radio y televisión, es decir que no ha sido algo novedoso, lo que sí ha traído relevancia es que está incorporada como una causal de nulidad de elección, mientras que en la reforma 2007 solo estaba señalada como una infracción sancionable por el entonces Instituto Federal Electoral.

Otra modificación de esta reforma es que elimina la prohibición de difundir propaganda política-electoral con expresiones que denigren a las instituciones o a los partidos políticos, prohibiendo solamente las calumnias a las personas en la propaganda política electoral difundida por los partidos; además se adiciona la palabra candidatos dando amplitud a la prohibición y estableciéndoles límites a los candidatos independientes.

VI- Conclusión

Ha generado controversia el hecho de que un solo órgano (INE) sea el encargado de adquirir o repartir el tiempo en radio y televisión en cuestiones político-electorales, incluso ha habido protestas por parte del duopolio televisivo, que han resultado sancionados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ya que las televisoras aducen que se coarta la libertad de expresión (amparo de los intelectuales), aparte de que es excesivamente caro para éstas limitar la cobertura por regiones en época de informes de los servidores públicos, además en cada proceso electoral es más fuerte la presencia, aún no regulada por la legislación mexicana, de las redes sociales como un medio de propaganda electoral, promoción de candidatos y por supuesto guerra sucia; casos en que cada día más cobra relevancia el llamado "derecho al olvido" que en Europa ya es una realidad.

Nuestra regulación electoral no prohíbe emitir opiniones, ni se refiere a propaganda impresa, lo que se restringe es contratar o comprar tiempos

de propaganda política en radio y televisión. No es el derecho a opinar ni a ha expresar ideas, debates, etcétera sino el hecho "a comprar" tiempo en radio y televisión, acto meramente de comercio, por lo que no es un atentado a la libertad de expresión.

Según Bobbio " la libertad política no se pierde al restringirse la contratación de espacios en medios de comunicación, por el contrario, obedece a la necesidad de que todos tengan la misma libertad, en condiciones similares, para expresarse y actuar equitativamente".⁹

VII. Fuentes de consulta

Bibliográficas

BUENDÍA Hegewisch, José y AZPIROZ Bravo, José Manuel, *Medios de comunicación y la reforma electoral 2007 – 2008. Un balance preliminar*, México, TEPJF, 2011.

TRIBUNAL Electoral del Poder Judicial de la Federación, Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral, Proceso de reforma constitucional electoral 2007, México, TEPJF, Centro de Capacitación Judicial Electoral, año 1, mayo 2008.

Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicado en el Diario Oficial de la Federación 14 de enero de 2008. (abrogado)

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

Ley General en Materia de Delitos Electorales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

Ley General de Partidos Políticos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de noviembre de 1996.

Diario Oficial de la Federación de fecha 22 de agosto de 1996, Reforma Constitucional.

⁹ BUENDÍA Hegewisch, José y AZPIROZ Bravo, José Manuel, op. cit., nota 1, p. 58.

Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de noviembre de 2007, Reforma Constitucional.

Diario Oficial de la Federación de fecha 7 de mayo de 2008, Reforma Constitucional.

Diario Oficial de la Federación de fecha 09 de agosto de 2012, Reforma Constitucional.

Diario Oficial de la Federación de fecha 11 de junio de 2013, Reforma Constitucional.

Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de febrero de 2014, Reforma Constitucional.

Diario Oficial de la Federación de fecha 07 de julio de 2014, Reforma Constitucional.

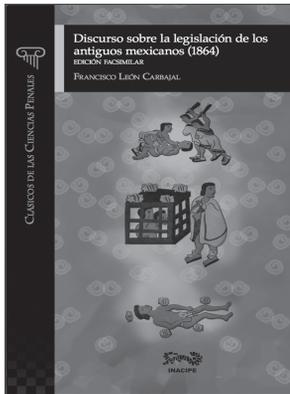
Electrónica

Gaceta Parlamentaria, año XVII, número 4020-III, miércoles 14 de mayo de 2014, [en línea], fecha de consulta 8 de septiembre de 2014, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx>

RECOMENDACIONES EDITORIALES

UNA AUSENCIA EN LA HISTORIA MEXICANA DEL DERECHO

DISCURSO SOBRE LA LEGISLACIÓN DE LOS ANTIGUOS MEXICANOS



*Reseña: Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva**

CARBAJAL, Francisco León, *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos* (1864); estudio preliminar de Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, México, INACIPE, 2014, 150 pp.

En las historias del derecho mexicano siempre se ha afirmado que el primer estudio sobre *El derecho de los aztecas* fue el de Josef Kohler [1892] impreso en México en 1924, incluso parece ser un consenso, entre los investigadores del pasado jurídico nacional, otorgarle un sólido reconocimiento a su libro.

* Licenciada, maestra y doctora en Historia por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es investigadora Titular del Centro de Estudios Mayas del Instituto de Investigaciones Filológicas de la misma universidad, desde hace 38 años. Fue Coordinadora de dicho centro de 1993 a 1999 y de 2004 a 2006 fue Coordinadora del Posgrado en Estudios Mesoamericanos del Instituto de Investigaciones Filológicas y de la Facultad de Filosofía y Letras. Es Investigadora Nacional. Su línea de investigación es el estudio de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos indígenas de la época prehispánica y de la actualidad.

Desde la monumental obra de Toribio Esquivel Obregón *Apuntes para la historia del derecho en México* (1943-1948), hasta el ensayo de Lucio Mendieta y Núñez,¹ *El derecho precolonial*, el libro del profesor de Berlín, fue tomado como obra capital en los estudios de la ley, entre los pueblos indígenas de México, antes de la Conquista. Las palabras del primero para referirse a Kohler son muy elocuente.

El servicio que este autor ha hecho a la historia del derecho indio ha sido muy valioso por cuanto a que, espigando en abundantísima bibliografía histórica, cuidó de tomar nota de cualquier dato relativo al derecho y sin desperdiciar uno sólo los fue agrupando metódicamente en el orden que él sigue y que es clásico para la exposición de la doctrina.²

Pero Mendieta y Núñez va más allá porque, gran parte de su texto, está basado en *El Derecho de los aztecas* de Kohler, incluso pudimos contar 28 citas en su opúsculo, lo que nos hace ver que su trabajo fue más bien glosa de lecturas recientes sobre el tema, que una investigación.

Por otro lado, trabajos actuales, sobre los principios del derecho vigente en los diversos períodos de la historia de México, como el de Guillermo Floris Margadant,³ o el más reciente de Oscar Cruz Barney,⁴ también toman de él datos y lo citan, incluso el primero lo recomienda como un panorama del derecho tenochca.

El inglés Jerome A. Offner, en su acuciosa investigación *Law and Politics in Aztec Texcoco* [Derecho y política en el Texcoco Azteca],⁵ aunque considera que el texto de Kohler es recordado como el más valioso producido hasta hoy, y que ha estado vigente por casi un siglo, lo critica severamente. Sin embargo pierde de vista que son obras propias de la

¹ MENDIETA y Núñez, Lucio, 1937, p. 29.

² ESQUIVEL Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 1984, Vols. 2, t.I, p. 148.

³ MARGADANT, Guillermo F, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, p. 16.

⁴ CRUZ Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford University Press, 1999, p. 19.

⁵ OFFNER, Jerome A., *Law and politics in Aztec Texcoco*, New York, Cambridge University Press, 1983.

historiografía de una época, que no se les debe juzgar con ojos del investigador contemporáneo. Offner dice del *El Derecho de los aztecas*, que no hay distinción entre la ley y la costumbre; no está basado en suficiente documentación y no cuenta con análisis de documentos de archivo; no proporciona el contexto histórico, económico, social y político que origina éste derecho; no distingue entre la ley sustantiva y la procesal y su enfoque es totalmente europeo.⁶

Por ello quisiéramos probar que hubo una investigación anterior que merece ser reivindicada en la historiografía del derecho en México y que se le dé el lugar que nunca ha tenido. Esta obra es el llamado *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos* de Francisco León Carbajal (1864), escrita 28 años antes de la de Kohler.

Para solventar este afán, el Instituto Nacional de Ciencias Penales realizó una nueva publicación del libro, que vio la luz en junio de este año en su colección "Clásicos de las Ciencias Penales", con estudio introductorio de quien esto escribe.

Pero, ¿A quién debemos el menosprecio y el olvido de este significativo esfuerzo por reconstruir el derecho azteca e incluir sus logros como, uno más, de las creaciones culturales de la historia universal?

En cuanto al menosprecio se lo debemos al famoso abogado y hombre de letras Miguel S. Macedo y González Saravia y su olvido, a la circunstancia de la escasísima difusión que tuvo la obra.

Sobre la obra *El discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos*, Macedo escribió su apreciación, en la introducción a la obra Kohler, que él editaba por primera vez en México en 1924 y tras aludir a los textos que trataban sobre el derecho indígena anterior a la colonia, dice:

⁶ *Ibidem.*, XIII y XIV.

... es un opúsculo redactado especialmente y tal vez exclusivamente sobre la Historia de México de Francisco Carbajal Espinosa, a quien suponemos padre del autor del Discurso, sin ocurrir a las fuentes directas sino raras ocasiones. El método seguido importa la pretensión de encuadrar el derecho azteca en el romano, conforme a la Instituta de Justiniano. Se concede muy escasa atención al estado social de los aztecas y con frecuencia se hacen suposiciones sin más base que la interpretación de textos de historiadores aun de segunda mano, o conjeturas formadas sobre ellos.⁷

Pero junto al vilipendio del *Discurso* surge la exaltación del libro *El Derecho de los Aztecas* de Josef Kohler, reconocido como jurista y pensador alemán representante de la escuela sociológica del derecho, cuyo eje principal era hacer un estudio general y científico de la historia de la disciplina, para poder construir una teoría general de ésta. Apunta que se trataba de:

... una obra erudita, inspirada en ricas y variadas fuentes, seleccionadas e interpretadas con saber e inteligencia superiores, y que por lo mismo debe ser calificada y digna del elogio...⁸

Macedo, después de denigrar el libro de Carbajal considera que, al manejar Kohler las ideas de Gustavo Hugo y Federico Carlos de Savigny sobre el historicismo jurídico, es decir el pensamiento que exalta la relevancia del derecho en los desarrollos culturales particulares, es suficiente para "comprender en toda su amplitud cuán científico tiene que ser *El Derecho de los Aztecas* y cuán grande es la atención que merece".⁹

El esfuerzo de Macedo por dar a conocer en México la obra de Kohler, además, tuvo motivaciones aviesas, que a la luz de este momento veríamos racista, subjetivas y poco juiciosas.

⁷ MACEDO, VI, 1924.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

Explicaba:

... se debía conocer la cultura indígena porque, en su tiempo, todavía era la mayoría de la población y **las agitaciones políticas en las que participan**, pueden llegar a imponer sus costumbres, lo que serían **regresiones, en el orden moral**.¹⁰

Además asienta que también es útil tener estos conocimientos para destacar las huellas de los sistemas normativos prehispánicos en la legislación de su tiempo, porque...

El indio, objeto de toda una legislación colonial destinada a protegerlo, poseía privilegios legales que lo separaban del resto de los ciudadanos. Pero todavía, los pueblos de indios, gobernados por sus propios magistrados, preservaban a la luz del siglo XIX el **principio retrógrado** de la tenencia comunal de la tierra... que **tiene raíces atávicas**.¹¹

El conocimiento en México de esta obra que se publicó en su idioma original, en el país natal del autor, Alemania, fue conocida a través de la opinión de Rafael Altamira, quien pertenecía a la misma escuela jurídica de Kohler, es decir la sociología jurídica y, quien, también seguía los afanes de hacer la revisión histórica de la evolución jurídica mundial. En su obra *Cuestiones del derecho y de la legislación comparada* de 1914¹² al tocar el comunismo primitivo, se refiere a esta forma de organización en los pueblos prehispánicos y menciona que "El trabajo más reciente y autorizado acerca de esta cuestión es del Kohler, "*Das recht der Azteken*",¹³ sin embargo parece un mal entendimiento del texto alemán, porque según una buena traducción no nos puede inducir a pensar que entre los aztecas existiera un comunismo primitivo.

Pareciera lógico suponer que Altamira no hubiera conocido la obra de Carbajal de 1864 ya que, al parecer, sólo circularon en México unos cuantos ejemplares, porque cuando escribió sus *Cuestiones de Historia*

¹⁰ MACEDO en KOHLER, VII, 1924.

¹¹ *Idem*.

¹² ALTAMIRA, Rafael, *Cuestiones del derecho y de la legislación comparada*, 1914, p. 314.

¹³ KOHLER, Josef, *Das Recht Der Azteken*, Verlagvon Ferdinand Enke, 1892.

del Derecho a principios del siglo pasado, vivía en España y por lo tanto la bibliografía que manejaba era la europea.

Al momento de la primera Guerra Mundial, Miguel Macedo lee la referencia de Kohler y se empeña en conseguirla la obra, porque le pareció indispensable para la historia del derecho en México; pero aún cuando era difícil que los libros alemanes llegaran a México, la obtuvo. Encargó la traducción de ella al joven abogado Carlos Robalo y Fernández (1924).

El *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos* de Francisco León Carbajal sostuvo una posición que contrariaba las concepciones de Macedo. Exalta el valor del derecho prehispánico e invita a tomar sus valores. Dice:

Una gran mayoría de nuestra población se compone de los descendientes de esa raza cuyas instituciones he tratado de examinar, y cuyas necesidades es necesario que se atiendan. Si quieren darse á nuestra patria leyes justas, provechosas y eficaces, preciso es que contemos no solo con los pocos elementos europeos que encierra México, sino también y muy particularmente con el elemento indígena. A este fin contribuye de una manera inmediata y directa el estudio de la jurisprudencia del antiguo pueblo mexicano como que ella fue acomodada exclusivamente a esa raza y en vista de sus tendencias, de sus costumbres y su índole. Por este medio podremos revestir nuestra legislación con el sello de la originalidad, sin la cual no existe grandeza, mérito, ni provecho positivo; y no habrá que imitar de otros pueblos instituciones con las que ellos podrán ser felices, pero que aplicadas a nosotros serán siempre nuestro tormento y nuestra muerte.¹⁴

La posición del autor del *Discurso* se comprende por el contexto histórico en que se dio. El libro de Carbajal se escribió en 1864,

¹⁴ CARBAJAL, Francisco León, *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos*, Imprenta de Juan Abadiano, México, 1864, p. 134.

precisamente durante experimento monárquico de Maximiliano de Habsburgo, quien a pesar de que fue llamado por los conservadores a gobernarnos, quizá realizó un gobierno guiado por una ideología plenamente liberal, dictando leyes y quitando los privilegios a la iglesia. Asimismo profeso gran admiración por las culturas indígenas de México e intentó legislar en su beneficio, reconociendo a las comunidades indígenas el derecho a la propiedad comunal (en decreto de 26 de junio de 1866), asimismo intentó abolir el peonaje. Esas y otras leyes fueron expedidas en castellano y en náhuatl, con total respeto a la cultura indígena.

Carbajal compartía con el archiduque su admiración por las culturas originarias, y parece ser que el *Discurso* fue una respuesta coherente con la promoción del monarca al estudio de las instituciones políticas prehispánicas.

Pero estas palabras también expresan un objetivo, que es necesario remarcar, porque propone que nos rija un derecho que sea la simbiosis entre el derecho indígena y el derecho español, como cauce de un desarrollo normal en el mestizaje étnico con el cultural.

De esta manera contribuye a una visión nacionalista del derecho, que para la segunda mitad del siglo XIX, redescubre el pasado indígena y quiere revivir sus valores. Pero se encuentra frenado por los grupos conservadores que desean marginar, anular y olvidar el pasado, porque entre otras causas temían que la población indígena, y su diferente concepción del mundo y de la vida, llegarán a predominar en la sociedad mexicana, como Miguel Macedo lo expresa.

Así, el *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos* en consonancia con el pensamiento preeminente de ese momento, fue redactado por un romántico admirador de las culturas prehispánicas, que al mencionar la "cultura de sus padres" parece referirse a su extracción indígena. Al inicio de su libro expresa:

Gran interés ofrece al historiador y al anticuario las noticias de esta nación, más digna que otras de arrebatar sus miradas; pero al jurista

acude inmediatamente una gran curiosidad por saber qué leyes rigieron á este pueblo, curiosidad que se debe aumentar en nosotros porque además de estar dedicados al estudio de la jurisprudencia, se trata de las leyes de nuestro padres.¹⁵

Kohler, como un extranjero alejado de la realidad nacional, incluso sabemos que, aparentemente, nunca estuvo México, ve a los pueblos nahuas como sociedades que eran una expresión cultural, como tantas otras. Pero decía:

Junto a esta cultura de espíritu, coexistieron los horrores de los sacrificios humanos y del canibalismo, lo que no debe sorprendernos; los pueblos adelantados tienen a veces las más exaltadas pasiones y el culto conduce, a menudo, a crueldades extrañas.¹⁶

La investigación de Francisco León Carbajal fue su tesis para graduarse de abogado, el tema la fue encargado por la "Academia de jurisprudencia teórico práctica", como él mismo lo precisa.¹⁷ La presentó leyendo el trabajo en varias sesiones de esta institución. Las academias eran entidades de capacitación para la vida profesional de los pasantes de abogacía y solían encargar temas de investigación a los jóvenes en formación, de acuerdo a los lineamientos del pensamiento oficial de ese momento, que por supuesto debió ser el coherente con las ideas de Maximiliano.

Para reseñar el libro de Carbajal hemos tomado como guía las imputaciones de Macedo, para poder desarrollar argumentos en favor del *Discurso*.

La primera censura apunta que el discurso es apenas un "opúsculo", es decir un trabajo de poca extensión: 125 páginas, en nuestra opinión suficientes para un trabajo pionero como éste. En el caso *El Derecho de los Aztecas* de Kohler es más corto, solo 89 páginas, aunque su editor,

¹⁵ *Ibidem.*, p. 3.

¹⁶ KOHLER, 1924, p. 4.

¹⁷ CARBAJAL, Francisco León, *op. cit.*, nota 14, p. 1.

aumento dos textos de fuentes, para el estudio del derecho azteca: las Leyes de Nezahualcóyotl y el llamado "Libro de Oro" de fray Andrés de Alcobz.¹⁸

Todavía más delicado aún es decir que copió el texto de la *Historia de México* de Francisco Carbajal Espinosa (1862) quien, posiblemente, fuera su padre. Este personaje perteneció a los círculos intelectuales de la época, además de vivir desempeñando puestos en la administración pública, de significación.

Sin embargo, un cotejo de ambos textos da una visión apropiada del uso que el autor del *Discurso* dio al texto de, su supuesto, padre.

Si bien son frecuentes las referencias, pues rebasan las cincuenta; el espíritu de la gran mayoría de ellas es, tan solo, remitir a la información que detalla las costumbres en torno a la temática jurídica que desarrolla, como por ejemplo, afirma que la figura legal del "mutuo" se conocía, pero no se había desarrollado, y alude a que las cosechas no siempre fueron suficientes, entonces remite a la *Historia* para probar su acerto, y a su texto donde se narra la hambruna vivida en la época de Moctezuma II.¹⁹ Otras más, sí implican la aceptación de una interpretación de su predecesor o nuevas consideraciones sobre información asentada en la *Historia*. Detectamos sólo un texto íntegramente transcrito de la *Historia*, que aunque entrecomillado no parece del todo justificado, éste es su disquisición en torno al usufructo de tierras que pertenecían a los señores.²⁰ Por todo ello podemos sugerir que más bien tenía la intención de difundir la *Historia de México* de su padre, y de basarse en esa obra de carácter general para enriquecer sus interpretaciones y conclusiones jurídicas.

Pero no sólo cita a su padre, entre las obras vigentes en su tiempo sobre los aztecas, sino también tomó información de otras para incluir, discutir o

¹⁸ KOHLER, 1924, op. cit., nota 16.

¹⁹ Carbajal Espinosa, Francisco, *Historia de México: desde los primeros tiempos de que hay noticia hasta mediados del siglo XIX*, México, Tip. de J. Abadiano, 1862, t. I, p. 389.

²⁰ *Ibidem.*, p. 589.

de plano rebatir sus interpretaciones. Así incluyó entre sus obras de consulta la *Historia de la conquista de México* de William Prescott (1843), la *Descripción histórica y cronológica de las dos piedras...* de Antonio León y Gama, y las *Disertaciones históricas* de Lucas Alamán. Marca su posición al comparar afirmaciones de Prescott con sus propia investigación, así dice que el autor norteamericano no le hace justicia a Nezahualcoyotl, como lo hace Clavijero, al nombrarlo el "Solón del Anáhuac".²¹

En cuanto al manejo de las fuentes de información, Carbajal toma básicamente la *Historia de México* de Francisco Javier Clavijero (1780-1781), que se publicó hacia 1826 y la *Monarquía Indiana* de Fray Juan de Torquemada. Las razones del uso de la primera las encuentro en que Clavijero encajaba con la ideología de Carbajal, por su admiración de las culturas indígenas de México, además conocía y defendía la lengua náhuatl, asimismo porque en aquel entonces era de todos conocido que había logrado compilar su información de manuscritos antiguos y de documentos jeroglíficos originales. Bien dice Elias Trabulse que, los lectores mexicanos encontraron en la *Historia* de Clavijero:

una visión histórica completa, coherente y magistralmente descrita del mundo prehispánico que estimuló sus sentimientos patrióticos y nacionalistas. En cambio, para los europeos y norteamericanos la obra representó no sólo una defensa de la naturaleza y la cultura del Nuevo Mundo, sino la descripción de una antigua civilización que debía ser incluida por sus logros dentro del cuadro de las grandes culturas de la historia.²²

En cuanto a fray Juan de Torquemada, en general, los historiadores lo consideran fuente de segunda mano, entre ellos Kohler, incluso actualmente muchos consideran la obra de fray Juan como farragosa y falta de originalidad, sin embargo otros la han reivindicado, mirándola como una obra de su época, donde fundió una enorme recopilación de fuentes de

²¹ CARBAJAL, Francisco León, *op. cit.*, nota 14, p. 6.

²² TRABULSE, III, 2009.

primera mano, compulsadas y armadas en una historia donde da una visión profunda de los acontecimientos.²³

Sin embargo aunque Clavijero y Torquemada son las obras claves en que Carbajal basó su investigación sobre el derecho tenochca, también acudió a fray Bernardino de Sahagún con la *Historia general de las cosas de la Nueva España* pero su aplicación, aunque en algunas ocasiones es para tomar datos de su obra, es más como una vía de corroborar los conocimientos, con que ya contaba, y no como veta de información, así como referencia para invitar al lector a ampliar su conocimiento sobre el asunto tratado en cuestiones no jurídicas. Pero aumenta también sus fuentes con el Códice Mendoza, que no lo menciona como tal sino como una "causa judicial en jeroglíficos aztecas" en la obra de Lord Kingsborough, *Antigüedades de México*, en su edición francesa de 1831.

Hemos de considerar que la obra de Kohler es más rica en fuentes y se encuentra una jerarquización de ellas. Pero Carbajal no tuvo acceso a la gran mayoría de estas fuentes, porque se publicaron, la mayoría de ellas, en Europa en la segunda mitad del siglo diez y nueve, por lo que llegaron a México a principios del XX.

La otra crítica de Macedo a Carbajal es que el método seguido en su exposición es el de derecho romano a través de las Institutas de Justiniano. Esta crítica no tiene fundamento, ya que no explica las razones por las cuales el Digesto del derecho romano, no pueda ser utilizado para la metodología en la exposición de un sistema jurídico distinto. Por ejemplo, Edward Coke ya denominaba a la exposición sistemática del derecho inglés, *Institutes of the Laws of England*.

Carbajal expone que su método de exposición va a ser:

...el orden y el tecnicismo del derecho usual, para que cada uno pueda fácilmente hacer las comparaciones que guste y marcar las

²³ MORENO Toscano, 1963, p. 497.

diferencias; y al fin aventuraré algunas reflexiones sobre el carácter general que distingue a la legislación mexicana...²⁴

Así si revisamos cómo divide su exposición, empieza discutiendo la condición de los hombres (libres y esclavos, nacionales y extranjeros, nobles y plebeyos) y con ello realmente sigue el Título V del libro I (Del estado de los hombres) de la primera parte del Digesto de Justiniano.

Pero al mismo tiempo Kohler empieza explicando la constitución del poder entre los aztecas, que corresponde a la clasificación del *Jus Publicum* del derecho romano. Por lo que no encontramos razón para la crítica de Macedo, ya que ambos autores se apegaron a las formas del discurso de las instituciones de tradición romana.

Asimismo el detractor del *Discurso...* consigna que su autor "hace suposiciones sin base"...y aquí, como una manera de destacar una de las originalidades de este trabajo sobre el derecho azteca, tenemos las cuestiones lingüísticas.

Un gran aporte de Carbajal fue encontrar nombre a los hechos jurídicos en náhuatl. Para ello tuvo, básicamente, tres fuentes de información: las palabras que Clavijero, Torquemada y Sahagún aportaban, el Diccionario de fray Alonso de Molina y su propio conocimiento del idioma. Pero él mismo estuvo consciente de que las figuras jurídicas, a las que él les atribuía un nombre nahua, no encontraba certeza de que pudieron llamarse, de esa manera en la época prehispánica. Y apunta:

Advertiré, pues, que los diccionarios de la lengua mexicana, único monumento á que debemos atenernos en esta materia, se escribieron después de la conquista, y en ese tiempo los indígenas habían inventado ya varias palabras nuevas, para significar los objetos, nuevos también, que hasta entonces veían ó se les daban á conocer, por el trato con los Europeos. Por ejemplo, en el diccionario de

²⁴ CARBAJAL, Francisco León, op. cit., nota 14, p. 4.

Molina se encuentra la voz tlamatziliniztli, que es azteca pura, significando repique: y sin embargo, los Mexicanos, no conocian las campanas ántes de la conquista; cuando las conocieron fué, pues, cuando la inventaron indudablemente ó cuando le aplicaron la idea que hoy expresa. Así puede haber sucedido con otras voces, y en consecuencia, el existir una voz en la lengua mexicana no es argumento concluyente de haber sido conocida por los Mexicanos, ántes de la conquista, la cosa significada con tal palabra.

Así él precisa de qué fuente es la palabra, o si se deriva de su propio conocimiento y dice textualmente, por ejemplo: "palabra tetentlapiquiliztli puede acomodarse bien á la idea de falsedad..."²⁵ o sea él demuestra su manejo de la lengua.

Había que apuntar una peculiaridad del *Discurso* que también le agrega un valor más y que le da relevancia frente al *Derecho de los Aztecas* del extranjero.

Pero cuál fue la causa de que la impresión de este libro no se distribuyera en México y en cambio sí en los Estados Unidos, porque solo hemos encontrado cinco ejemplares en nuestra patria y alrededor de cien en el extranjero.

Ello se debe a que el editor que lo imprimió, Juan A. Badiano, cerró su negocio y vendió, tanto su colección bibliográfica como los haberes de las bodegas. Los dueños de esta imprenta eran una familia cuyos ascendientes, de dos generaciones anteriores, habían adquirido el establecimiento y la tradición de impresores y coleccionistas de libros mexicanos antiguos del gran bibliófilo novohispano, el sacerdote, Juan José de Eguiara y Eguren (1696-1763). Al salirse del negocio en 1887 los Abadiano y, poner a la venta todos sus acervos, que debieron haber sido numerosísimos, y fueron adquiridos, sólo un año después, por el ingeniero, rico empresario, político y comerciante de libros antiguos Adolph Sutro de San Francisco.²⁶

²⁵ *Ibidem.*, p. 91.

²⁶ *Vid.* http://en.wikipedia.org/wiki/Luis_Abadiano

(http://en.wikipedia.org/wiki/Luis_Abadiano). De ahí que tanto coleccionistas particulares como universidades americanas, con interés en estudios latinoamericanos, fueron comprando el *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos*, siendo en esos sitios, también, casi nula su consulta, aunque hoy en día se encuentra digitalizado y lo podemos consultar internet.

En suma, la obra de Francisco León Carbajal, *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos*, es la primera investigación con esta temática, lógica, coherente, original que se logró. Obra de un joven cuya investigación fue desarrollada al modo de la historia positivista de su tiempo, expresa la formación de un jurista de su época como un verdadero humanista. Incluso el aborda temas con interpretaciones adelantadas a la de los historiadores y juristas actuales, que han creído sus opiniones originales, pero que ya estaban expresadas en esta obra, como aquellas referentes a los límites de la esclavitud o a la existencia de un estado entre los mexicanos.

Las críticas a esta obra son falsas, mal fundadas y maliciosas y denotan una oposición por causas ideológicas, racistas y opuestas al nacionalismo mexicano, en construcción, en esa época.

Por ello invitamos a todos a leer este trabajo, escrito con lenguaje literario propio de la época y con valiosas aportaciones al conocimiento de los pueblos del Anáhuac.

Obras consultadas

ALTAMIRA y Crevea, Rafael, *Cuestiones de historia del derecho y de la legislación comparada*, Madrid, Librería de los Sucesores de Hernando, 1914.

CARBAJAL, Francisco León, *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos*, México, Imprenta de Juan Abadiano, 1864.

CARBAJAL Espinosa, Francisco, *Historia de México: desde los primeros tiempos de que hay noticia hasta mediados del siglo XIX*, México, Tip. de J. Abadiano, 1862.

CRUZ Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford University Press, 1999.

ESQUIVEL Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 1984, 2 vols.

GONZÁLEZ, Refugio, "La academia de jurisprudencia teórico-práctica en México. Notas para el estudio de su labor docente (1810-1835)", *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año 6, núm. 6, 1982.

KOHLER, Josef, *Das Recht Der Azteken*, Verlagvon Ferdinand Enke, 1892.

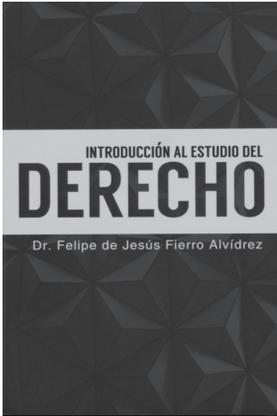
MARGADANT, Guillermo F, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

MENDIETA y Núñez, Lucio, *Derecho precolonial*, Porrúa, México, 1985.

OFFNER, Jerome A., *Law and politics in Aztec Texcoco*, New York, Cambridge University Press, 1983.

TRABULSE, Elias, *Clavigero, historiador de la ilustración mexicana en Francisco Xavier Clavigero en la Ilustración mexicana 1731-1787*, compilador Alfonso Martínez Rosales y prólogo de Antonio Gómez Robledo, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (en línea), fecha de consulta 2 de mayo de 2013, disponible en: www.cervantesvirtual.com

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO



Reseña: Leo Zavala Ramírez *

FIERRO Alvírez, Felipe de Jesús, *Introducción al Estudio del Derecho*, EE.UU., Palibrio, 2014, 573 pp.

En su *Introducción al Estudio del Derecho*, el doctor Felipe de Jesús Fierro Alvírez va directo a su propósito: ofrecer a universidades e institutos de estudios superiores que forman futuros abogados, una seria y profusa reflexión acerca de la necesidad de resolver trascendentes cuestiones filosóficas del Derecho, como su existencia, su ser y su esencia, antes de abordar el concepto, objeto, método de estudio y su vinculación con el problema de la justicia, para beneficio de la enseñanza que se imparte a los estudiantes de Derecho.

Acostumbrado a incorporar en su cátedra universitaria diversos ejercicios de reflexión filosófica con sus alumnos, el doctor Fierro Alvírez, plantea ahora en su obra la conveniencia de afrontar las preguntas esenciales acerca de la ciencia jurídica, porque de sus respuestas y soluciones depende la

* Licenciado en filosofía y teología por el Seminario Regional del Norte, en Cd. Juárez y Chihuahua, Chih. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Maestría en Derecho Político y Administración Pública, por el Instituto Internacional del Derecho y el Estado y la UACH. Ha sido profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional en la licenciatura de la Facultad de Derecho de la UACH; en maestría ha impartido cursos de Políticas Públicas y de Estructuras Políticas y Económicas. Fue reportero y editor en los periódicos Novedades, Herald, Norte y Diario de Chihuahua, corresponsal de El Financiero y la Revista Proceso de Mexico DF, y de La Opinión de Los Angeles, Ca. Fue conductor de noticieros en Radiorama. Actualmente conduce el programa cultural «Contextos» en Radio Universidad de la UACH, de donde es profesor en retiro y se desempeña como abogado postulante en su despacho particular Zavala Rubio y Socios.

comprensión integral de este milenario y actual quehacer de vivir el Derecho, como ciencia y como instrumento en los procesos de convivencia humana. La impronta de su propósito se evidencia desde el capítulo primero y a lo largo de esta extensa obra, plagada de reflexiones, definiciones y fundamentaciones bibliográficas –la obra cita a 135 autores de distintas épocas y lugares-, que buscan dar solidez científica a las propuestas en ella contenidas.

Para este académico de la Universidad Autónoma de Chihuahua, un desafío necesario de quien estudia, crea o aplica el Derecho, es determinar primero la existencia de la norma jurídica, pues sólo el enfoque ontológico le permitirá conocer las razones de su esencia, sus principios, causas y fines. Sin gnoseología no habrá una visión clara del Derecho: es esa la apuesta del doctor Felipe Fierro, que utiliza sus instrumentos metodológicos confiando en que las mentes de los jóvenes que se inician el estudio del Derecho, son capaces y aptas para el discurso reflexivo aún desde los estadios más originarios y esenciales que, con conocimiento de causa y efecto, les puedan conducir sólidamente al posterior y especializado estudio de la ciencia del Derecho y su aplicación en la vida profesional, pues un abogado, independientemente de ser académico, funcionario público, del sector privado o postulante, mínimamente debiera saber qué es el Derecho y poder demostrar su existencia, y no reducirse sólo a conocer pragmáticamente la letra de las leyes y su aplicación en el *hic et nunc*.

La obra parece ubicarse a contracorriente de las posturas que consideran que el Derecho debiera tener una orientación eminentemente pragmática, alejada de las viejas teorías, arguyendo que lo que hoy importa es encontrar respuestas a problemas concretos y no gastar esfuerzos en cuestionar el contenido y la utilización de los conceptos jurídicos.

El libro sostiene que sería un disparate pensar en una teoría del Derecho sin teoría y que lo importante es la fundamentación de las diversas corrientes.

Más aún, el autor advierte que el de la justicia es lamentablemente el tema más abandonado para las academias de las ciencias jurídicas actuales,

que ven al Derecho sólo como ley, buscando lo práctico en lugar de lo trascendente, eludiendo el fin de la norma jurídica y considerando a la justicia como un valor, más que como un bien objetivo, por lo que es catalogada como algo innecesario o simple accesorio dentro del orden jurídico, con lo que propicia órdenes jurídicos confusos, contradictorios o exponencialmente injustos.

En su obra, el doctor Fierro Alvidrez plantea una estructura de seis grandes capítulos en los que detalladamente desarrolla conceptos básicos como: la Ciencia del Derecho, la Ley Jurídica, las Fuentes y el Fundamento del Derecho, los Conceptos Jurídicos Fundamentales y la Aplicación de la Ley y la Justicia.

¿Existe el Derecho?, es la provocadora pregunta que plantea el investigador chihuahuense; y si existe, ¿Qué es? Y algo más: ¿Se puede conocer el Derecho?

Lo que pareciera obvio, el autor lo vuelve cuestionable y con la carga de descubrir su valoración y justificación, todo en aras de clarificarlo, sistematizarlo, de ubicarlo en el mundo del pensamiento científico y su praxis en la ley verdadera, real, pero especialmente para articular el ser del Derecho con el ideal jurídico y con un tema tan delicado como la justicia.

La obra establece distinciones conceptuales entre lo que es el Derecho como ciencia y lo que es la Ley, la Justicia y los Derechos Facultativos o personales, pues no pueden ser considerados como sinónimos.

Aborda el conocimiento jurídico como un proceso, según el cual, el jurista se puede mover en dos niveles para resolver problemas específicos de la convivencia humana: primero, el científico o general, como ciencia del Derecho, de conclusiones universales y, segundo, el prudencial o de aplicación inmediata al caso concreto, o arte del Derecho o jurisprudencia. Insiste en que el conocimiento teórico del Derecho no debiera ser intelectualismo puro en busca de la verdad y lo universal, sino tender a la

sindéresis resolviendo cuestiones de la vida práctica en la legislación ordinaria.

En su afán por la profundidad filosófica, la obra analiza los objetos de estudio del Derecho, tales como: el Ser del Derecho, con sus características aristotélico-tomistas de unidad, bondad y verdad; la Ley como el conjunto de normas fundamentadas en la razón, el orden natural para la justicia y el bien común y emitidas por la autoridad legítima; el Derecho que llama Facultativo o Personal, para ejercer un dominio sobre un bien, frente al que hay una obligación de respeto por los demás; la Justicia, como uno de los fines primordiales de la norma y, finalmente, el Bien Común, como efecto social armonizado con los intereses individuales.

Ofrece diversos elementos distintivos entre la ley jurídica y las leyes eterna, natural, divina y la ley moral, ante las que la voluntad y libertad humana juegan roles disímbolos; plantea clasificaciones de las diversas leyes de Derecho público y privado y de Derecho estatal, tutelar, interno, internacional y científico.

Aborda a la ley desde la perspectiva de los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, agregando lo que denomina *Derechos del Futuro* como los sistemas normativos que regirán la comunicación mundial, el desarrollo económico global, los mercados virtuales y los flujos migratorios.

Detalla, además, diversos conceptos jurídicos fundamentales como la persona y la personalidad, la sanción jurídica y los derechos subjetivos y objetivos, haciendo hincapié en lo que denomina *Derecho Facultativo*. Desmenuza los conceptos de legislación, constitución, reformas a la constitución, división de poderes, proceso legislativo, control constitucional y las garantías individuales, derechos humanos, fundamentales y generacionales y los tratados internacionales.

El doctor Felipe de Jesús Fierro, en su estudio de las fuentes del Derecho, amén de abordar la razón y el orden natural, de considerar las clásicas

fuentes materiales, históricas, sociales y formales, e incluir la teoría tridimensional de Recaséns Siches y la de los Tres Círculos de García Maynez, hace una novedosa aportación crítica de la fundamentación de las fuentes del Derecho desde una perspectiva gnoseológica y teórica, según la cual, las normas del Derecho no podrían basarse en otros postulados de corrientes de pensamiento como el relativismo, el positivismo, el purismo o el extrarealismo jurídicos, e incluye un análisis sobre si la economía, la literatura, la raza el lenguaje o las cuestiones de género pueden ser fuentes del Derecho.

La Ley, en su creación, interpretación y aplicación espacio temporal – advierte- enfrenta riesgos de contradicciones, lagunas, competencia o entrada en vigor. Analiza la interpretación de la ley como un problema en principio esencialmente gnoseológico y puntualiza diversos métodos y escuelas de interpretación de la ley, estableciendo la importancia del método inductivo-deductivo, analítico-sintético para una interpretación racional, sustentada en la realidad de la norma jurídica.

Plantea también la importancia de la obediencia de la ley y el problema de su desobediencia por parte de los obligados ante leyes absurdas o injustas, cosa que no termina por resolver.

De cada objeto de estudio, la obra realiza el típico periplo histórico por la Grecia de Platón, Sófocles, Aristóteles, Homero y Hesiodo; por la Roma de Justiniano, Ulpiano, Salvio Juliano, Juvencio Celso, Sexto Pomponio y Teodosio con sus Instituciones, su Digesto y sus Codificaciones; lo complementa con la patrística agustina, con los canonistas del medioevo y las nacientes universidades que consolidan la ciencia jurídica al separarla de la ética, apostillando el recorrido con el pensamiento de Tomás de Aquino y la consolidación del Derecho en el Renacimiento con Bacon, Duns Escoto y Ockham con el problema de la Ley basada o en el racionalismo o en el voluntarismo y la visión jusnaturalista del Derecho fundado sólo en el hombre, más que en Dios, separando la moral y la vida pública.

De ahí, el recorrido lo sigue con Hobbes, Rousseau, Spinoza, Leibniz y Locke con su naturalismo, contractualismo, racionalismo y la validez eterna de la ley natural y los derechos inalienables a la vida, la libertad y la felicidad. Continúa con Montesquieu, Voltaire, Diderot y los enciclopedistas para detenerse con Emmanuel Kant y su imperativo categórico del deber por el deber y la coerción, conceptos de gran influencia en el derecho contemporáneo, y prosigue con el positivismo y pragmatismo jurídico benthamiano de la ley por la ley, fundando el derecho en el mandato de autoridad; incluye también el historicismo, el idealismo y el materialismo de Grocio, Savigny y Hegel, así como el materialismo histórico de Marx y Engels, el fenomenismo de Shopenhauer y Tolstoy, el positivismo de Comte y concluye con las diversísimas corrientes existencialistas, iusnaturalistas, iuspositivistas lógicas y las teorías analíticas del Derecho.

El doctor Fierro Alvidrez justifica semejante sumergimiento en la evolución histórica, a fin de que los estudiantes de Derecho tengan una idea general del complejo y difuso panorama que vive hoy la academia especializada en la ciencia jurídica.

En este contexto, el autor de esta *Introducción al Estudio del Derecho* presenta una reflexión acerca de la situación actual en variadas universidades e institutos superiores de estudio del Derecho, a la que denomina *El Caos en el Derecho*, que incluye variadas alertas ante lo que sucede alrededor de lo que académicamente se otorga a los nuevos universitarios: la presencia de tecnologías de la información que empujan al estudiante a perderse entre miles de libros, bibliotecas, artículos y ensayos de la materia, pero sin elementos para analizar, clasificar o discriminar tanta información.

A lo anterior, suma la gran cantidad de teorías o corrientes –menciona por lo menos 16 corrientes clásicas, contemporáneas, occidentales y hasta chihuahuenses- que pretenden resolver el problema del conocimiento jurídico.

A ese contexto confuso agrega el gran número de nuevas leyes, muchas de ellas contradictorias, y las resoluciones de los altos tribunales que un día opinan una cosa y otro día algo distinto.

Para el autor, lo más grave de la confusión es la indiferencia en los institutos de enseñanza ante este caos académico que no sólo no distingue entre corrientes, sino que las mezcla sin el mayor recato, pero además, obliga al alumno a conocer sólo la letra de la ley, desdeñando el estudio de la esencia y la realidad del ser jurídico.

Ante esto, el autor advierte que en la medida en que se pierda la dimensión del Derecho, se pierde el correlativo sentido del deber, e insiste en que estos problemas de la ciencia jurídica deben conocerlos los estudiantes del Derecho, para que se preocupen por conocer, así sea someramente, los fundamentos de las diversas corrientes de la ciencia jurídica y puedan elegir la que más les convenza, y terminen su carrera con un pensamiento jurídico definido para entender las cada vez más contradictorias leyes vigentes y mejorar y dignificar su ejercicio profesional.

Pudiera señalarse que esta obra, realizada por el autor en el ambiente investigativo de Universidad de Oxford, Inglaterra, es en exceso profunda y detallada en sus planteamientos, o en la invocación de disciplinas tan profundas como la gnoseología, la filosofía, la historia o la lógica. Lo que es más: la utilización de la plataforma aristotélico tomista para resolver las diversas hipótesis pareciera anacrónica. No obstante sus más de 573 páginas, esta obra es más digerible que el anterior libro del autor, denominado *Hacia un Derecho Verdadero* del año 2012.

Ocasionalmente el desarrollo de esta *Introducción al Estudio del Derecho* parece que incurre en innecesarios vaivenes conceptuales -como la relación entre moral y ley jurídica, la distinción entre ética y moral o las características esenciales de las escuelas gnoseológicas, entre otros- que quizá el autor los recurra en un afán de profundidad y clarificación y teniendo en mente a destinatarios jóvenes universitarios y noveles estudiantes del Derecho. Sin embargo, es previsible que precisamente estos destinatarios encontrarían

severa dificultad en los vaivenes analíticos, por lo que el discurso metodológico del autor podría haber sido más sintético en examen de los temas, sin ser necesariamente recurrente.

Por ejemplo, para el doctor Fierro Alvidrez, la moral es una cuestión fundamental en el tema del Derecho, y el estudiante debiera enfrentar este tema para adquirir bases sólidas en el ejercicio de su carrera profesional, contrastando la importancia de la moral dentro del contexto general de las normas, independientemente de la corriente teórico-jurídica que adopte. Pero justamente por esa importancia para la formación del estudiante, creemos que los temas torales podrían presentársele más atractivos y sintéticos y evitar la largueza y sinuosidad para que tengan el impacto y la penetración adecuada al espíritu juvenil.

La obra es muy amplia. Es de sólo seis capítulos, pero su extensión en las que se desarrollan los grandes temas de la ciencia jurídica en algunos casos con sobrada profundidad.

En este contexto, pareciera demasiado profusa para destinatarios alumnos que apenas inician su carrera universitaria, aunque se entendería válida y conveniente para los académicos, especialmente aquellos comprometidos con la formación integral de alumnos pensantes y responsables.

Como libro de texto, esta *Introducción al Estudio del Derecho* pudiera tener dificultades para los alumnos tan sólo por las limitadas horas que el programa destina a la materia. Como libro de consulta, sin embargo, resulta una excelente opción tanto para alumnos como para académicos e investigadores científicos.

Podría, quizá, una segunda edición, sintetizar más el análisis de algunos conceptos para hacer la obra más atractiva y manejable para los usuarios jóvenes.

Al igual que algunos de los textos clásicos de *Introducción al Estudio del Derecho*, la obra del doctor Felipe de Jesús Fierro contempla temas como

la norma, la ley natural, el Derecho y la moral, el deber jurídico, la persona, la sanción, la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, comparativamente, la obra de Fierro Alvidrez da un mayor énfasis al tema de la justicia en relación con las normas jurídicas, pero sólo aborda de manera tangencial temas como el Estado, el Derecho público y el Derecho privado, Derecho real y personal así como otras disciplinas auxiliares como los Derechos administrativo, penal o el procesal.

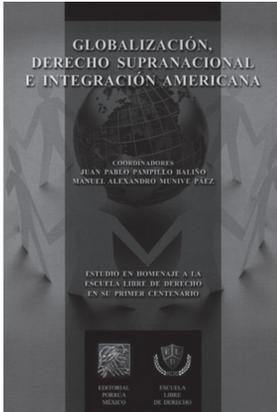
Por otro parte, y sin pretender que la obra fuera aún más extensa, hubiera sido deseable que al final de cada uno de los seis capítulos, el autor hubiese incluido un sumario con algún cuestionario o esquema resumido de las principales definiciones, sentencias o preguntas, que ayudaran al estudiante a recapitular los aspectos más esenciales del capítulo en cuestión.

Con todo ello, sin duda es loable el propósito del autor, de proporcionar al estudiante de Derecho los elementos filosóficos mínimos pero esenciales para el estudio de la ciencia jurídica, para evitar profesionales del Derecho conocedores sólo de la letra y de la aplicación de las normas del Derecho positivo, sin posturas críticas o éticas frente a las normas que rigen la vida en común.

Es loable ese propósito, porque los estudiantes que hoy se asoman a la ciencia jurídica, serán mañana los hacedores o los aplicadores al caso concreto de las leyes que regirán el quehacer humano, pues hoy, la tremenda contradicción en el contenido o en la aplicación de numerosas leyes, son, sin duda, consecuencia de un aprendizaje superficial del Derecho.

Así pues, esta obra, propia de un autor y académico chihuahuense y que ya fue traducida al inglés, además de ser una simple Introducción al Estudio del Derecho, bien cabría como texto de filosofía o historia de la ciencia jurídica y, sin duda, merece la mayor de las consideraciones en las academias de Derecho de las universidades e institutos de estudios jurídicos que preparan licenciados en Derecho.

GLOBALIZACIÓN, DERECHO SUPRANACIONAL E INTEGRACIÓN AMERICANA



*Reseña: Manuel Alejandro Munive Páez**

PAMPILLO Baliño, Juan Pablo, MUNIVE Páez, Manuel Alejandro (coords.), *Globalización, Derecho Supranacional e Integración Americana*, 2013, 717 pp.

El sistema económico mundial generado a partir de la segunda guerra mundial, generó un fenómeno de integración económica en Europa que se fortaleció y expandió en el mundo durante la década de los ochenta, en parte por la caída del bloque socialista y por el incremento sustancial del comercio internacional, llevando a un proceso globalizador en los noventa, no solo de los procesos económicos, sino también sociales y culturales, que generaron la creación y desarrollo de un sistema jurídico que superara la esfera estatal, pero que a su vez no estuviera atado a las negociaciones y complicaciones de los instrumentos tradicionales del derecho internacional público, esto es, un derecho supranacional obligorio tanto para los Estados como para las personas, aplicado e interpretado por instituciones comunes para diversos países, cuyo objetivo es fomentar la libre circulación de

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctorando en Derecho en la UNAM. Doctorando en Derecho de la Sociedad del Conocimiento por la Universidad de Perugia, Italia y el Instituto Tecnológico y Estudios Superiores de Monterrey, CCM. Maestría en Derecho por la UNAM, en la vertiente de Administración y Procuración de Justicia. Diplomado en Amparo por la Universidad Autónoma Metropolitana. De febrero 2011 a junio del 2013 se desempeñó como Coordinador General del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. A partir de julio del 2013 es Director del mismo.

bienes y personas con el fin de un mayor y mejor condición de vida y desarrollo de estas últimas.

Por lo anterior, se vio la necesidad de llevar a cabo en la Escuela Libre de Derecho un Congreso Internacional a efecto de analizar y discutir temas relacionados con la globalización, el derecho supranacional y sobre todo, el estado de integración económica y jurídica en nuestro continente. Dicho Congreso se llevó a cabo los días 28, 29 y 30 de noviembre del 2012 en las instalaciones de la Escuela con el apoyo del Conacyt.

El presente libro contiene las memorias del Congreso antes citado en donde especialistas de Europa, Estados Unidos, Sudamérica, Asia y México, expusieron su amplio conocimiento y debatieron en diversas mesas de trabajo y abordando temas que van desde la historia del fenómeno de la integración, pasando por el derecho privado y los derechos humanos, hasta los diferente procesos de integración y su estado actual en el mundo. El conjunto de memorias se encuentran clasificadas en tres grandes ejes: el primero relativo a la globalización jurídica y el derecho supranacional, el segundo a la integración jurídica y el tercero al derecho americano. Dichas partes agrupan 37 ensayos de altísima calidad que por su profundidad, rigor, variedad y actualidad representan uno de los textos más completos que existen sobre el "nuevo" fenómeno de la supranacionalidad.

LINEAMIENTOS EDITORIALES

Contienen las reglas generales que deberán cumplir los trabajos que sean propuestos para ser publicados en la revista *Quid Iuris*, órgano de difusión del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

CONTENIDO

Formato

Citas bibliográficas

- A. Cuando se refiere a libros.
- B. Cuando se refiere a un capítulo de un libro.
- C. Cuando se refiere a libros electrónicos.
- D. Cuando se refiere a un capítulo de un libro electrónico.
- E. Cuando se refiere a un diccionario o enciclopedia como un todo.
- F. Cuando se refiere a una voz de un diccionario o enciclopedia.

Citas hemerográficas

- A. Cuando se refiere a revista impresa.
- B. Cuando se refiere a un artículo de una revista impresa.
- C. Cuando se refiere a revistas electrónicas.
- D. Cuando se refiere a un artículo de una revista electrónica.
- E. Cuando se refiere a un periódico.
- F. Cuando se refiere a un artículo de una sección de un periódico.

Citas de legislación, jurisprudencia, tesis relevantes y resoluciones judiciales

- A. Cuando se refiere a un ordenamiento jurídico.
- B. Cuando se refiere a tesis de jurisprudencia o relevantes.
- C. Cuando se refiere a una resolución judicial.

Aclaraciones finales

Abreviaturas

QUID IURIS

El Tribunal Estatal Electoral del Estado de Chihuahua, publica desde el año 2005 la colección jurídica Quid Iuris, con el objetivo de fomentar la investigación y la cultura democrática, además de contribuir al análisis jurídico.

Quid Iuris está dirigida a estudiantes, profesionales e investigadores y en general, a toda persona o institución interesada en el desarrollo de temas relacionados con la democracia y el Derecho. Desde su creación, se han publicado artículos relacionados con el derecho político, electoral, constitucional, entre otras ramas, distribuyéndose gratuitamente dentro del país y en el extranjero. Asimismo, ha contado con la participación de investigadores locales, nacionales e internacionales de reconocido prestigio y sólida trayectoria en el ámbito académico.

Quid Iuris es una publicación trimestral con recepción permanente de artículos, los cuales deben ajustarse a los siguientes:

LINEAMIENTOS EDITORIALES

- **RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS.** Toda colaboración deberá ser enviada en formato electrónico al Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, sito en Calle 33ª, Núm. 1510, Col. Santo Niño, C.P. 31200, Chihuahua, Chih. o bien, enviarse al correo electrónico quidiuris@techihuahua.org.mx
- **DATOS Y AFILIACIÓN DE AUTORES.** Toda colaboración deberá ir precedida de una hoja en la que aparezcan además del título del trabajo: una ficha o síntesis curricular del autor, en la que se indiquen preferentemente, el grado académico máximo, la adscripción institucional, su dirección postal y las cinco publicaciones últimas más recientes, dado su caso.
- **RESUMEN DEL DOCUMENTO.** Se solicita además anexar un resumen del artículo en una

extensión aproximada de media cuartilla (de 150 palabras) en que se sinteticen los propósitos y conclusiones principales del trabajo (abstract), así mismo el artículo deberá ir acompañado de palabras claves y de un sumario. Los artículos deberán ser originales e inéditos.

· ORIGINALIDAD. El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de los autores así como garantizar el carácter inédito del artículo y presentar los permisos por escrito del titular o titulares del material que no les es propio. El Comité Editorial de la revista se reserva el derecho de aceptar y publicar excepcionalmente trabajos no inéditos, por lo cual el autor deberá manifestar ese hecho e incluir la referencia bibliográfica correspondiente.

· BIBLIOGRAFIA. Deberá ajustarse, en el orden de sus componentes, a lo señalado en los modelos para las notas a los pies de página.

Las fichas deberán ordenarse alfabéticamente por autor, en caso de que existan varias fichas de obras de un mismo autor, a partir de la segunda deberán sustituirse los apellidos y el nombre por seis guiones cortos (equivalentes a tres rayas).

· PONENCIAS DE EVENTOS ACADÉMICOS. En el caso de ponencias presentadas en eventos académicos, deben especificarse también los siguientes datos: nombre del evento, instituciones patrocinadoras, ciudad y fecha en que se llevó a cabo.

Los autores de los artículos publicados recibirán un mínimo de cinco ejemplares de corteza de la Revista.

Formato

Los trabajos originales deben ser entregados en formato electrónico en el procesador de texto Word. Deben ser escritos en hoja tamaño carta, con márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros e izquierdo y derecho de 3

centímetros, 1.5 de interlínea y letra arial de 12 puntos, con una extensión de entre 15 y 30 cuartillas.

Las notas deberán presentarse a pie de página, escritas con espacio sencillo, en letra arial de diez puntos. Los distintos elementos que las conforman deberán ir separados sólo por coma. Los pies de página deberán ir numerados secuencialmente.

Citas bibliográficas

A continuación se precisan los datos que deben contener las citas bibliográficas, cabe mencionar que la bibliografía será igual, a excepción de la referencia a la página consultada.

Documentos impresos y electrónicos

A. Cuando se refiere a libros

El orden en que deberán aparecer los distintos elementos que integran las notas, si es que los hay todos, es el siguiente:

1. Autor (primero los apellidos y luego el nombre o nombres, separados por coma los primeros de los segundos).
2. Título de la publicación (en letras itálicas, sólo se usará la mayúscula inicial y en los nombres propios).
3. Número de Edición (la primera no debe indicarse).
4. Traductor
5. Lugar de edición (ciudad).
6. Editorial.
7. Año.
8. Colección (si es el caso).
9. Volumen o tomo (si es el caso)
7. Página.

Más de dos autores.- (Se empleará la abreviatura et al. (y otros) después del nombre del primer autor sin que medie coma).

Cuando se refiere una obra parte de una colección.- El nombre de la colección deberá colocarse después del año de edición.

Cuando la obra consta de varios tomos.- El tomo referenciado deberá quedar indicado des-

pués del año de edición (o de la colección si la hay).

Notas:

1) Cuando se cite por segunda o posterior ocasión una obra, deberá utilizarse op. Cit., acompañado del número de nota en donde apareció por primera vez la referencia, siempre y cuando dicha referencia no sea la inmediata anterior;

2) Si tenemos necesidad de referir la misma obra, pero distinta página en la nota posterior inmediata, usaremos *ibid.* y el número de página;

3) Si se trata de la misma obra e incluso la misma página, entonces usaremos el vocablo *idem* (sin más indicación).

B. Cuando se refiere a un capítulo de un libro
La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor del capítulo (primero los apellidos y luego el nombre o nombres, separados por coma los primeros de los segundos).
2. Título del capítulo (en letras itálicas).
3. En: subrayado y seguido de dos puntos, nombre del autor del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo, seguido del título del libro.
4. En su: subrayado y seguido de dos puntos, cuando el autor del capítulo es el mismo autor del libro.
5. Título de la publicación (en letras itálicas, sólo se usará la mayúscula inicial y en los nombres propios).
6. Lugar de edición (ciudad).
7. Editorial.
8. Año.
9. Tomo.
10. Página.

C. Cuando se refiere a libros electrónicos

Fecha de consulta. Debido a que los documentos electrónicos son constantemente actuali-

zados, deberá incluir en la referencia la fecha en que el documento fue revisado, entre corchetes, precedida por la palabra « fecha de consulta », por último, deberá contemplar día, mes y año.

Disponibilidad y acceso. Para los recursos en línea se deberá proveer información que identifique y localice el documento consultado. Esta información deberá estar identificada por las palabras «Disponible en». La información de la ubicación de documentos en línea en una red computacional como Internet, deberá estar referida al documento que fue consultado, incluyendo el método de acceso a él (por ejemplo: ftp, http://..., etc.) así como la dirección en la red para su localización. Dicha dirección deberá transcribirse tal cual, es decir, respetando las mayúsculas y minúsculas y con la misma puntuación.

La cita se construye con los siguientes datos:

1. Autor(es), ya sea institucional o personal.
2. Nombre del documento (en letras itálicas)
3. Tipo de medio [entre corchetes].
4. Edición o versión.
5. Lugar de publicación.
6. Editor.
7. Fecha de publicación.
8. Editor.
9. Fecha de consulta [requerido para documentos en línea; entre corchetes].
10. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).

D. Cuando se refiere a un capítulo de un libro electrónico

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor(es), ya sea institucional o personal.
2. Título del documento (en letras itálicas)
3. Tipo de medio [entre corchetes].
4. Edición.
5. Lugar de publicación.
6. Editor.
7. Fecha de publicación.

8. Fecha de revisión/actualización.
9. Fecha de consulta [requerido para documentos en línea; entre corchetes].
10. Capítulo o designación equivalente de la parte.
11. Título de la parte.
12. Ubicación del material original.
13. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).

E. Cuando se refiere a un diccionario o enciclopedia como un todo.

La cita se construye con los siguientes elementos:

- 1.- Editor (ed.), compilador (comp.), director (dir.)
- 2.- Título (en letras itálicas)
- 3.- Edición (excepto la primera).
- 4.- Lugar de publicación.
- 5.- Editorial.
- 6.- Año.
- 7.- Páginas.

F. Cuando se refiere a una voz de un diccionario o enciclopedia.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Voz.
2. En:
3. Editor (ed.), compilador (comp.), director (dir.).
4. Edición (excepto la primera).
5. Lugar de edición.
6. Editorial.
7. Año.
8. Página específica del término.

Citas hemerográficas

A. Cuando se refiere a revista impresa

Si es que existen todos los elementos, el orden será el siguiente:

1. Autor o autores (primero los apellidos y luego el nombre o nombres separados por coma los primeros de los segundos).
2. Título del artículo (entre comillas, con mayúscula inicial y en nombres propios)

3. Traductor.
4. Título de la revista (en itálicas, en este caso, salvo las preposiciones y artículos, las demás palabras que conforman el nombre propio de la publicación deberán iniciar con mayúscula).
5. Lugar de edición.
6. Serie.
7. Epoca.
8. Año.
9. Volumen.
10. Número (anotar entre paréntesis).
11. Periodo o fecha (indicar mes y año).

B. Cuando se refiere a un artículo de una revista impresa

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor (es) del artículo.
2. Título del artículo (entrecorillado).
3. Título de la revista (en itálicas, en este caso, salvo las preposiciones y artículos, las demás palabras que conforman el nombre propio de la publicación deberán iniciar con mayúscula).
4. Volumen.
5. Número
6. Paginación (precedida de dos puntos).
7. Fecha (indicar mes y año).

C. Cuando se refiere a revistas electrónicas

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Título (letra mayúscula)
2. Tipo de medio [entre corchetes].
3. Edición.
4. Lugar de edición.
5. Editorial.
6. Número.
7. Fecha de publicación.
8. Fecha de consulta (requerida para documentos en línea; entre corchetes).
9. Serie (opcional).
10. Notas (opcional).
11. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).
12. Número internacional normalizado (ISSN).

D. Cuando se refiere a un artículo de una revista electrónica

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor(es) del artículo o contribución, ya sea institución o persona.
2. Título del artículo o contribución (en letras itálicas).
3. Título de la revista o serie electrónica (en letra cursiva o subrayado).
4. Tipo de medio [entre corchetes].
5. Volumen.
6. Número.
7. Día, mes y año.
8. Fecha de consulta [requerida para documentos en línea; entre corchetes].
9. Ubicación dentro del documento original.
10. Disponibilidad y acceso (requerida para documentos en línea).
11. Número internacional normalizado (ISSN).

E. Cuando se refiere a un periódico.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor
2. Título del artículo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título del diario (en letra cursiva o subrayada).
4. Lugar de publicación.
5. Fecha (indicar día, mes y año).
6. Paginación.
7. Columna.

F. Cuando se refiere a un artículo de una sección de periódico

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor.
2. Título del artículo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título del diario (en letra cursiva o

subrayada).

4. Lugar de publicación.
5. Fecha (indicar día, mes y año).
6. Página.
7. Columna.
8. Nombre de la sección del diario entre paréntesis y precedido de En sección:

Citas (Legislación, jurisprudencia y resoluciones)

A. Cuando se refiere a un ordenamiento jurídico.
Cuando es impreso.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Número de la ley y/o denominación oficial si la tiene.
2. Título de la publicación en que aparece oficialmente.
3. Lugar de publicación.
4. Fecha de vigencia (indicar día, mes y año).

Quando es electrónico .

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Número de la ley y/o denominación oficial si la tiene.
2. Título de la publicación en que aparece oficialmente.
3. Lugar de publicación.
4. Fecha de vigencia (indicar día, mes y año).

B. Cuando se refiere a tesis de jurisprudencia o relevantes

Se aplicará el criterio y modelo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹ El orden de los elementos, publicación (Semanao Judicial...), sección o complemento (Apéndice, Boletín...), época (con altas iniciales), tomo (con bajas, abreviado), fecha, página (abreviado, con bajas).

C. Cuando se refiere a una resolución judicial

ACLARACIONES FINALES

- El primer apellido de los autores va siempre con versalitas

- El orden en que se escriben los nombres de los autores corresponde al orden en que aparecen en la portada del libro.

- En el caso de obras anónimas, el primer elemento de referencia será el título.

- Si el lugar de publicación es incierto, podrá asignar el lugar probable entre corchetes.

- Cuando no aparezca el lugar de publicación, deberá colocar la abreviatura «s.l.» entre corchetes.

Ejemplo:

[S.l.]: Fondo de Cultura Económica,
1999 –

- Se citará la editorial, tal como figura en el documento, no es obligatorio incluir las ex-

presiones «Editorial» o «Ediciones».

- Cuando la editorial no aparezca mencionada, se podrá colocar la imprenta, si no presenta ninguno de estos datos se deberá colocar la abreviatura s.n. (sine nomine) entre corchetes.

Ejemplo:

Bueno Aires: [s.n.], 2004.

- Se debe mencionar el número de la edición y no la de reimpresión. La diferencia entre edición y reimpresión radica en que en el primer caso hubo cambios en el libro, que pueden haber sido muy importantes o no, mientras que en la reimpresión, el libro volvió a imprimirse sin ningún cambio o modificación.

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
Cfr.	Confróntese, confrontar
Comp.:	Compilador. Persona que reúne en una sola obra partes o textos de otros libros.
Coord.	Coordinador
et al.	Abreviatura del término latino <i>et allis</i> que quiere decir y otros. Se utiliza para señalar que hay más de tres autores en la creación de la obra.
ed. eds.	Editorial, editoriales.
ibid.	Abreviatura del término latino "ibidem" que significa en el mismo lugar, lo mismo. Se utiliza para evitar la repetición de la cita anterior. Cuando la referencia es exactamente la misma a la que precede, se usará solamente la abreviatura <i>Ibid.</i> En cambio, si el número de páginas es diferente, se utilizará <i>Ibid.</i> y a continuación el número de páginas.
Idem	Se utiliza para evitar la repetición de la cita anterior, si se trata de una referencia a la misma obra e incluso la misma página.
in fine	Al final
loc. cit.	Abreviatura del término latino <i>locus citatum</i> , que significa lugar citado. Se utiliza para evitar la repetición de la cita de un trabajo ya mencionado, con referencias intermedias y cuando corresponde a las mismas páginas.
op. cit.	Abreviatura del término latino " <i>opus citatum</i> ", que significa obra citada. Se utiliza cuando se desea volver a referirse a una cita ya mencionada, pero no consecutiva y cuando corresponda a diferentes páginas del trabajo. Se debe repetir el apellido del autor y poner a continuación: <i>Op. Cit.</i> , y el número de páginas.
Passim	En varias partes.
s. a.	Sin año de publicación.
s. e.	Sin editorial.
s. f.	Sin fecha de edición.
s.l.	Abreviatura del término latino <i>sine locus</i> . Quiere decir que se desconoce la ciudad o el lugar de la edición, ya que no se consignó dentro de la obra.
s.n.:	Abreviatura del término latino <i>sine nomine</i> . Quiere decir que se desconoce el nombre de la editorial, editor o distribuidor de la obra.
ss.	Siguientes.
Trad.	Traductor.
t. ts.	Tomo, tomos
Vid.	Ver
Vol. o V. Vols. o Vv.	Vol. Volumen dado de una obra en varios volúmenes Vols. Volúmenes. Se refiere al número de volúmenes que consta la obra.

QUIDIURIS

Año 9 Volumen 27

Publicación trimestral
del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua

Se imprimió la última semana del mes
de noviembre de 2014 en la ciudad
de Chihuahua, México

Producción Editorial integral;
Aarón Carrasco/Artigraf

Se terminó de imprimir en
Impresos Fuentes
Tel. (614) 415-27-55
Chihuahua, Chih. México

e-mail: colofox66@gmail.com

Impreso y hecho en México

Quid Iuris

Año 9 Volumen 27 diciembre 2014 - febrero 2015

Contenido

Presentación

Artículos inéditos:

La violación al principio de imparcialidad judicial derivada de sustentar una sentencia condenatoria en pruebas que no fueron parte de la acusación ministerial

José Ramón Cossío Díaz

El juez electoral en el Sistema Democrático en México

Manuel González Oropeza

La justicia administrativa en Chihuahua

Jorge Higinio Mazpúlez Pérez

Ética judicial y su aplicación diaria

Mariano Azuela Güitrón

El principio de proporcionalidad en tres piezas

Mónica Aralí Soto Fregoso

La vicepresidencia de la República en la historia constitucional de Colombia

Hernán Alejandro Olano García

Los derechos políticos emanados del Constituyente de 1857 (Artículo arbitrado)

Carlos Manuel Rosales

Erik Estrada Herrera

Medios de comunicación en materia electoral

Socorro Roxana García Moreno

Recomendaciones editoriales:

Una ausencia en la Historia Mexicana del Derecho. Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos

Introducción al estudio del Derecho

Globalización, Derecho Supranacional e Integración Americana

Lineamientos editoriales



Tribunal Estatal Electoral
de Chihuahua