QUID IURIS

TRIBUNAL ESTATAL ELECTORAL DE CHIHUAHUA

38

Segunda época
Volumen 2
oct. dic. 2017

José Luis Caballero Ochoa
La interpretación conforme, una charla con Yuri Zapata

Ludolfo Paramio
Partidos y Ciudadanía en el Siglo XXI

Sentimientos, decisiones y sentencias
La doble nacionalidad en México y el derecho a integrar autoridades electorales

DIRECTORIO

QUID IURIS
Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua

Víctor Yuri Zapata Leos
Magistrado Presidente

José Ramírez Salcedo
Director

Christian Yaneth Zamarripa Gómez
Audén Acosta Royval
Nancy Lizeth Flores Bernés
Asesores editoriales

Jacques Adrián Jácquez Flores
Julio César Merino Enríquez
José Ramírez Salcedo
César Lorenzo Wong Meraz
Víctor Yuri Zapata Leos
Consejo Editorial

SEGUNDA ÉPOCA / VOLÚMEN 2 / NUM. 38 / OCTUBRE-DICIEMBRE 2017

Edición y diseño: Oscar Palomares
Impresión: Talleres Gráficos del Gobierno del Estado de Chihuahua

Publicación trimestral del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua
C. 33 #1510, Col. Santo Niño, C.P. 31200
Chihuahua, Chih., México

Teléfono:
614 413 2903 y 614 413 0691
Fax:
614 413 6450

Correo electrónico:
quidiuris@techihuahua.org.mx
www.techihuahua.org.mx/editorial/quid-iuris/

Twitter:
@quid_iuris

La responsabilidad de los artículos publicados en QUID IURIS recae, de manera exclusiva, en sus autores, y su contenido no refleja necesariamente el criterio de la institución; no se devolverán originales no solicitados ni se entablará correspondencia al respecto.

ISSN No.: 1870-5707. Trámite Dirección de Reservas de Derechos de Autor número RD-01-02.

QUID IURIS

TRIBUNAL ESTATAL ELECTORAL DE CHIHUAHUA

38

Justicia
Sufragio
Justicia

Contenido

5 **PRESENTACIÓN**

9 **ARTÍCULOS**

10 Breve reflexión sobre la elección consecutiva
Jorge Sánchez-Cordero Grossman

16 Aspectos neurálgicos de la figura de candidatos independientes antes y después de la reforma
Alejandro de Jesús Scherman Leaño

34 Delirio hermenéutico. Ilusionistas del derecho: entre positivistas y postpositivistas
Camilo Andrés Blanco López

84 **VISITANTES**

86 Partidos y ciudadanía en el siglo XXI
Ludolfo Paramio Rodrigo

102 **MEMORIAS**

104 Laicidad: iniciativa, dictamen y decreto

124 **CHARLA**

126 Entrevista con José Luis Caballero Ochoa

132 **SANTO Y SEÑA**

134 La democracia como problema

136 Lecturas de la Constitución

140 **A GOLPES DE MALLETE**

142 Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano / JDC-17/2017

174 ¿Un ciudadano con doble nacionalidad puede integrar una mesa directiva de casilla? / SUP-JDC-894/2017

176 **LINEAMIENTOS QI**

186 **COLABORADORES**

Presentación

Alcanzamos el número 38 de *Quid Iuris*. Con él cerramos el año y comenzamos los procesos electorales federal (octubre) y local en Chihuahua (diciembre) 2017-2018, cuya jornada electoral tendrá verificativo el próximo domingo 02 de julio con la celebración de elecciones concurrentes en treinta de las treinta y dos entidades federativas de México.

Al filo de ésta inédita prueba para la democracia electoral mexicana, sus ciudadanos, partidos, candidatos, autoridades electorales administrativas y jurisdiccionales, diseñamos éste número con el afán de realizar una pequeña, pero totalmente bienintencionada, aportación al debate; las inquietudes y la voluntad de convertir, pacífica y racionalmente, el derecho al voto en sufragio efectivo y a éste último en decisión y definición del rumbo de la República en horizontes locales legislativos y gubernamentales de tres y seis años.

Es así que ofrecemos las valiosas aportaciones de Alejandro Scherman Leaño y Jorge Emilio Sánchez-Cordero Grossman para identificar algunos aspectos neurálgicos ligados a la figura de las candidaturas independientes antes y después de la reforma político electoral y legal 2013-2014 y para formular una breve pero muy relevante reflexión en torno a la entrada en vigor, después de más de ocho décadas de la reelección consecutiva en México, respectivamente. En tanto Scherman nos ofrece una revisión exhaustiva y ampliamente documentada del tema en el ámbito formal, Sánchez-Cordero aventura la necesaria ponderación de la tensión que reelección y candidaturas independientes introducen al sistema de

partidos en el país y, de especial manera, a su tradicional disciplina interna y rezagos con la democracia interna.

Camilo Blanco nos propone su refrescante visión en torno a las tensiones originadas en el sistema jurídico colombiano por la coexistencia de reglas interpretativas derivadas de los paradigmas positivistas y post positivistas, su meritorio texto lleva por título *Delirio Hermenéutico, ilusionistas del derecho: entre positivistas post positivistas*. Este trabajo no podría comenzar sino con un magnífico epígrafe tomado de *Cien años de Soledad* donde el oriundo de Aracataca se mofa, con tanto ingenio como desacuerdo, del sistema de justicia latinoamericano.

Evocar el realismo maravilloso me conduce a mencionar el *formalismo mágico* al que se refiere José Luis Caballero, para ilustrar una costumbre con cierto arraigo entre los juzgadores mexicanos, que ha venido a constituirse en una suerte de dique a la comprensión y correcta utilización de la *interpretación conforme* en México. Es justamente la *interpretación conforme* el hilo conductor de la charla registrada en esta edición entre Yuri Zapata Leos y José Luis Caballero.

El gran politólogo español Ludolfo Paramio es nuestro distinguido visitante en esta edición, su análisis en torno a *Partidos y Ciudadanía en el Siglo XXI* se inscribe en la generalizada preocupación -académica, política y social- en torno a la erosión de la credibilidad de los partidos políticos y un generalizado desencanto, y hasta *desafección,* por la democracia en el mundo de nuestros días. No obstante, lejos de instalarse en lamentaciones, ensaya algunas propuestas útiles para revitalizar a los partidos e incentivar la participación ciudadana.

Nuestras *memorias* recogen en esta edición la relevante sentencia del Tribunal Constitucional Español a propósito del recurso de *inconstitucionalidad 4334-2017* en torno a las pretensiones independentistas catalanas, así como las iniciativa, dictamen y decreto que fuera presentada y elaborados, respectivamente, ante y por el Congreso del Estado de Chihuahua a fin de reformar la Constitución Local de incorporar en su texto la laicidad del Estado. Ambos documentos dan cuenta de la intensa actividad política global y de las tensiones entre las visiones conservadora y liberal del mundo que, con avances y retrocesos, marca el ritmo de nuestra civilización.

Las obras de las que nos ocupamos en *santo y seña* de esta entrega son el magnífico *ensayo largo o libro corto,* como su propio autor, José Woldenberg lo ha calificado: *La democracia como problema,* y la colección de *Lecturas de la Constitución* publicado por el Fondo de Cultura Económica a propósito del Centenario de nuestra Carta Magna de 1917.

A golpes de mállete supera, excepcionalmente, el formato de la síntesis e incluye las consideramos importantes sentencias de la Sala Superior del TEPJF y del Tribunal Electoral de Chihuahua relacionadas con el acceso de mexicanos con doble nacionalidad al desempeño de funciones administrativas electorales hasta hoy reservadas por la ley a ciudadanos que no tengan otra nacionalidad distinta. Tanto la Sala Superior, como el Pleno de nuestro tribunal, optan por un esquema garantista y progresivo con el que, estoy obligado a dejar cuenta, de que no coincido del todo en este punto específico; pero lo acepto como producto de una tendencia mayoritaria expresada al interior de los órganos jurisdiccionales en materia electoral de México.

Por cierto, durante el mes de noviembre de este año, llevamos a buen término la realización del concurso para integrar, en coordinación con la Sala Superior del TEPJF, el Tribunal Electoral Infantil Chihuahua al que venturosamente han sido talentosas niñas y niños entre quienes destacan indígenas rarámuris y menores con discapacidad. Cultivamos pues equidad, paridad e inclusión, en suma, legalidad desde la primera edad.

José Ramírez Salcedo.

QUID IURIS

Artículos

Breve reflexión sobre la elección consecutiva.[1]

Jorge Emilio Sánchez Cordero Grossmann.

Resumen: La elección consecutiva de representantes populares, en los próximos años será uno de los temas mas trascendentes y de mayor discusión en las instituciones electorales y en consecuencia en la democracia de nuestro país. En este artículo se realiza un análisis general histórico de la figura de la reelección legislativa y los requisitos para su aplicación, así mismo, se plantean posibles problemáticas y acciones que se pudiesen generar en su reglamentación y aplicación.

Palabras clave: Reelección, partidos políticos, legislador.

Abstract: The consecutive election of popular representatives, in the coming years will be one of the most important issues and of greater discussion in the electoral institutions and consequently in the democracy of our country. In this article a general historical analysis of the figure of the legislative reelection and the requirements for its application is made, likewise, possible problems and actions that could be generated in its regulation and application are raised.

Key words: Reelection, political parties, legislator.

Estoy convencido de que la elección consecutiva de representantes populares, la reelección legislativa, como la llamamos cotidianamente, será, en estos próximos años, uno de los temas más discutidos y más trascendentes en la definición de nuestras instituciones electorales y, en consecuencia, de nuestra democracia.

Mi planteamiento es que la reelección legislativa genera tensión teórica entre dos conceptos torales para nuestra democracia: por un lado, fortalece la representatividad y, por el otro, puede debilitar la disciplina partidaria. En mi concepción es el núcleo de la problemática del ejercicio de la figura de la reelección. Y esta fricción volverá cuanto más importantes los propios equilibrios que la jurisdicción electoral vaya decantando. Insisto entonces en la trascendencia de que estos debates se lleven a cabo precisamente a la luz de la justicia electoral.

Tomemos como punto de partida que la democracia es un juego político que funciona con base en un conjunto de reglas

1 Extraído de la conferencia "Elección consecutiva", impartida el 21 de abril de 2017 en la sede del Tribunal de Justicia Electoral del Estado de Zacatecas.

claras, abiertas y conocidas; que esas reglas son fijadas por el legislador, aplicadas por el INE y que, excepcionalmente, serán interpretadas por los órganos jurisdiccionales especializados en materia electoral.

En el desarrollo de la figura de la reelección tendrá un papel la legislación secundaria y su aplicación, pero será en la justicia electoral, en donde se habrá de establecer el alcance de la interpretación y la definición del sentido de las normas.

Los tribunales electorales desempeñan, entonces, un papel decisivo en la estabilidad política y en la seguridad jurídica del país. En esta interpretación de la ley, el ideal democrático que la anima, va madurando y consolidándose.

Podemos concluir, pues, que a los tribunales les toca ser, al mismo tiempo, garantes del espíritu de la ley y vigilantes de la adaptación a su contexto.

Esta responsabilidad nos obliga a muchas cosas.

Los tribunales electorales se vuelven los órganos en donde las decisiones deben sopesar, uno, las lecciones del pasado; dos, el contexto en que se desarrollan nuestras instituciones; tres, la lógica de la transformación normativa que ha derivado en cambios políticos trascendentes; y, final y fundamentalmente, una teoría constitucional que guíe y restrinja su actuación.

Entonces, si desmenuzamos la reelección legislativa con esta guía, es claro que no tendremos determinaciones unívocas, o no haría falta nuestra interpretación, pero sí tendremos la posibilidad de hacer posible la expresión de su contenido para traducirla en una realidad con eficacia operativa.

El reto será hacerla compatible con los datos y condicionamientos de nuestra legislación electoral y el entorno político que la ha ido forjando. Y para ello debemos analizar la historia de la figura de la reelección y, también, de la disciplina partidista como un valor que ha sido privilegiado por nuestra legislación electoral.

Como sabemos, la elección consecutiva de legisladores no estuvo prohibida constitucionalmente en México hasta 1933, cuando, según el análisis de los expertos, se promueve la no reelección para centralizar el poder político en las dirigencias políticas del partido que se volvería hegemónico.

Después de esto, la primera vez que la figura se debatió en el Pleno de la Cámara de Diputados fue en 1964, por iniciativa de Vicente Lombardo Toledano. Fue aprobada y frenada por la colegisladora, y sería apenas medio siglo después que, después de varios intentos, por fin se aprobaría la figura, con ciertas limitantes.

En las décadas que duró el debate, se contrapusieron principalmente dos opiniones. Por un lado, quienes favorecían la reelección inmediata argumentaban que, en la medida en que los legisladores pudieran hacer carrera legislativa, irían profesionalizándose. Tendríamos políticos profesionales que harían la labor legislativa más eficaz. Y, al mismo tiempo, si el siguiente puesto del legislador dependía del voto ciudadano y no de la cúpula del partido, los votos serían razonados en función de las exigencias del electorado y no de los arreglos de los partidos. Es decir, el argumento a favor de la reelección apuntaba a la calidad de la representación.

Esto también es cierto para las autoridades municipales. En ese caso el argumento a favor de la reelección apuntaba hacia la posibilidad de planear y ejecutar proyectos de más largo aliento y, con ello, de mayor impacto en la vida de los gobernados.

Por otro lado, quienes se negaban a su aprobación argumentaban que la profesionalización legislativa realmente significaría el anquilosamiento de la clase política, impidiendo la rotación e incorporación de nuevos cuadros y, al mismo tiempo, que la dependencia del voto popular debilitaría la disciplina partidista. Es decir, el argumento en contra de la reelección denotaba una preocupación por la estructura institucional de la representación.

Por cincuenta años estas visiones se debatieron una y mil veces, hasta que la reforma de 2014 encontró un punto medio que pudo transitar políticamente. Permitió la elección consecutiva de representantes populares hasta por 12 años, pero, impuso condicionantes orientadas a mantener la disciplina partidista. A saber, que "la postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que los hubieren postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato" (Art. 59 constitucional).

Es decir, por lo menos en la primera mitad de su mandato, es mejor que el representante popular vote como su partido indique. No se puede diferenciar, si es que quiere mantenerse en "la jugada". Con esto no sólo se busca disciplina partidista en el sentido de los votos, sino también evitar que el mismo legislador tenga poder de chantaje sobre el partido político. Esto podría ser, por ejemplo, el caso con un legislador popular que quisiera usar su capital político para negociar su candidatura con la dirigencia de su partido.

Por décadas enteras México fue una excepción. A la excepcionalidad de ser un régimen de partido hegemónico, se sumaba la de prohibir la elección consecutiva de legisladores. Poco a poco fuimos abandonando ambas excepciones.

El partido hegemónico fue dando paso a la pluralidad. Previamente, la diversidad sólo encontraba refugio en la rotación interna de grupos. El Presidente iba designando a su sucesor. Los grupos políticos iban renovándose bajo las mismas siglas, que podían albergar lo mismo los ideales revolucionarios que el liberalismo económico. En este sistema presidencial, de poder vertical, de rotación interna y de sucesión pacífica del poder, la disciplina partidista fue una condición sine qua non.

Conforme se fue abriendo el espacio a la pluralidad, la disciplina se mantuvo como instrumento de negociación. ¿Qué valor tenía la oposición en una negociación, si no garantizaba el sentido del voto de sus bancadas?

Y tal vez ésa es la siguiente reflexión que hay que tener. ¿Cómo entendemos la disciplina partidaria? ¿Como la disciplina de todos los legisladores de un partido de votar en el mismo sentido? ¿Como el apego del sentido del voto a alguna plataforma electoral o valores de partido? ¿Como la disposición a seguir directrices de la dirigencia del partido?, ¿del Presidente de la República?, ¿del líder de la bancada?

¿Pudiera ser que la reelección legislativa modificara esta disciplina de tal forma que incluso obligue a las dirigencias partidistas a mayor consistencia en sus posicionamientos? ¿A mayor representatividad de los intereses ciudadanos? ¿A mayores niveles de democracia interna?

El razonamiento no sigue una evolución directa y no es, por supuesto, un debate resuelto.

Pero lo que sí tendremos que contemplar es el impacto de la reelección en la calidad y estructura de la representación. Y, en ese análisis, las opiniones judiciales tendrán el enorme reto y responsabilidad de acotar o impulsar los alcances de la figura.

No podemos soslayar el hecho de que México es uno de los países más insatisfechos con su democracia. Es más, según el último levantamiento de Latinobarómetro[2], es el país menos satisfecho con la democracia y la satisfacción ha caído consistentemente cada año desde el 2006.

La reelección de autoridades electas devuelve poder a la ciudadanía. Le da la opción de reelegir o castigar a su representante directamente y, con ello, le da el derecho de exigir cuentas sobre su comportamiento.

Existe un reclamo por una democracia más representativa, pero también más útil. El desprestigio de la clase política ha llegado a niveles críticos y, en ese contexto, comenzará a operar una figura que se vendió como antídoto a esta disociación entre clase política y electorado. ¿Será suficientemente efectiva para dar un otro aliento a nuestro sistema electoral y político?

Los partidos políticos que han ido ocupando el espectro político nacional, han servido de agregadores funcionales de los intereses, pasiones, ambiciones e ideologías que conviven en el país. Los partidos políticos, en la teoría por lo menos, son esos referentes que sirven de atajos informativos, que disminuyen los costos del electorado de obtener información porque ostentan valores agregados en torno a los temas más relevantes.

La aprobación de las candidaturas independientes, que se da incluso antes de la reelección, en 2011, abre la puerta a alternativas en la representación. Y, si bien es cierto que las condiciones para las candidaturas independientes son costosas, hoy ya tenemos, en todos los órdenes, menos el Ejecutivo Federal, representantes emanados de candidaturas independientes.

Si a ello sumamos la reforma en materia de reelección, es fácil anticipar que el sistema de partidos tendrá distintas definiciones por delante para evitar que sucumbamos al régimen de la personalidad.

La concreción histórica de la no reelección fue la respuesta que el ordenamiento jurídico mexicano ofreció ante la dialéctica que surge entre el derecho de votar y ser votado y los condicionamientos históricos de nuestra sociedad. De ahí la importancia del surgimiento y análisis de la figura en razón de su contribución a la vida democrática.

En este contexto será fundamental discriminar entre voluntades relevantes, es decir, aquellas que expresen un interés legítimo contra las que se justifiquen en el capricho o en la ambición personal.

El objetivo permanente debe ser la exigencia de que la actividad política se desenvuelva institucionalmente frente al peligro de retroceder al oportunismo, al caudillismo y otros factores incompatibles con el régimen democrático y contraproducentes a su eficacia.

De este objetivo se desprende mi interés por concentrarme, de todas las lecturas posibles, en la fricción que yo percibo entre nuevas modalidades de participación política y los partidos políticos como las instituciones tradicionales que han vinculado sociedad y clase política.

Esta interacción se irá definiendo en los próximos años y, creo, será determinante para el funcionamiento de nuestra democracia.

Breve reflexión sobre la elección consecutiva.

2 "El declive de la democracia – Latinobarómetro 2016" consultable en http://www.latinobarometro.org

Aspectos neurálgicos de la figura de candidatos independientes antes y después de la reforma.

Alejandro de Jesús Scherman Leaño

Resumen: El presente ensayo nos da cuenta del antes y después de la reforma política 2012-2014, de cómo se integraron las candidaturas independientes.

Plantea el debate a partir de la visión del ejercicio pleno de los derechos humanos de y para todos los ciudadanos y como ello se convierte en la de base la pirámide donde se construyeron los argumentos vertidos.

Deja en claro que los candidatos independientes llegaron para quedarse, y que solo el regreso a indeseables prácticas anti-democráticas podrá eventualmente revertir su inclusión.

Palabras clave: Candidatos Independientes, equidad, derechos humanos, partidos políticos.

Abstract: The present essay gives us an account of the before and after the political reform 2012-2014, of how independent candidacies were integrated.

It raises the debate from the vision of the full exercise of human rights for all citizens and how it becomes the base of the pyramid where the arguments were built.

It makes clear that independent candidates are here to stay and that only a return to undesirable anti-democratic practices will eventually reverse their inclusion.

Key words:

Independent candidates, equity, human rights, political parties.

El Derecho Electoral en México, vivió periodos de letargo e inamovilidad en concordancia con los periodos de estabilidad política, conforme la sociedad evolucionó hacía una democracia representativa y directa, la transformación normativa se intensificó; así, la opinión pública y el sentir general siempre ha sido en mayor o menor medida un agente activo de cambio en México, lo que se traduce al final en

nueva legislación electoral o cambios en la misma.

Como ejemplo de lo anterior, cabe recordar la pasividad que envolvió la elección presidencial de 1976, donde el partido hegemónico compitió en una elección con su candidato presidencial, sin oposición y prácticamente como candidato único; tan grave era el monopolio de dicho partido y la falta de oposición política formal y legal, que no existía la vía normativa para liberar las presiones sociales que sin duda existían y ya se habían manifestado en 1968-1970 con el movimiento estudiantil y sus trágicas repercusiones. Así las cosas, la reforma electoral de 1977, vienen a ser un adelanto de las subsecuentes, que reflejarían las demandas políticas y sociales que hasta la fecha se presentan cíclicamente.

En esa misma lógica, la elección federal de 1988 y su crisis en los resultados finales, provocó de manera directa la reforma electoral federal de 1991, donde se crea el Instituto Federal Electoral y se modificó el marco constitucional electoral federal en primera instancia, eso incluye por supuesto el Tribunal Electoral y su propia evolución como instancia de Justicia Electoral.

La pretensión es resaltar que las reformas electorales no son de generación espontánea o por un acto de generosidad del régimen en turno, sino que responden a necesidades o manifestaciones concretas de los actores sociales y políticos; lo cual de alguna u otra manera, dichas manifestaciones se traducen en la opinión de estudiosos o profesionales que atienden el tema electoral y que son el espejo de la opinión de los demás; así las cosas, para el tema de los candidatos independientes, se han seleccionado los aspectos teóricos que antes y después de la reforma de 2012-2014, fueron expresados en diversos trabajos y tesis de especialistas, con la pretensión de dar un panorama más completo de cómo se desarrolló en la actualidad la exigencia de los candidatos independientes en México.

Hay que señalar que los partidos políticos y en consecuencia sus candidatos son los opuestos de los candidatos independientes en la lucha electoral, e incluso en su concepción teórica, pero que al final, compiten en el mismo proceso de representación y ejercicio del poder público.

A saber, Uchida García, Eduardo, señala que: "los estudiosos tienden a tratar a los partidos como actores estratégicamente unitarios, considerando útil esta postura, siempre y cuando se comparen diferentes partidos y los beneficios de las estrategias disponibles para ellos, respectivamente, por lo tanto, la naturaleza del actor se mantiene constante, es decir es un actor más con diferentes estrategias las cuales son las que se comparan, no se comparan propiamente la naturaleza de los actores. Los problemas surgen cuando se comparan los partidos políticos como órganos colegiados con los Independientes como individuos".

En la tesis de grado de Uchida García, Eduardo, el autor señala también: "Uno de los estudios más completos con el que nos topamos es el hecho por Brancati, él establece que aun cuando la figura de las candidaturas independientes estén permitidas en un sistema electoral, el mismo sistema tiene instituciones que hacen complejo que un candidato independiente compita en condiciones equitativas con los candidatos de los partidos políticos. De este modo, analiza los efectos de tres características fundamentales de los sistemas electorales: Los requisitos de votación, es decir, los umbrales electorales, los procedimientos de asignación de escaños y la edad del sistema electoral. Estos elementos definen las oportunidades que tienen los candidatos independientes para competir por un puesto en el gobierno".

La cita, lleva implícita la naturaleza de ambas figuras y por ende su clara diferenciación, y tal como se señala, no es dable hacer una comparación entre las figuras de Partido Político y de Candidato Independiente; por sus evidentes diferencias, se agregaría, que el problema también se da, cuando en la norma se trata igual a los desiguales y salvo el Libro Séptimo de la LGIPE,[1] todo el marco normativo electoral actual es aplicable por igual a los partidos políticos y a los candidatos independientes.

Por lo anterior, se plasman a continuación las opiniones de los teóricos sobre la justificación, figura y en su caso normatividad deseable o no, de los candidatos in-

1 Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

dependientes, para lo cual se atienden a dos etapas cronológicas: Antes y después de la Reforma Electoral del 2012-2014.

Antes de la Reforma Electoral del 2012-2014

Adicionalmente al tema del binomio partidos-candidatos independientes una parte de la literatura se centra en el debate jurídico que implica la introducción de las candidaturas independientes en un sistema electoral, considerando lo siguiente: "una candidatura independiente representa un medio a través del cual se consagra el derecho político al voto pasivo, es decir, la posibilidad de poder ser electo para ocupar un cargo de elección popular, entendiendo que derecho político es la parte del derecho que se manifiesta como un sistema de valores, principios, doctrina jurídica, legislación, jurisprudencia y resoluciones jurisdiccionales que regulan y armonizan las relaciones entre gobernantes y gobernados y su entorno natural con el fin de realizar la justicia y la seguridad jurídica", citando a (González, Alegría, 2008). "De este modo se sostiene que las candidaturas independientes[2] son parte de los derechos políticos, los cuales se encuentran asociados a los Estados republicanos, democráticos y representativos, los cuales son parte de los Derechos Humanos que son parte del derecho internacional, teniendo como principal referencia la declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que aunque no es técnicamente tratado, si forma parte de las normas ius cogens internacionales, siendo considerados los derechos civiles y políticos dentro de diversos instrumentos internacionales, de los cuales México es parte, es necesario se introduzca una forma de tutelar este tipo de derechos y así legislar para que los ciudadanos no vean menoscabados este tipo de derechos".

La parte toral del estudio que cito, hace énfasis en que el derecho pasivo de voto se ejerce a través de la posibilidad de ser votado, lo cual implica necesariamente alejarse del filtro y control de los partidos políticos en la nominación de los candidatos; se afirma entonces, que ese derecho se encuentra en el catálogo de los Derechos Humanos y son parte de la legislación internacional de la materia, en consecuencia las candidaturas independientes son la necesaria cristalización y vía para ejercerlo, complementando el actuar de los partidos políticos; adicionalmente, Uchida, Eduardo, enmarca todo lo anterior, en la necesidad de legislar y así evitar cualquier menoscabo para los ciudadanos".

Hernández Olmos, M. en su texto, "La importancia de las candidaturas independientes", se debe de partir de la siguiente idea: "todas las personas somos sujetos de derecho, luego entonces, los ciudadanos debemos reconocer los derechos de los demás para regular la convivencia de todos, en virtud de ello, los derechos fundamentales, es decir, las facultades inherentes a la naturaleza de las personas, implican la igualdad ante la ley (Estado de Derecho) y la libertad (garantías individuales)."

En esos términos, se comparte la opinión de Hernández Olmos, los derechos humanos y valores fundamentales, no deben ser motivo de razonamientos puramente teóricos, sino que sus preceptos y conceptos, deben conducir la construcción de la norma y no ser objeto de limitación por la ley o la ausencia de contenido constitucional, en el caso de los Candidatos Independientes, es obvio que la construcción de ésta marco constitucional y legal, es uno de los puntos de exigencia anteriores a la reforma.

Por otra parte[3], define a las candidaturas comunes como: "…las candidaturas independientes (consideradas aquí como aquellas postulaciones a cargos públicos, en las que los partidos políticos no toman parte de ninguna naturaleza, y con ellas los ciudadanos ejercen sus derechos políticos), encuentran su fundamento en el modelo representativo, debido a que son la vía para acceder a la representación y, por lo tanto, forman la base de la democracia representativa; y en los derechos políticos, porque éstos logran que el ciudadano, a través de la participación, pueda tener acceso al ejercicio de las funciones públicas y ambos sean elementos indispensables para dotar de mayor calidad a la democracia, al ampliar el espectro de derechos—incluyendo los políticos—, lo que propicia mayor igualdad y libertades políticas".

El argumento para solicitar la inclusión en la ley de los candidatos independientes, estriba por ende, en el hecho de que al ser México una democracia representativa como lo establece el artículo 40 de nuestra Carta Magna, debe contemplarse el reconocimiento de todos los derechos que comprende dicha representación.

Hernández Olmos, resalta tres etapas de nuestra legislación electoral que se relacionan a la existencia o no de los candidatos independientes, a saber: *"**Primer periodo:** de los ciudadanos candidatos (1824-1911)*. Este periodo comprende los primeros años posteriores a la Independencia de México hasta la promulgación de la Ley Electoral de 1911". En este periodo, los candidatos eran propuestos en simultáneo con la elección, no obstante, no existían las campañas electorales y tampoco los procesos de selección de candidatos, por ende, en la práctica existían los candidatos ciudadanos o independientes, pero no se reglamentaron como tales en la norma; es hasta que en: "las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843 (BOPRM), implementaron diversas formas de elección, las Asambleas Departamentales elegían senadores dependiendo del número que les correspondiera, podían nombrar entre agricultores, mineros, comerciantes y fabricantes, otra parte de senadores los elegían

2 Uchida García, Eduardo Op. cit, p. 33.

3 Hernández Olmos op.cit.p.14

entre ex funcionarios gubernamentales, ex presidentes, senadores o diputados; el presidente elegía a los gobernadores de entre los candidatos que propusieran las Asambleas Departamentales".

*"**Segundo periodo:** el reconocimiento institucional de las candidaturas independientes (1911-1946).* En este periodo se concedió el reconocimiento a los candidatos ciudadanos, de manera que a lo largo de los 30 años que duró el periodo se establecieron disposiciones mínimas para su funcionamiento. El 19 de diciembre de 1911 se publicó la nueva Ley Electoral, que sustituyó a la legislación de 1901, aunque persistía la elección indirecta en primer grado es la primera legislación que reconoció a los candidatos sin partido y antepuso la igualdad de derechos, tanto para los candidatos partidistas como para los candidatos sin partido".

*"**Tercer periodo:** el rechazo a las candidaturas independientes (1946 a la fecha)* La Ley Electoral de 1946 puso fin al registro de candidaturas independientes, al considerar que sólo a través de los partidos políticos era posible registrar candidatos, lo que evidentemente impidió la participación de candidatos independientes".[4]

De acuerdo a lo señalado aquí,[5] y tal como se ha descrito con mayor profundidad en los antecedentes de la inclusión de la figura de los candidatos independientes en México, no se trata de una figura nueva, pero si el diseño de su inclusión normativa; en su momento y antes de las reformas de 2012-2014, dicho autor, señala seis temas principales que se debían atender para hacer posible en nuestro derecho electoral la figura de los candidatos independientes; los resalto en la presente tesis por su relevancia y coincidencia con su construcción jurídica:

1.- "INCLUSIÓN DE LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES EN LA CONSTITUCIÓN: Con ello no sólo se define el tipo de candidatura, también le proporciona al ciudadano amplitud de sus derechos".

2.- "TIPO DE CANDIDATURAS: Se pueden observar dos: a). Ciudadanos sin registros o afiliaciones partidistas que postulan candidaturas sin apoyos de grupos afiliados a partidos o grupos políticos; y b). Ciudadanos sin registro o afiliación partidista que son postulados por grupos políticos o movimientos políticos".

3.- "REQUISITOS: En relación con las condiciones de registro, son variables de acuerdo con el tipo de elección al que se presentarán, sin embargo, algunos como el mínimo de edad, la categoría de ciudadanía y un mínimo de firmas, son compartidos por las legislaciones: Chile señala que los ciudadanos sólo pueden otorgar su apoyo a una candidatura, los porcentajes de firmas son para candidatos a senador y diputados, 0.5% de la votación emitida… Honduras, por su parte, requiere 2% de firmas, equivalentes a los votos válidos de las últimas elecciones general, nacional, departamental o municipal… La Ley Orgánica de Procesos Electorales de Venezuela fija 5% de firmas del Registro Electoral".

4.- "TIPO DE ELECCIÓN: En algunos países sólo se permiten las candidaturas ciudadanas en ciertos cargos de elección popular,… por su parte la legislación electoral venezolana considera la postulación sólo para cargos nominales, es decir, lo que en México conocemos como cargos uninominales o de mayoría relativa".

5.- "PRERROGATIVAS ESTATALES: Es común que los gobiernos otorguen a sus partidos políticos algunas exenciones y subvenciones, no obstante, algunos países que facultan candidaturas independientes en sus sistemas políticos, pueden establecerlo de manera equitativa con las candidaturas ciudadanas. En las legislaciones que se revisan se ha podido encontrar que, de manera general, los gobiernos proporcionan financiamiento, en algunos casos para campañas electorales o para gastos de publicidad."

6. "FISCALIZACIÓN DE RECURSOS: La rendición de cuentas de los recursos públicos es una actividad que se encuentra presente en las legislaciones revisadas, debido a la utilización de recursos públicos y al origen del financiamiento privado introducir las candidaturas independientes al marco normativo de México, ampliaría los derechos políticos, los espacios de participación y la expresión de la voluntad de los ciudadanos. Y en este marco ampliaría el principio de inclusión, es decir, de igualdad y bajo estos principios, todos los derechos que se extiendan estarán encaminados a proporcionar mayor igualdad y libertad". Concluye Hernández Olmos.

El primer tema lleva la lógica de la construcción normativa y fue debidamente debatido en las cámaras; solo hasta que se reformó la Constitución, se construyó el marco legal de dichas candidaturas, la inclusión en la Constitución hizo necesario en principio dos reformas constitucionales en 2012, que ya se describieron en los antecedentes, siendo la primera la del artículo 35 constitucional, la segunda modificó los artículos 116 y 122 de nuestra Carta Magna. Lo que dio paso a la construcción de las leyes reglamentarias.

El análisis que deriva de lo anterior, radica en que para los tipos de Candidaturas, las legisladores mexicanos discutieron básicamente los aspectos relativos la afiliación partidista previa, lo que se ha denominado "candidatos tránsfugas", en ese sentido, optaron por una figura donde es preponderante el apoyo ciudadano libre e individual, a través de cédulas de manifestación de carácter personal.

En el tema de Requisitos: Los porcentajes fijados de apoyo ciudadano, son del 1% de la lista nominal, en la elección presidencial y del 2% de dicha lista, en la elección de diputados y senadores, correspondiente al ámbito geográfico al que aspiran a competir (República, Enti-

4 (Ley Electoral 1946, artículo 60)
5 Hernández Olmos op.cit.p.34

dad o Distrito) y distribuido por estados, municipios o secciones electorales, según se trate.

Para el punto del Tipo de Elección: La reforma constitucional y legal 2012-2014 en México, solo contempló la figura de Candidatos Independientes a los cargos federales de elección por mayoría relativa.

En el punto sobre Prerrogativas Estatales: El legislador limitó el uso de las prerrogativas a los tiempos de campaña electoral, en contrapartida abrió la posibilidad del financiamiento privado pero muy acotado; la norma introduce a los candidatos independientes a una bolsa o conjunto común que se equipara a un partido de nueva creación, pero con limites más estrictos, hay que considerar, que es directamente proporcional al número de candidatos independientes que logren su registro, ya que mientras más lo hagan la prerrogativa puede disminuir como es el caso de los tiempos de radio y televisión que se encuentran predeterminados y no se pueden ampliar. Es un tema que subsiste en el debate y que atenderé con mayor énfasis en las conclusiones.

Para finalizar los comentarios de lo expuesto por Hernández Olmos, (2011), en el punto sobre la Fiscalización de los recursos; lo circunscribe únicamente a la rendición de cuentas y transparencia de los recursos públicos, así como el origen de los recursos privados; en la práctica, la normatividad actual es dispar y excesiva en la materia, ya que impone a los candidatos independientes obligaciones similares a las que tienen los partidos políticos pero sin contar con las estructuras contables y financieros de éstos últimos, si bien no se trata de flexibilizar el financiamiento de los candidatos independientes, si se les debe dotar de instrumentos que sean equitativos en la competencia electoral; se trata igualmente de un tema inacabado por el legislador y en necesario perfeccionamiento.

Por su parte, Daniel Zovatto, refiere: "Los defensores de las candidaturas independientes señalan que cercenar a los individuos su derecho a participar en la gestación y dirección de la política estatal puede estar reñido con la igualdad de oportunidades garantizada en las constituciones. Por su parte, los opositores a las candidaturas independientes piensan que éstas debilitan el sistema de partidos y que, cuando llegan al poder, no tienen el amarre necesario para asegurar la gobernabilidad. Sean cuales fueren los argumentos de aceptación o rechazo hacia formas de participación diferentes a los partidos, la realidad latinoamericana muestra, como hemos visto, que en muchos países de la región se despojó a los partidos del monopolio de la representación política que habían mantenido durante varias décadas. De igual manera, la experiencia demuestra que estas nuevas formas de representación política cuentan en ciertos países con la aceptación de grandes sectores de la ciudadanía, por lo que, necesariamente, se han promulgado normas con el fin de regular los términos de la competencia política para sean incorporadas a la vida jurídica del Estado".

Lo anterior sirve para constatar que se trata de opiniones en pro y en contra, muy parecidas a las que antecedieron la reforma en nuestro país, con el argumento en pro de garantizar las oportunidades y derechos, y en contra, de un debilitamiento del sistema de partidos y de la gobernabilidad política; cabe resaltar, que ocho años antes de que se comenzara a cristalizar la reforma en México sobre candidatos independientes, era un hecho que en Latinoamérica para esas fechas, ya se había eliminado en muchos países el monopolio partidista sobre las candidaturas, lo que denota que llegamos tarde a la discusión en ese tema.

Asentado lo anterior por cuanto a opiniones de carácter teórico y hechas las referencias en los antecedentes de las luchas que entablaron los ciudadanos que pretendieron registrarse como candidatos independientes, la consecuencia natural fue el apoderamiento del tema por los actores políticos, dando lugar primeramente a una aceptación y posteriormente a la acción, con la finalidad de incluir la figura de los candidatos independientes en las reformas constitucionales y legales de 2012-2014, situación que se describió en sus aspectos más importantes previamente.

Después de la Reforma Electoral 2012-2014

A la fecha, se han recopilado las opiniones que sin ser todas, reflejan de mejor manera la visión teórica en México sobre los candidatos independientes y sus implicaciones prácticas, por supuesto seleccioné aquellas que se relacionan de mayor manera con la Justicia Electoral.

Meléndez Selena y Rivera, María del Pilar, en su trabajo publicado en el 2015, tratan temas que derivan directamente de la aplicación de la norma y su operación, resaltando lo siguiente: "Después de la revisión normativa y el proceso de comparación con los partidos políticos podemos apreciar posiciones distantes entre aquellos que buscan el triunfo electoral, ya sea bajo el amparo de los partidos políticos o bien como candidatos independientes. También hay posturas encontradas sobre quienes consideran que "equidad no es igualdad, equidad en el caso de candidaturas sin partido significa recursos mínimos para competir, pero ello no requiere "simular" las mismas condiciones en las que compiten los candidatos con aval de partidos",[6] esta situación es complicada puesto que no cuentan exactamente con las mismas condiciones, de cierta manera los partidos políticos se ven mayormente beneficiados con las leyes electorales".

6 Ugalde y Van Bedolla, 2013: 32

Las autoras, incorporan ahora a la discusión un tema de análisis de las sentencias, sin duda, la equidad para la autoridad jurisdiccional es motivo de preocupación y análisis; para el caso específico de los candidatos independientes y con el fin de hacer concordante la opinión teórica con lo que atiende el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para ello se citarán a la letra las siguientes jurisprudencias, relacionando por separado ya que atienden casos de elecciones locales, la primera es precisa en los términos de equidad e igualdad en materia de financiamiento privado, relacionándolos con los partidos políticos, la segunda y tercera son más generales por cuanto a las obligaciones del poder legislativo en las entidad de garantizar el derecho de igualdad y el derecho de candidatos independientes a participar en la asignación de regidurías de representación proporcional.

FINANCIAMIENTO PRIVADO PARA CANDIDATOS INDEPENDIENTES. EL LÍMITE DEL 50% DEL TOPE DE GASTOS DE CAMPAÑA, ES CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA Y SIMILARES).- *De una interpretación sistemática y funcional de lo previsto en los artículos 1; 35, fracción II; 41, fracción II y 116, fracción IV, incisos g), k) y p) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 52, párrafo 2, de la Ley General de Partidos Políticos; 25, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; 23, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 21, de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, así como 228 y 237, párrafos 1 y 2, de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, se advierte que la equidad en el financiamiento público estriba en el derecho igualitario consignado en la ley para que todos los contendientes en un proceso electoral perciban lo que proporcionalmente les corresponde acorde a su grado de representatividad; así el financiamiento de los candidatos independientes debe sujetarse al principio de equidad de forma tal que les permita contender en igualdad de circunstancias respecto de quienes son postulados por partidos políticos. En tal sentido, el límite para el financiamiento privado de los candidatos independientes, previsto en el artículo 228 de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, en el cual se prevé que éstos no podrán rebasar el 50% del tope de gasto de campaña para candidatos independientes de la elección de que se trate, resulta una medida proporcional y equitativa en tanto que permite que el financiamiento privado prevalezca sobre el público, el cual suele ser significativamente inferior al que es otorgado a sus similares que compiten postulados por un partido político o coalición.*

Quinta Época: *Contradicción de criterios. SUP-CDC-2/2016.—Entre los sustentados por la Sala Superior y la Sala Regional correspondiente a la Primera Circunscripción Plurinominal, con sede en Guadalajara, Jalisco, ambas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.—1 de junio de 2016.—Mayoría de tres votos.—Ponente: Salvador Olimpo Nava Gomar, en cuya ausencia hizo suyo el proyecto el Magistrado Presidente Constancio Carrasco Daza.—Ausentes: María del Carmen Alanis Figueroa y Salvador Olimpo Nava Gomar.—Disidente: Flavio Galván Rivera.—Secretarios: Alejandra Díaz García y José Alberto Montes de Oca Sánchez."*

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA ELECTORAL. DEBE RESPETAR EL DERECHO A LA IGUALDAD.- *De la interpretación de los artículos 1°, 35, 41, 115, fracción VIII y 116, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que las legislaturas locales gozan de libertad legislativa para expedir leyes en materia electoral; sin embargo, esas facultades no son irrestrictas, toda vez que se deben ejercer en observancia de los principios y bases establecidos en la Constitución Federal y los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, entre los que se encuentra el de igualdad. Consecuentemente, toda la legislación que se emita en la materia debe respetar los derechos de igualdad y no discriminación."*

CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. LAS RELACIONADAS CON LA INTEGRACIÓN DE AYUNTAMIENTOS, TIENEN DERECHO A QUE SE LES ASIGNEN REGIDURÍAS POR EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL.- *De la interpretación de los artículos 1°, 35, fracción II, 41, Base I, 115, fracción VIII y 116, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 23, numeral 1, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como 146, 191, 199, 270 y 272, de la Ley Electoral para el Estado de Nuevo León, se advierte que las planillas de candidatos conformadas para participar en la elección de miembros de los ayuntamientos, postuladas por partidos políticos, así como las integradas por candidatos independientes, deben reunir los mismos requisitos, con lo cual participan en igualdad de condiciones. En ese sentido, a fin de cumplir con el principio de igualdad en el acceso a cargos públicos, los candidatos independientes tienen derecho a participar en la asignación correspondiente a regidurías por el principio de representación proporcional.* **Quinta Época***".*

Cabe señalar que el subrayado no pertenece a las jurisprudencias, sino que resalta únicamente para distinguir los términos a los que alu-

den los teóricos señalando la equidad y la igualdad. la intención que se busca es dejar sentado que los temas que son materia de controversia teórica también lo son de las autoridades jurisdiccionales que tienen a su cargo la Justicia Electoral en México, resolviendo vacíos legales o problemas de interpretación de la autoridad administrativa.

Meléndez Selena y Rivera, María del Pilar, señalan tres aspectos positivos de las candidaturas independientes y los contras de su existencia: "En palabras de Ruth Zavaleta (Gamboa y Valdés, 2011) entre los aspectos a favor se encuentran básicamente tres, el primero de ellos es que el sistema adquiere mayor credibilidad; el segundo es que se cumple el argumento constitucional de que todo ciudadano sea votado y el tercero es que finalmente, se rebasan los límites que los partidos políticos tienen en el sistema". "Mientras que los contras son que se debilita el sistema representativo y se pone en peligro a las instituciones electorales; se abre la puerta para que lleguen personalidades sin experiencia y que el candidato ganador no tiene necesariamente concordancia con la posición de los grupos parlamentarios representados (Gamboa y Valdés, 2011)."

Otra postura en contra la argumenta Uriel Leal Ramírez, citado en el documento,[7] quien señala que:" entre las desventajas de instaurar las candidaturas

7 Gamboa y Valdés, op.cit.p.53

independientes se encuentra el hecho de que no hay condiciones equitativas de competencia electoral, los candidatos independientes tienen que pagar un costo más alto para entrar en las reglas democráticas y eventualmente acceder a los recursos", argumento con el que se coincide puesto que con la revisión normativa realizada en párrafos anteriores se puede apreciar dicha situación. Y otro asunto que el autor considera como negativo es el pragmatismo de los candidatos pues no tienen una ideología definida o clara, puesto que "pueden hablar de todo y de nada".

Meléndez Selena y Rivera, María del Pilar, señalan: "Un tercer aspecto criticable a las candidaturas independientes es su espontaneidad, debido a que se presentan en una elección y si no logran entrar en el umbral de la votación requerida, desaparecen tan rápidamente como aparecieron o tienen que reciclarse en algún otro tipo de participación política. Pueden ser opositores con capacidad de chantaje" por su parte citan diversos autores, que señalan: "sin embargo no puede ser considerado tan fatalista ya que si no logran incidir a través del proceso electoral en la toma de decisiones, pueden lograr algún cargo a través del cual logran promover su ideario político. Puesto que las candidaturas si bien no son garante del acceso al poder, al menos garantizan que se pueda ser partícipe del poder, ciudadanos que antes no habían tenido un vínculo cercano con el poder político podrían formar parte de él". "Un aspecto positivo sobre las candidaturas independientes es que incrementan "la oferta política para el ejercicio del sufragio del electorado, no en un contexto de enemistad entre candidatos independientes y de partidos, sino de complementariedad en dicha oferta puesto que los votantes inmersos en un proceso de mayor calidad competitiva" (Merlo, 2014: 331), en este sentido no se niega la competencia que se genera, pero si es criticable el establecimiento de las reglas en donde parece que actúan con parcialidad y que finalmente hay una tendencia por seguir procurando la participación de los partidos políticos".

Las autoras Meléndez Selena y Rivera, María del Pilar, con posterioridad a la reforma electoral que nos ocupa, tocan diversos temas pendientes, en pro y en contra de las candidaturas independientes, que se pueden resumir en la siguiente tabla:

Meléndez Selena y Rivera, María del Pilar, candidatos independientes. Posterior a la reforma electoral 2012-2014[8]

Como se ve de lo anterior, en los teóricos del tema, y posterior a la reforma siguen apareciendo rubros pendientes de resolución, e igual subsisten críticas en torno a su existencia y del impacto que pueden generar en el sistema electoral mexicano.

8 Fuente: Meléndez Selena y Rivera, María del Pilar

En sentido crítico, también se manifiesta Roy González Padilla, que señala lo siguiente: "A pesar de un consenso aparentemente mayoritario que resalta las bondades de las candidaturas independientes, la experiencia de dichos modelos de participación política que han logrado ser exitosos en el país ha puesto en tela de juicio su idealización al poner en evidencia que hasta ahora han servido más como vehículos de circulación de élites políticas y menos como un medio efectivo de empoderamiento y participación política ciudadana. Es importante, sin embargo, hacer notar que la independencia nominal no implica una ausencia sustantiva de vínculos partidistas, ya que de manera ocasional algunos miembros de los propios partidos pueden elegir postularse como independientes sin necesariamente romper definitivamente sus vínculos partidistas o dejar de recibir un amplio apoyo de los propios partidos políticos (Ehin et al., 2013: 12) En suma, la experiencia de candidaturas independientes exitosas en el país ha puesto en tela de juicio la idealización de dicha modalidad de participación política al poner en evidencia que hasta ahora han servido más como vehículos de circulación de las élites políticas y menos como un medio efectivo de empoderamiento y participación política ciudadana".

La crítica anterior, se basa primordialmente en la naturaleza y orígenes de los candidatos independientes, descalificando la figura al considerar que no son medios efectivos de participación ciudadana, lo cual , parte de una concepción errónea, al estereotipar y separar la participación política en dos grandes grupos, ciudadanos y políticos, ya que no es posible pedir que existan ciudadanos puros que no sean políticos y viceversa, en todo caso, su manifestación se encuentra en el campo de lo que es "el ser" y no del "deber ser" de la norma misma y la justicia electoral.

Por otra parte, también existen quienes se manifiestan a favor de los efectos de la inclusión de las candidaturas independientes.

El actual Magistrado de la Sala Superior del TEPJF, Indalfert Infante Gonzáles, señala: "Las candidaturas independientes son una manifestación legítima de la democracia, y una nueva forma de construcción de la representación política, ya que permiten bidireccionalmente el ejercicio de los DH: votar y ser votado, en un espectro amplio, plural, incluyente, y hasta políticamente natural. Para cumplir con ese máximo propósito es importante revisar los parámetros de su incidencia en el sistema político para armonizar su existencia con la de los partidos políticos. Ello será posible a través de la revisión de los requisitos para el registro de las candidaturas, como el porcentaje necesario, financiamiento, gastos de campaña, etcétera".

El Magistrado Infante González consolida su argumento, señalando su opinión sobre las objeciones a los candidatos independientes y su postura ante la disparidad que enfrentan con los partidos políticos: "Algunas de las objeciones opuestas a las candidaturas independientes son las mismas que puedan formularse de los partidos políticos, incluso son recurrentes: presupuesto, transparencia, plataforma, lealtad a los votantes, que se elija a personas que no estén suficientemente preparadas. Los cambios deben trascender en los hechos. Es necesario reconocer las dificultades que enfrentan los candidatos independientes frente a los partidos políticos que los rebasan sobradamente en infraestructura, recursos materiales, económicos y humanos. Don José Luis de la Peza decía: "El verdadero problema de la dogmática constitucional actual es reconstruir las condiciones para la consolidación de las instituciones estatales con independencia de los partidos, de los grupos de poder y de los movimientos informales y espontáneos…".

Resulta evidente que los argumentos son constantes, ya que si bien, no sienta precedente en sus futuras resoluciones, si deja ver su preocupación en torno a la disparidad de recursos que existe en partidos políticos y candidatos independientes y la necesidad de reconstruir la dogmática constitucional.

Por su parte, Efrén Arellano, cita a cuatro personalidades que realizan un análisis de las consecuencias de la inclusión de las candidaturas independientes en México: "**Balance de los especialistas:** En opinión de José Woldenberg los resultados de las elecciones de 2015 mostraron que la figura de las candidaturas independientes es una nueva vía —y una vía transitable— para que los ciudadanos puedan acceder al poder. También consideró que con ello se robustece el contexto de exigencia a los partidos políticos, los cuales mantuvieron durante años el monopolio de la postulación de candidatos; por último, el ex presidente del IFE alertó en no caer en la retórica antipolítica, pues consideró que todos los candidatos que obtienen su registro pasan de ser ciudadanos a ser políticos y que cuando aparecen en la boleta se hacen partidos.

Por otra parte, Jean François Prud´homme consideró que hubo resultados favorables, a pesar de que las condiciones legales operaban en contra de los aspirantes. En este sentido Jorge Sarmiento consideró que una de las desventajas de los candidatos independientes radica en que tienen un acceso muy limitado a la radio y la televisión.

El papel de las candidaturas independientes en el contexto de la participación electoral en 2015 fue abordado por Lucrecia Lozano. En un artículo para Reforma señaló que estas elecciones sacó a relucir la existencia de una ciudadanía dual, "conformada por aquellos —la mayoría— que apostaron por la participación pacífica y electoral para promover el cambio político, como se destacó, por ejem-

plo, en Nuevo León, en donde el voto diferenciado tuvo un efecto importante en los resultados; y la de quienes optaron por la violencia y el rechazo a las fórmulas legales y electorales sin ofrecer alternativas de cambio viables, como se observó en Guerrero y Michoacán". Concluye Efrén Arellano.

En resumen, los especialistas se manifestaron en los siguientes temas: -Las candidaturas independientes son una vía transitable, -eliminación del monopolio de los partidos para postular candidatos, -acceso limitado a radio y televisión de los candidatos independientes, -ciudadanía dual, -inconformidad y descontento contra los partidos.

Cabe resaltar que dichos comentarios se ubicarían en el esquema de lo general y siempre a favor de la instrumentación adecuada de la figura de candidatos independientes.

Adicionalmente, Roberto Carlos Estrada realiza un documento que se enfoca más en la parte operativa de dichas candidaturas, y se concentra en lo que denominó: "Tasa Diaria de Respaldo: El principal reto para los aspirantes a obtener el registro como candidatos independientes está en presentar el respaldo ciudadano solicitado por el INE. Esto es un número de firmas equivalente al porcentaje de listado nominal solicitado por la LGIPE, las cuales deben seguir el formato aprobado y ser acompañadas por una copia simple de la credencial de elector. En el caso de los aspirantes a obtener la candidatura independiente para la Presidencia de la República, es un total de firmas equivalente al 1%; 2%, para los aspirantes a la candidatura a un puesto dentro del Congreso de la Unión". Señala que éste requisito es el obstáculo mayor a vencer por los aspirantes.

Por otra parte, Santiago Campos, analiza el contexto normativo de las candidaturas independientes en México, puntualizando lo que a su juicio debe ser motivo de reforma o de consolidación: "Legislación secundaria: La incorporación de las candidaturas independientes al sistema electoral mexicano trae consigo la obligación de llevar a cabo las reformas necesarias para darle eficacia al derecho de los ciudadanos a ser registrados ante la autoridad electoral como candidatos independientes…Así pues, las candidaturas independientes pretenden ser una manera de fortalecer los derechos políticos de los mexicanos, poniendo al alcance de los ciudadanos otro medio de acceder al poder político y de generar un escenario político con mayores elementos democráticos…Ahora que las candidaturas independientes ya son parte del sistema jurídico-electoral de México, se presentan nuevos retos que atender; la denominada pulverización de la participación política es uno de ellos, ya que podría presentarse un excesivo número de opciones, perdiéndose con ello el sentido de la oferta política; aunque, con el porcentaje de apoyo solicitado para registrar una candidatura independiente, esta cuestión parece remota. También se debe revisar el actual texto constitucional, sobre todo analizar si existe –a partir de los artículos 35, fracción ii, 41 y 116, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos– conflicto entre partidos políticos y candidaturas independientes; y, en todo caso, llevar a cabo las reformas necesarias para armonizarlas".

El presente ensayo nos da cuenta de los temas que antes y después de la reforma política 2012-2014, se integraron a la figura de las candidaturas independientes, es obvio que nadie tiene una posición evidente a favor o en contra, sin embargo el argumento del ejercicio pleno de los derechos humanos de y para todos los ciudadanos se convierte en la de base la pirámide donde se construyeron los argumentos vertidos; podrán estar o no de acuerdo en sus efectos, forma de instrumentarlas, normatividad, lagunas o deficiencias, pero ninguno de los argumentos expuestos, contradice la naturaleza del derecho de todos los ciudadanos de votar y ser votado. Lo que es claro es que los candidatos independientes llegaron para quedarse, solo el regreso a indeseables prácticas anti-democráticas podrán eventualmente revertir su inclusión.

Delirio hermenéutico.

Ilusionistas del derecho: entre positivistas y postpositivistas

Camilo Andrés Blanco López

Resumen:

Este artículo se ocupa, desde el punto de vista de la interpretación jurídica, de las tensiones existentes en el sistema jurídico colombiano, originadas en la coexistencia de reglas interpretativas derivadas de los paradigmas teóricos positivistas y post-positivistas. El texto se divide en tres partes. En un primer apartado se analizan las razones por las cuales las tesis positivistas, y en especial, las metodológicas, fueron unísonas en el nacimiento del Estado Nacional; la segunda estudia tesis y métodos interpretativos post-positivistas que fueron introducidos a finales del siglo XX. El último apartado es una propuesta de unificación de las reglas interpretativas positivistas y post-positivistas que coexisten en el sistema jurídico colombiano.

Palabras clave: reglas interpretativas, positivismo, post-positivismo, ponderación, libertad religiosa.

Abstract: This article deals, from the point of view of legal interpretation, with the existing tensions in the Colombian legal system, originated in the coexistence of interpretative rules derived from the positivist and post-positivist theoretical paradigms. The text is divided into three parts. In a first section we analyze the reasons why the positivist theses, and especially the methodological ones, were unison in the birth of the National State; the second studies post-positivist theses and interpretive methods that were introduced at the end of the 20th century. The last section is a proposal of unification of the positivist and post-positivist interpretive rules that coexist in the Colombian legal system.

Key words: interpretive rules, positivist and post-positivist, pondering, religious freedom.

I. Introducción

"Cansados de aquel delirio hermenéutico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los tribunales supremos. Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal. De modo que se desbarató la patraña del jamón de Virginia, las píldoras milagrosas y los excusados pascuales, y se estableció por fallo de tribunal y se proclamó en bandos solemnes la inexistencia de los trabajadores."

Cien años de Soledad,
Gabriel García Márquez.

Frecuentemente se ha dicho que tal vez la masacre de las bananeras de 1928, retratada en el realismo mágico de nuestro premio nobel de literatura, sea el único hecho verdaderamente real plasmado en su obra cumbre, cien años de soledad, así mismo, y seguramente por su inicial formación jurídica en la Universidad Nacional de Colombia, en la que cursó dos años como estudiante de abogacía, son frecuentes las referencias de García Márquez al derecho y a la labor judicial. En este caso, tanto en la ficción como en la realidad, "el delirio hermenéutico" y los "ilusionistas del derecho" borraron de un plumazo los derechos laborales de los trabajadores de la *United Fruit Company.*

Así como en macondo, en Colombia, y sobre todo luego de la expedición de la Constitución de 1991, frecuentemente los magistrados de las altas Cortes suelen acusarse mutuamente de sufrir "delirios hermenéuticos" y de ser "ilusionistas del derecho", todo ello como resultado de la disputa entre positivistas y post-positivistas.

Desde la consagración de la Carta Política de 1991, se instaló en la comunidad jurídica de Colombia, un inusitado entusiasmo por las bondades del post-positivismo, en donde incluso hoy los estudiantes de ciertas universidades de élite se niegan a la disertación de los códigos, de la técnica y la dogmática de las diferentes ramas prácticas del derecho, mostrando un único interés por el estudio de la Constitución y la dogmática del derecho constitucional. Nos encontramos hoy en Colombia, como en la Italia de los años sesenta, divididos entre el arraigo a nuestros orígenes positivistas y la ineludible seducción de lo nuevo que se presenta como un conocimiento sofisticado que sólo los juristas de cierto status y nivel intelectual llegan a manejar.[1]

Al lado de esta realidad histórica de contraste entre generaciones de juristas, el enfrentamiento entre los paradigmas positivista y post-positivista, se ha avivado con los constantes enfrentamientos, descalificaciones y desautorizaciones, entre los tres altos Tribunales de Colombia, quienes por vía de amparo (tutela en Colombia) revocan sentencias de última instancia. Por un lado, se encuentra el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, que mantienen una postura formalista de tipo positivista, y por otro, la Corte Constitucional que defiende una postura post-positivista.

Este enfrentamiento entre las altas cortes colombianas, ha enviado un mensaje a la comunidad jurídica del país de imposibilidad de conciliación de las posturas interpretativas, y en especial, desde el punto de vista metodológico de la argumentación jurídica, en el que las reglas interpretativas propias del positivismo jurídico que se encuentran consagradas en el Código Civil y dos leyes del año 1887, no son compatibles con la metodología post-positivista de la ponderación.[2]

Desde esta perspectiva, el objetivo principal del artículo más que defender alguno de los dos bandos, pretende aclarar y vislumbrar la forma en que se han presentado estos dos paradigmas en Colombia, con el objetivo de demostrar que los términos irreconciliables en la que se ha planteado el debate, no es más que un mecanismo de defensa de terruños de poder.

Lo anterior buscará mostrar que esta disputa ha implicado un mensaje que desorienta de manera innecesaria los jueces, pretendiendo probar que no sólo es posible extender los puentes de diálogo y hasta de complementariedad de las dos perspectivas, por lo menos desde el punto de vista metodológico de las reglas interpretativas de nuestro sistema.

En consecuencia, el artículo se cuestiona sobre si ¿son compatibles y complementarias las reglas metodológicas interpretativas del positivismo jurídico, contenidas en el Código Civil Colombiano y la normatividad de 1887, con la metodología de la ponderación, propia del post- positivismo, que actualmente se encuentran vigentes simultáneamente en el sistema jurídico colombiano?

La hipótesis que defiende el artículo puede ser expresada en los siguientes términos:

Los problemas y tensiones sobre la racionalidad y la seguridad jurídica en la interpretación, sólo pueden ser entendidos y explicados si en primer lugar se estudian y analizan las razones de orden histórico, sociológico y de estrategias de poder geopolíticas y locales, que en cada una de las etapas de construcción del Estado Colombiano explican la adopción y trasplante alternativos de las tesis positivistas y post-positivistas.

Una vez comprendido el origen de tal tensión, será posible estructurar una metodología unificadora y armonizadora

1 Bobbio, Norberto. 1992. El problema del positivismo jurídico. México: Fontamara, p. 49 y 59.Traducido por Ernesto Garzón Valdez.

2 Ibíd., p. 62.

tendiente a reconciliar los dos paradigmas (positivista y post- positivista), por lo menos desde una perspectiva de las metodologías interpretativas (seguramente no así desde el punto de vista ético de sus diferencias), con el objetivo de conservar la racionalidad y seguridad jurídica del sistema colombiano, y de esta forma, superar las posturas irreconciliables de los términos en los que se ha presentado el debate.

Para demostrar dicha hipótesis el artículo se dividirá en tres apartados. En la primera parte, se estudiará el fenómeno de las influencias teóricas interpretativas positivistas y post-positivistas, partiendo de la idea de que éstas son el resultado de los contextos históricos que las explican y hasta justifican, es decir, desde el convencimiento que éstas son estrategias discursivas que obedecen a estrategias de poder. Por tal razón, en la primera parte del trabajo que se propone se estudiará el desarrollo del positivismo en nuestro sistema judicial y legal, desde la división analítica propuesto por Bobbio de positivismo ideológico, metodológico, y científico, destacando las fuentes formales y materiales de cada uno de estos momentos.

En una segunda parte, se analiza el reavivamiento de las tesis post-positivistas, desde la discusión de la diferencia estructural entre principios y reglas, y de esta manera revisar los diferentes momentos del desarrollo de la herramienta metodológica de la ponderación, desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana.

En un último y tercer apartado, se exponen las primeras ideas de una propuesta metodológica integradora de las reglas metodológicas interpretativas trasplantadas y adaptadas en Colombia de los paradigmas positivistas y post-positivistas, hoy vigentes de manera simultánea.

II. La interpretación jurídica y el papel de concreción del juez en Colombia

1. Predominio del positivismo jurídico en las reglas interpretativas del derecho colombiano

El positivismo jurídico se erigió por muchos años en Colombia como la teoría unísona en las prácticas jurídicas nacionales, los juristas estaban obligados a aplicar y adoptar los cánones positivistas, hasta el punto de admitir que fuera de éstos no existía ninguna posibilidad de ejercer de manera sería su profesión. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la nueva Carta Constitucional este predominio ha venido sufriendo un drástico cambio y la situación parece invertirse o por lo menos equipararse con las tesis post-positivistas.

Cuando se habla de positivismo jurídico en Colombia, pareciera que se estuviera refiriendo a un término inequívoco y poco polémico en cuanto a su significación, sin embargo, cuando nos referimos a alguien como positivista, podemos hacerlo por lo menos desde tres puntos de vista. Desde el punto de vista de la concepción o ideología de justicia que tiene dicha persona; desde el punto de vista en que éste se acerca al estudio del derecho, o mejor, lo que éste entiende como objeto de relevancia jurídica; o finalmente, desde el conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos por aquel. Por tal razón, y en consideración a que Bobbio ya ha puesto de presente las diferentes acepciones desde las cuales podemos hablar de positivismo jurídico, emprenderemos desde su puesta metodológica a caracterizar el predominio del positivismo jurídico en el sistema jurídico colombiano, es decir, desde su célebre clasificación del positivismo como *ideología*, como *método* y como *ciencia*.[3]

Desde el punto de vista del positivismo *ideológico*, el derecho es entendido como el deber de obediencia a las leyes de manera incondicional, esto es, con total independencia de su contenido material, o de cualquier valoración moral sobre su obligatoriedad, en palabras de Calamandrei "el desconsolado homenaje a las leyes por el hecho de ser tales".

Desde la perspectiva *metodológica*, se entiende por derecho, y por ende como material relevante de interpretación jurídica, las normas producidas por el Estado, es decir, las normas producidas por el legislador,[4] en donde no son incluidas las disposiciones sustanciales de la Constitución hasta tanto no sean refrendadas por aquél.[5]

Finalmente, en términos generales desde el punto de vista *científico*, se entiende el modo de acercarse al estudio del derecho, desde la distinción del derecho *real* (como hecho) del derecho *ideal* (como deber ser), en donde al jurista le corresponde ocuparse del primero y no del segundo, es decir, del derecho como *es* y no como *debería ser,* en tal concepción, los jueces y en general los juristas sólo tienen el deber de considerar el derecho en su *ser* y no en su *deber ser.*

En lo que sigue se utilizará la diferenciación entre estos tres planos ó formas del positivismo jurídico propuestos por Bobbio, con el objetivo de realizar un análisis de la forma en que se presentó históricamente el positivismo jurídico en Colombia, y de esta manera, lograr caracterizar su influencia, evitando equívocos en el campo ético-político de esta corriente, que como veremos dista mucho de ser homogénea. Sin embargo, por el interés mismo de este trabajo y por cuestiones de espacio, nos concentraremos en estudiar el positivismo metodológico y hacer una breve referencia de las otras dos formas de positivismo, para finalmente comparar el positivismo metodológico con las meto-

3 Ibíd., p. 15.

4 Aunque la normalidad en el ordenamiento jurídico colombiana fue la "excepcionalidad" en cuanto que la expedición de las normas estuvo en gran medida en cabeza del el ejecutivo, éste lo hacía en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por el congreso, y en esta medida actuaba como legislador.

5 Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 establecía que en caso de contradicción entre la Constitución y la ley debí a dejarse de aplicar la Constitución y preferir la aplicación de la Ley.

dologías propuestas por el post- positivismo, en especial con la ponderación.

1.1 Positivismo ideológico

Desde la perspectiva ideológica del positivismo jurídico, el derecho se entiende como el deber de obediencia a las leyes de manera incondicional,[6] esto es, con total independencia de su contenido material. Se cataloga como ideológica a esta postura, en tanto es una toma de posición frente a una realidad dada que se funda en un sistema más o menos consciente. En tal medida, de acuerdo con esta variación del positivismo, un acto se considerará como justo en tanto sea conforme a la ley, e injusto, cuando esté en desacuerdo con aquella, es decir que, el juicio ético del jurista se limita a un juicio de conformidad del acto con la norma, de donde bueno o "justo" es el acto ejecutado para cumplir la ley y malo o "injusto" aquel que la trasgrede, en otros términos, el derecho por el sólo hecho de ser positivo y ser el resultado de las mayorías es válido, es decir, justo, y en tanto tal, debe ser obedecido.

Esta tendencia ideológica del positivismo jurídico se arraigó desde el nacimiento de la nación colombiana, por lo menos por cuatro razones: i) Por un lado, la herencia que dejó la sociedad española que llevó a cabo la empresa colonizadora en América latina; ii) En segundo lugar, por la influencia de los debates franceses revolucionarios, en especial alrededor de tres temas recurrentes a) El concepto de constitución, b) El titular de la soberanía, y c) El control del ejecutivo sobre el poder legislativo; iii) en tercer término, por el papel del derecho en este tipo de sociedades emergentes; y iv) en cuarto lugar, por el tipo de sociedad y el fracaso de construcción de un proyecto nacional desde la materialidad de las fuentes. Por el interés de este artículo, y por ser la razón que a nuestro juicio resulta ser la que tiene mayor fuerza e influencia explicativa, sólo nos referiremos, a la primera de las razones, es decir, los vestigios de la herencia de la empresa colonizadora.

Cuestionarse sobre dichos aspectos es importante en la medida que éstos nos pueden dar surcos para caracterizar y comprender desde un punto de vista socio jurídico la elección que hicieron las élites colombianas después de la independencia. Esta elección a la que nos referimos consistió en tomar las ideas del positivismo ideológico de respeto incondicional a la ley como punto de partida de la construcción de la identidad nacional.

A partir de este primer análisis, podremos también comenzar a explicar en qué medida la distancia entre la realidad institucional *(formal)* creada por la ley, frente a la realidad real *(sustancial)*[7] en las sociedades de América latina, es una herencia de la colonia, que explica en gran medida que las primeras élites locales adoptaran los postulados del positivismo ideológico sin mayores resistencias. Se trata de una característica común que ha permitido la construcción de una sociedad con estructuras institucionales y legales de tipo republicano en medio de una realidad colonial y señorial.

Igualmente, y pese a que no puede perderse de vista que América Latina es un territorio enorme y diverso, con características muy variables (históricas, culturales y sociológicas) entre los diferentes países, también es necesario destacar que existen puntos en común que pueden explicar las realidades locales desde las herencias de la época colonial.

Entre dichas características comunes, pueden resaltarse, entre otras: La alta jerarquización social, la gran influencia de la iglesia sobre la organización social, sociedades en su gran mayoría conservadoras, y sobre el aspecto que se concentrará este apartado, un gran distanciamiento entre las realidades legales y las realidades reales de los sistemas jurídicos.[8] En efecto existe un gran distanciamiento entre eso que los autores norteamericanos denominan el derecho en los libros y el derecho en la acción, que como se viene de anunciar, no fue visto como un gran obstáculo por las élites colombianas para construir la nación desde la adopción de los postulados del positivismo ideológico.

Sin embargo, esta particularidad de las sociedades de América Latina no es homogénea, sino que es de algún modo variable en relación a su traducción territorial. En general, el derecho es de alguna manera aplicado y respetado en el centro de los países, es decir, en las grandes ciudades y en general en los grandes centros urbanos, y desconocido y hasta contrariado en las periferias y los centros rurales. La idea del positivismo como ideología, que implicó la construcción del estado nacional desde lo alto, tuvo como consecuencia natural y al mismo tiempo paradójica, el distanciamiento abismal entre la realidad legal y la realidad real, que es variable según la relación y la presencia del Estado. En consecuencia, entre mayor distancia geográfica con el gobierno central mayor es la distancia entre la realidad de la vida y la realidad normativa.

En este entendido, no pocos sociólogos[9] del derecho de América Latina afirman que, si se escogiera la característica principal y común del derecho en esta región, se debería comenzar por explicar la distancia irreconciliable entre el derecho de los libros y el derecho de la acción.

Nuestro premio nobel de literatura, Gabriel García Márquez, piensa que "somos dos países a la vez: uno de papel y otro

6 Gascón, M. 1990. Obediencia del Derecho y objeciones de conciencia. Madrid: C.E.C. p. 98.

7 En referencia a la clásica distinción que Jurgue Habermas entre fuentes formales y sustanciales del derecho. Las fuentes formales son todos los documentos con fuerza jurídica oficial, como las leyes (en sentido amplio), los decretos y las sentencias; las fuentes sustanciales del derecho son todas las realidades y hechos históricos que explican la adopción del derecho en una sociedad determinada. Ver Habermas, Jurgen. 2001. Fácticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editoriel Trotta. Trad. 3 édition, p 689.

8 Ver Pinilla, Ernesto. 1992. ¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombina? En Revista Pensamiento Jurídico No. 15. Bogotá: Université National de Colombie.

9 Ver por ejemplo De Sousa Santos, Boaventura, A critica da razão indolente: contra o desperdicio da experiencia: Para un novo senso comun. A ciencia e a política na transição paradigmática. Volume 1 Cortez editora, Sao Paulo, 2000 et. All. Villegas, Mauricio. 2010. Sociología y crítica del derecho, México: Fontamara,

en la realidad", precisando sobre esta característica de la realidad sociológica colombiana:

"(…) En cada uno de nosotros cohabitan, de la manera más arbitraria, la justicia y la impunidad; somos fanáticos del legalismo, pero llevamos bien despierto en el alma un leguleyo de mano maestra para burlar las leyes sin violarlas, o para violarlas sin castigo. Amamos a los perros, tapizamos de rosas el mundo, morimos de amor por la patria, pero ignoramos la desaparición de seis especies animales cada hora del día y de la noche por la devastación criminal de los bosques tropicales, y nosotros mismos hemos destruido sin remedio uno de los grandes ríos del planeta. Nos indigna la mala imagen del país en el exterior, pero no nos atrevemos a admitir que la realidad es peor. Somos capaces de los actos más nobles y de los más abyectos, de poemas sublimes y asesinatos dementes, de funerales jubilosos y parrandas mortales. No porque unos seamos buenos y otros malos, sino porque todos participamos de ambos extremos. Llegado el caso - y Dios nos libre - todos somos capaces de todo."

En consecuencia, y en consideración a que dicha particularidad pareciera estar vertida por los genes del sistema estatal de todos los países latinoamericanos, el objetivo de este apartado consistirá en encontrar las causas de dicho abismo y su relación con las tesis del positivismo ideológico en la herencia de la sociedad española del siglo XVI que enmarcaron la empresa colonial.

Es necesario recordar que los españoles contaban con armas de guerra sofisticadas y con una resistencia física mayor a la de los indígenas americanos. Por tal razón, muchos indígenas murieron a causa de las enfermedades y virus que portaban los españoles. Ello representa las características de la conquista de América latina, como una conquista física y mental, que en todo caso jamás pudo ser total a pesar de las apariencias. En este sentido, por ejemplo, la conquista espiritual fue siempre parcial, en cuanto que los indígenas lograron mantener una parte de sus creencias, su manera de ver el mundo y ello dio lugar a una especie de cultura esquizofrénica, a la existencia de una personalidad implícita y una personalidad explícita, la primera que se reservó para la vida privada y la segunda para la vida pública y sobre todo ante las autoridades coloniales.

El distanciamiento entre las realidades formales y sustanciales se vive en cada uno de nosotros, existe un abismo entre eso que es concebido por regla y eso que terminamos por hacer, entre finalidad y realidad. En este sentido, fue imposible para España reemplazar de manera absoluta una civilización milenaria, en cuento que ésta sobrevivió de manera combinada con la cultura española.

Dentro de este marco histórico, vale la pena destacar tres instituciones coloniales que muestran con claridad este distanciamiento de las realidades: El contrabando, el respeto de los derechos de los indios como personas, y las relaciones familiares monoparentales.

En América latina el contrabando[10] es tan antiguo como el monopolio de ultra mar que ensayó instaurar España durante el periodo colonial. Durante esta época, los ingleses desde la base instalada en Jamaica estimulaban a las poblaciones extranjeras a realizar comercio ilegal con América Latina.[11]

Las colonias europeas en el Caribe fueron empleadas como canales de comercio ilegal entre América y Europa. Si bien es cierto, es difícil de llegar a estimar con certeza el impacto del comercio ilegal, la literatura de la época estima que durante las guerras de Napoleón, el comercio ilegal representaba una proporción concurrente del comercio legal, que se presentó debido a la inmensidad territorial de la Costa pacífica y la baja densidad poblacional.[12]

Una abundante legislación contra el contrabando de las indias fue adoptada por la corona española, hasta el punto de que Felipe III en 1606 instauró la pena de muerte contra toda persona que se dedicara a dicha actividad, sin consideración de su nacionalidad o edad. Pese a ello, la actividad del contrabando fue una práctica generalizada y en muchos de los casos hasta justificada por la población de las colonias.[13]

Esta primera institución del sistema jurídico colonial, que muestra el distanciamiento entre las realidades normativas y la realidad sustancial, puede explicarse gracias a los diferentes errores cometidos por la corona española. Entre los más importantes se destacan: la prohibición del desarrollo de actividades industriales en las colonias, el cierre arbitral de puertos de comercio legal y el monopolio centra-

10 En Colombia existen cuatro obras importantes del contrabando durante la época Colonial: Vidal Ortega, Antonino, Fuentes para el estudio del comercio directo en el puerto de Cartagena en los siglos XVI y XVII en América Latina en la Historia Económica. Revista de Fuentes e Investigación. Nueva época, N° #5, Instituto Mora, México, enero-junio de 2006, pp. 257-266; Navarrete, María Cristina, De las "malas entradas y las estrategias del „buen pasaje: el contrabando de esclavos en el Caribe neogranadino, 1550-1690, en Historia Crítica, N° 34, Departamento de Historia de la Universidad de los Andes, Bogotá, julio-diciembre de 2007, pp. 160-183.

11 Camacho, Cristian, La actividad contrabandista y el distanciamiento Estado-ciudadano durante la colonia en Venezuela. Disponible en www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23087/1/Articulo4-2.pdf (consultado el 10 junio del 2011).

12 IV; Poinsett, J. R. 1824. Notes on México, made in the Autumnoí 1822, accompanied by and historical sketch on ttie revolution, and translations ot official reportson the present state of that country. Filadelfia, reimpresión: Nueva York 1969, pág. 33. Kapp, B., Les relations économiques extérieures du Mexique (1821-1911) d'aprés les sourcesfrangaises, en KAPP, Bernard y Herrero, Daniel. 1974. Vilteet Commerce. Deux essaisd—'histoireliispano-américaine. París. p. 18.

13 1984, Orígenes de la Hacienda en Venezuela, Libro de Acuerdos, Serie Economía y Finanzas de Venezuela, BANH, Caracas, p. 54.

lista de todas las actividades comerciales de las colonias por la corona.[14]

Este tipo de disposiciones de la corona española crearon en las sociedades coloniales un sentimiento de descontento colectivo. De un lado, las colonias no eran abastecidas de manera adecuada y suficiente por el comercio legal dirigido por la corona, lo cual generó en múltiples ocasiones penurias en las ciudades, y de otro, los productos fabricados por las colonias eran comprados tres o cuatro veces más caros por imperios extranjeros.

En cuanto a los casos judiciales y administrativos documentados entre 1821 y 1850 y entre 1851 y 1886, se encuentra que existieron cerca de 236 procesos contra hombres de origen inglés y contra comerciantes del Caribe que tenían una gran relación de amistad con políticos de la época, como Núñez y Santander.

Esta práctica del contrabando, heredada de la época colonial, se extiende durante toda la época comercial de la república colombiana. Después del nacimiento de la nación, el contrabando tuvo una gran importancia, así por ejemplo, en 1824, José María del Castillo y Rada reseñaba la afectación fiscal del contrabando sobre las finanzas del Estado, que en ese momento estaba ávido de recursos debido a la devastadora guerra de independencia, en cuanto que pese a los esfuerzos por crear un sistema fiscal fundado sobre la renta, el sistema continuó sobre la base de colectar impuestos a través de productos importados, como la seda, en gran medida por los bajos costos administrativos que implicaba su recolección.

La práctica generalizada del contrabando y su tolerancia social ha continuado preservándose hasta nuestros días.[15] Algunos autores[16] han mostrado como esta cultura de distanciamiento entre las normas coloniales y la realidad comercial de las indias así como las rutas utilizadas desde dicha época son una de las profundas razones que explican la tolerancia del tráfico de drogas en nuestro país.[17]

14 E. Arcila F: Economía colonial de Venezuela, Italgráfica, Caracas, 1973, los capítulos IV y VII del t. I, y el XIV del II. Mismo autor, El siglo Ilustrado en América, Ministerio de Educación, Caracas, 1955. También de Clarence H. Haring: El comercio y la navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgos, Banh, Caracas, 1939, principalmente el capítulo VI. Mismo autor, Los bucaneros en las Indias occidentales en el siglo XVII, BANH, Caracas, 1939. Celestino Andrés Arauz Monfante: El contrabando holandés en el Caribe durante la primera mitad del siglo XVIII, Banh, Caracas, 1984.

15 Sobre la continuidad de este fenómeno en Colombia, ver: Laurent, Muriel, 2008. Contrabando en Colombia en el siglo XIX: Prácticas y discursos de resistencia y reproducción. Universidad de los Andes. pp. 1-39.

16 Betancourt, Darío, y García, Martha Luz. 1994. Contrabandistas, marimberos y mafiosos. Historia social de la mafia colombiana (1965-1992), Bogotá: Tercer Mundo Editores, pp. 103 y 105.

17 Houmi, Francisco. 1994. Economía política y narcotráfico. Bogotá: Tercer Mundo Editores. cap. 5, pp. 170-179.

La segunda institución colonial que refleja este distanciamiento entre la realidad real y la realidad formal se presentó alrededor de la discusión que tuvo lugar desde inicios del siglo XVI y que se perpetuó con mayor o menor intensidad hasta el final de la colonización, y que giró alrededor de la cuestión de determinar si los indios poseían alma y por consecuencia debían ser considerados como personas.

El primer antecedente formal de este debate es la *Bula Sublimis Deus* emitida por el papa Pablo III en 1532. Este documento de carácter jurídico reconocía por primera vez la naturaleza humana de los indios:

Considerando que los indios son verdaderos hombres y que no sólo son capaces de la fe de Cristo, sino que de acuerdo con nuestro conocimiento se apresuran a recibirla… Ordenamos que los dichos indios, aunque se hallen fuera de la fe, no puedan ser probados de su libertad y de la posesión de sus bienes y que puedan hacer uso de su libertad y dominio y no deben ser reducidos a la esclavitud.

Pese al hecho que el conjunto normativo de la legislación concerniente a los indios no era enteramente coherente sobre este asunto, la postura de reconocimiento formal de la humanidad y de legalidad de los indios estuvo fuertemente apoyada por numerosas normas y documentos oficiales emanados por la corona y la iglesia ulteriormente. Así por ejemplo se destacan, la legislación de 1537, de las nuevas leyes de 1542,[18] el Código de Ovandino de 1571 y la compilación normativa de 1680.[19]

En todo caso, es necesario resaltar que este reconocimiento normativo de humanidad de los indígenas estuvo acompañado de fuertes discusiones sociales y aca-

18 En verdad esta normatividad más que ser una simple codificación de la normatividad existente es una nueva legislación sobre el derecho de los indígenas, por ejemplo, en esta ley se reafirma el carácter humano de los indios de esta manera: "Y porque nuestro principal intento y voluntad siempre ha sido y es de la conservación y agmento de los indios y que sean instruidos y enseñados en las cosas de nuestra sancta Fé cathólica y bien tratados como personas libres y vasallos nuestros, como lo son, encargamos y mandamos a los del dicho nuestro Consejo [de las Indias] tengan siempre muy gran atenção y especial cuidado sobre todo de la conservação y buen govierno y tratamiento de los dichos indios y de saber cómo se cumple y executa lo que por Nos está ordenado y se ordenare para la buena governação de las nuestras Indias y administração de la justiça en ellas, y de hazer que se guarde, cunpla y execute, sin que en ello haya remissión, falta, ni descuido alguno".

19 Esta compilación normativa dispuso sobre los derechos de los indios, por ejemplo: Es nuestra voluntad encargar a los Virreyes, Presidentes, y Audiencias el cuidado de mirar por los Indios, y dar las ordenes convenientes, para que sean amparados, favorecidos, y sobrellevados, por lo que deseamos, que se remedien los daños, que padecen, y vivan sin molestia, ni vejación, quedando esto de una vez asentado, y teniendo muy presentes las leyes de esta Recopilación, que les favorecen, amparan, y defienden de cualesquier agravios, que les guarden, y hagan guardar muy puntualmente, castigando con particular, y rigurosa demostración á los transgresores. Y rogamos y encargamos á los Prelados Eclesiasticos, que por su parte lo procuren como verdaderos padres espirituales de esta nueva Cristiandad, y todos los conserven en sus privilegios, y prerrogativas, y tengan en su protección.».

démicas en España. Este debate conoció su apogeo en Valladolid durante los años 1550 en la Corte Real, dicho debate estuvo enmarcado por dos posturas extremas: Una postura de defensa de la humanidad de los indios y otra de defensa de la explotación española.

En la primera de las posiciones, de defensa de humanidad de los indios, el personaje más importante y representativo fue el sacerdote dominicano Bartolomé de las Casas,[20] quien afirmaba, por ejemplo:

"(…) Las dos espacies de tiranía con que habemos asolado aquellas tan innumerables repúblicas: la una en nuestra primera entrada, que llamaron conquista, en aquellos reinos, no nuestros, sino ajenos, de los reyes y señores naturales en cuya pacífica posesión los hallamos. La otra fue y es la tiránica gobernación, mucho más injusta y más cruel que la con que Faraón oprimió en Egipto a los judíos, a que pusieron por nombre repartimientos o encomiendas, por la cual a los reyes naturales habemos violentamente, contra toda razón y justicia, despojado a los señores y súbditos de su libertad y de las vidas, como todo el mundo sabe, y de donde se han seguido tanta confusión y ceguedad e insensibilidad en los entendimientos y conciencias de todos los estados de nuestra gentes de aquellas tierras, que los más están en estado de eternal dañación, porque están en pecado mortal, como son los que se glorían de haber aquellas naciones conquistado, y los encomendaros, y todos los confesores que los absuelven y comunican los sacramentos, echando de las piedras preciosas a los puercos, sin dejar a los indios en su libertad para que se vuelvan a sus señores naturales, cuyos súbditos o vasallos son, y sin restituir todo cuanto les han robado, y satisfacer irreparables daños que los señores y súbditos de nosotros han recibido; y porque *los reyes son obligados en cuanto en sí fuere a quitar los impedimentos temporales que estorban la salvación de sus súbditos,* mayormente aquestas dos especies de tiranía, por las cuales perecen cada hora tantas gentes en cuerpos y en ánimas, que tienen los reyes nuestros señores a su cargo: por ende, no remediándolos, ninguna duda hay entre los que profesan y guardan la ley de Dios, que todos los pecados que se cometen tocantes a esto en todas aquellas Indias, y daños e inconvenientes infinitos que de ahí se siguen, y la obligación a restitución dellos resulte sobre la conciencia de S. M. y deste Real Consejo(…)".[21]

En la otra orilla del debate se encontraban los defensores de las acciones usurpadoras de los españoles, y que buscaban justificar la apropiación de las tierras y de las propiedades de los indios, así como su servidumbre, en razón de la compensación que debían recibir por todos los esfuerzos que habían cumplido por convertir los indios al cristianismo. Un ejemplo de dicha postura, y que dominó la realidad de la vida en la conquista, a pesar de las disposiciones legislativas de prohibición, se encuentra plasmada en la carta que Hernán Cortés dirigió al Rey Carlos I, en la cual le describe como él mismo regaló a sus soldados los indios, como retribución de los esfuerzos hechos por aquellos durante la conquista:

Y después acá, vistos los muchos y continuos gastos de vuestra majestad, y que antes debíamos por todas vías acrecentar sus rentas que dar causa a las gastar, y visto también el mucho tiempo que habemos andado en las guerras, y las necesidades y deudas en que a causa de ellas todos estábamos puestos, y la dilación que había en lo que en aqueste caso vuestra majestad podía mandar, y sobre todo la mucha importunación de los oficiales de vuestra majestad y de todos los españoles y que de ninguna manera me podía excusar, fuéme casi forzado depositar los señores y naturales de estas partes a los españoles, considerando en ello las personas y los servicios que en estas partes a vuestra majestad han hecho, para que en tanto que otra cosa mande proveer, o confirmar esto, los dichos señores y naturales sirvan y den a cada español a quien estuvieren depositados, lo que hubieren menester para su sustentación. y esta forma fue con parecer de personas que tenían y tienen mucha inteligencia y experiencia de la tierra; y no se pudo ni puede tener otra cosa que sea mejor, que convenga más, así para la sustentación de los españoles como para conservación y buen tratamiento de los indios, según que de todo harán más larga relación a vuestra majestad los procuradores que ahora van de esta Nueva España. Para las haciendas y granjerias de vuestra majestad se señalaron las provincias y ciudades mejores y más convenientes. Suplico a vuestra majestad lo mande proveer y responder lo que más fuere servido.

De todas maneras, la consecuencia real de este debate y pese a la consagración normativa de la tesis de humanidad de los indios, es que en la práctica el reconocimiento de la libertad de los indios y de sus derechos de propiedad estaban en contravía con todo el sistema mercantilista de explotación que colocaba en entre dicho la validez de los títulos de propiedad y la validez misma de la conquista. Por esta razón, todo este cuerpo normativo resultó ser letra muerta, en cuanto que la realidad histórica nos muestra más de cuatrocientos años de sometimiento esclavista de los indios americanos.

La tercera institución colonial que puede ayudar a la mejor compresión de la herencia de la disociación de la realidad del derecho es la institución de la familia.

20 Como De las Casas mismo lo reivindicaba en sus obras, la primera persona en denunciar los abusos de los colonizadores contra los indígenas fue el padre Antonio de Montesinos en un discurso pronunciado un año después del arribo de Cristóbal Colón a tierras Americanas. En dicha oportunidad afirmó: "Me he subido aquí, yo que soy la voz de Cristo en el desierto de esta Isla…Esta voz dijo a los españoles que todos estáis en pecado mortal, y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a que estos indios?… ¿Éstos no son hombres? ¿no tienen ánimas racionales? ¿no sois obligados a amarlos como a vosotros mismos?"

21 Pena, Vicente, L. 1992. La idea de justicia en la conquista de América. Madrid: Ed. MAPFRE América, version électronique, p. 98.

A partir de las reformas protestantes del siglo XVI, la legislación eclesiástica y civil en la mayor parte de los países europeos adoptaron como patrón fijo y único, la familia nuclear, heterosexual y monógama.

Sin embargo, y pese a que dicha regla tenía carácter imperativo, claro y normativo, es evidente que la colonización española terminó por producir mezclas raciales y mestizajes, hasta el punto de que, gracias a ésta, hoy podemos hablar de una cultura latinoamericana.

Este fenómeno tuvo lugar en el proceso de colonizador español básicamente por tres razones: Los españoles, a diferencia de otros colonizadores europeos, vinieron sin sus familias; así mismo, los españoles no tuvieron inconveniente en mezclarse racialmente con los indios de las Américas, por último, el adulterio y el concubinato de los españoles fueron aceptados socialmente por las poblaciones de América latina.

Estas tres instituciones normativas de la colonia nos ayudan a retratar por qué las élites independentistas latinoamericanas intentaron construir la identidad nacional y la nación colombiana a partir de realidades normativas a pesar de la ausencia de fuentes materiales.

Como venimos de verlo, la experiencia de la colonización dejó la idea en el ambiente de poder, que era posible construir una organización social con el distanciamiento entre aquello que es consagrado en las normas y aquello que sucede en la vida cotidiana.

Todas las constituciones colombianas, incluida la de 1886 establecieron el deber de todos los granadinos ó colombianos, según la naturaleza de la declaración, a "Vivir sometidos a la constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades establecidas por ellas", leyes cuya expedición estaban en cabeza del "legislador" como representante de la nación y sobre quien residía "esencial y exclusivamente" la "soberanía".[22]

Sobre este aspecto de encarnación de la voluntad general y nacional en el cuerpo legislativo, el 15 de febrero de 1819, el mismo Simón Bolívar expresó en el congreso de Angosturas: "¡Dichoso el ciudadano que bajo el escudo de las armas de su mando ha convocado la soberanía nacional para que ejerza su voluntad absoluta! Yo, pues, me cuento entre los seres más favorecidos de la Divina Providencia, ya que he tenido el honor de reunir a los representantes del pueblo de Venezuela en este augusto Congreso, fuente de la autoridad legítima, depósito de la voluntad soberana y árbitro del destino de la nación."[23]

22 Al respecto diciente es una de las frases que se encuentran fijada en el capitolio nacional pronunciado por Manuel María Mallarino en 1855: "El Congreso es el verdadero poder de la República, el que representa la voluntad nacional".

23 Discurso publicado en el Correo del Orinoco, números 19, 20, 21 y 22 del 20 de febrero al 13 de marzo de 1819. El Libertador, en carta de Tunja de 26 de marzo de 1820, escribía lo siguiente al general Santander: "Mando a usted la Gaceta. Número 22, para la continuación de mi discurso; en ella es menester tomar el mayor interés en sus enmendaduras, porque lo he hecho en el mayor desorden, pero lo que está borrado debe no ponerse. Lo que está subrayado, como son las expresiones de Montesquieu, que se ponga en letra bastardilla, y la divisa en letra mayúscula".

Al igual que los constituyentes de Cádiz quienes reivindicaron la idea de soberanía nacional para manifestar su independencia frente a los invasores Franceses, los independentistas nacionales encabezados por Bolívar desde la Constitución de Cúcuta, hicieron de la idea de soberanía nacional un medio de implementación de la ciudadanía activa, dejando la esperanza de igualdad a los ciudadanos pasivos, para cuando aquellos adquirieran la educación y la redención de los males heredados de la colonia.

Dicha postura de abrazar la idea positivista de obediencia de las leyes de manera incondicional, desde la presunción de corrección de las normas por el sólo hecho de haber sido expedidas por el legislador como representante de la nación, estuvo signada principalmente por dos factores, por un lado, por la carencia de identidad nacional y el fracaso de los proyectos de construcción de la misma por vía de fuentes materiales y específicamente por vía de proyectos migratorios y educativos; y por otro, por los riesgos de desmembración de la nación, que gracias a la indefinición del texto constitucional, había sufrido la Gran Colombia desde la declaración de la independencia en 1810 hasta la promulgación de la Constitución de 1886, cuando en los años treinta Venezuela y Ecuador fueron arrojados a su separación. De allí, la preocupación de los criollos por establecer y garantizar desde la rigidez del positivismo ideológico, el "sometimiento"[24] a la ley positiva como único medio eficaz de la unidad formal de la nación y remedio de contención de los riesgos y ataques internos y externos de su construcción.

24 "En este sentido advertía Sergio Arboleda en 1860 "Reprimamos toda violación del Derecho, cualquiera que sea y habremos establecido la libertad". (Frase que también se encuentra plasmada en una de las placas del capitolio nacional).

Positivismo Científico

Por otro lado, y desde el punto de vista del positivismo científico, se afirma que los jueces y en general el derecho sólo deben dar cuenta de la validez formal y material de sus decisiones y/o posiciones jurídicas,[25] es decir, que los problemas del derecho y de los juristas son problemas interpretativos de reglas, ajeno a cualquier valoración de tipo moral o de deber ser (derecho ideal).[26]

En consecuencia, desde esta posición un postulado y/o decisión jurídica es considerado válido, en tanto la norma y/o decisión que se examina haya sido expedida de acuerdo con los procedimientos previamente establecidos (validez formal), y fuera acatada en algún grado por sus destinatarios (validez material), es decir, los jueces y en general los juristas al momento de aplicar la norma debían asumir una actitud avalorativa[27] o éticamente neutral para garantizar la objetividad de sus posturas y decisiones.

Esta visión positivista se encuentra plasmada en nuestro sistema, en la concepción misma de la labor interpretativa como el proceso de fijación de sentido de la ley oscura que sólo le corresponde al legislador

25 Alexy, Robert. Una Defensa de la Fórmula de Radbruch. Recuperado de www.cervantesvirtual.com.

26 Bobbio, Norberto. 1997. El problema del positivismo jurídico. México: BEEDP.

27 Guastini, R. 1990.Dalle Fonti alle Norme, Giapichelli. Torino.

(art. 25), como garantía de neutralidad avalorativa, y en la prohibición de acudir a los motivos de la norma clara, contenido en el citado artículo 27 del Código Civil, a la obligatoriedad incondicional de la Ley, prescrita por el artículo 18 del mismo Código.

Sobre este papel neutral avalorativo en la interpretación, la Corte Suprema consideró en 1912 "La hermenéutica legal no permite al juez establecer limitaciones a un principio que la ley formula de un modo general, comprensivo de todos los objetos de un mismo orden. Cualquier limitación de parte del juez es arbitraria" (Cas.,29 febrero 1912, XXI 19). Sin embargo, aunque en los años cincuenta mantenía su postura avalorativa de la judicatura, consideraba que la interpretación no sólo se limitaba al caso de las leyes oscuras y defectuosas "interpretar la ley es fijar su sentido y alcance. La necesidad de interpretar las leyes no depende sólo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Aun suponiendo leyes perfectas siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislados no puede prever todos los casos que ocurran; sólo le es posible dar reglas generales, lo que requiere la interpretación de estampara resolver los diferentes casos particulares que puedan presentarse en la práctica". (Corte Suprema, sala de Casación, 14 de julio de 1947, LXII, 613).

En este concreto debate sobre el papel avalorativo del ejercicio del derecho y específicamente de la labor judicial, se ubica el origen mismo de la fuente formal de la Constitución de 1991 (Constitución vigente en Colombia). Mediante sentencia número 138 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en decisión supremamente dividida (14 votos contra 12 votos) declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, por medio del cual el gobierno nacional en ejercicio de facultades excepcionales y como resultado de los escrutinios de la votación de la séptima papeleta, decretó la convocatoria de votación de la asamblea nacional constituyente.

El origen de la disputa se centró en la juridicidad del fallo. En su salvamento de voto, los magistrados disidentes calificaron, así como en macondo, el fallo mayoritario de la sala como una "imposible alquimia jurídica" por ser una decisión eminentemente política y no jurídica con "el raciocinio de que el derecho no se encuentra en el reino de la lógica sino en el de los valores".

El fallo mayoritario se sustenta en dos argumentos básicos, por una lado, y como respuesta a la solicitud de inhibición del procurador, la Corte asume el problema de su competencia para revisar el mencionado Decreto, afirmando que es competente para dicha labor, con un argumento puramente de validez formal, en cuanto que el artículo 214 de la Constitución la facultaba para revisar de manera previa la constitucionalidad de los decretos excepcionales expedidos por el gobierno en virtud del artículo 121 de la misma Constitución.

Sin embargo, el punto central de la disputa, y que interesa resaltar aquí, giró alrededor de la juridicidad de la sentencia. De acuerdo con el artículo 13 del Plebiscito de 1957 y el artículo 218 de la Constitución de 1886, la Constitución sólo podía ser reformada por un acto legislativo discutido previamente y aprobado por la mayoría absoluta de las dos cámaras, en consecuencia, el problema resultaba obvio, determinar si era constitucional la convocatoria a una asamblea nacional constituyente por medio de un decreto de estado de excepción, que en últimas iba traer como resultado la reforma de la propia Constitución.

Para abordar la solución de este problema, la porción mayoritaria de la Sala acude a destacar que la labor del jurista debe abordar el estudio de los asuntos no sólo desde el punto vista lógico, es decir, desde su validez formal, sino desde su ser ontológico, que está "en el mundo de los valores" y que le exige a éste preguntarse sobre la utilidad ó inutilidad de las normas, concluyendo, en este asunto que al Decreto en revisión "no basta(ba) compararlo con el artículo 218 y el artículo 13 del Plebiscito del 1 de Diciembre de 1957 sino que deb(ía) tenerse encuentra su **virtualidad para alcanzar la paz.**"

La Corte resuelve este punto central de la sentencia acudiendo a un argumento. El Estado está compuesto por tres elementos: el territorio, la nación y el orden jurídico; la nación es el pueblo y es en éste donde recae la soberanía, en consecuencia, como quiera que el constituyente primerio es la nación, y ésta no tiene más límites que los que ella misma se impone, los poderes constituidos no pueden revisar sus actos. Como consecuencia de este razonamiento, la Corte declara la constitucionalidad del decreto por expresar la voluntad del constituyente primario, quien no estaba sometido a las reglas de reforma de la constitución vigente. Sobre este aspecto la Corte textualmente afirma:

"Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba".

En este punto, los magistrados disidentes acusan a la sentencia de abandonar lo que ellos llaman "la exegesis constitucional", afirmando que la Corte no podía acudir al valor de la paz como argumento central de su decisión, en cuanto que esta es una razón de tipo político, de oportunidad, conveniencia y utilidad que concierne al terreno del legislador y no a la labor juridicial, reclamando que la labor de la Corte debía restringirse a la comparación del decreto con los artículos 13 del Plebiscito de 1957 y el artículo 218 de la Constitución. Al respeto el mencionado salvamento afirma: "Por ello es de temer que en el abismo de los fallos políticos

termine sepultada la jurisdicción constitucional que ellos hacen inviable con desmedro de las instituciones de precaución y de control de la legitimidad que son imprescindibles en un Estado de Derecho."

Pese a que las contradicciones y falencias argumentativas del fallo mayoritario lamentablemente son evidentes, lo que interesa destacar aquí es las tensiones de las concepciones teóricas de la labor del juez de una y otra de las posiciones, en cuanto que los magistrado disidentes con una lucidez certera y contundente reclaman la continuidad del ejercicio "avalorativo" de la judicatura, demandando el ejercicio de revisión de constitucionalidad desde un punto de vista puramente formal, es decir, que la Corte debía ocuparse de si el acto había sido expedido de acuerdo con los requisitos y formalidades exigidas, y si éste cumplía con el requisito de conexidad, estando prohibido para un "verdadero" ejercicio jurídico preguntarse por su validez moral, argumento utilizado, (aunque de manera desafortunada desde el punto de vista de coherencia interna) por el fallo mayoritario.

Incluso es oportuno anotar que las tensiones de la fuente formal de nuestra Constitución se extendió (y aún sigue extendiéndose hoy en el llamado choque de trenes) después de la expedición de la Constitución de 1991 cuando algunos ciudadanos insistieron en la declaratoria de inexequibilidad de toda la Constitución, lo paradójico de este debate, es que la Corte Constitucional se declaró inhibida para conocer de estas demandas por considerar que el proceso constituyente, incluida su convocatoria, eran actos políticos que habían sido expresados por el constituyente primario, y que por tal razón, no podían ser controlados por un poder constituido como lo era la Corte Constitucional, paradoja histórica que ha sido calificada de manera por decirlo menos lúcida, por el profesor Pinilla,[28] como el reconocimiento explícito de una *vía de hecho retrospectiva* de la sentencia de declaratoria de constitucionalidad de la Corte Suprema.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991[29] y con la corpulenta exigencia del nuevo órgano judicial de la jurisdicción constitucional sobre la aplicación directa de la Constitución por su fuerza normativa autónoma, evidenció nuevos problemas y retos interpretativos al exigir la aplicación judicial de las normas constitucionales,[30] en cuanto que estas, en su gran mayoría, no se estructuran a manera de reglas al permitir, prohibir o prescribir una conducta, sino que se estructuran a manera de principios.

28 Pinilla, Ernesto. 2002. ¿Es viable el estado social de derecho en la sociedad colombiana? En: Pensamiento Jurídico (No. 15), Bogotá: Universidad Nacional (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales), p. 237-260.

29 Incluso desde los años 80 con influencia de otras teorías interpretativas la subsunción empezó a dejar de ser la única herramienta de interpretación de los jueces en Colombia,

30 Uribe, María Teresa. 2002. Las promesas incumplidas de la Constitución en El Debate a la Constitución. Bogotá: ILSA, p. 191- 208.

Positivismo metodológico

Como perspectiva teórica del derecho se entiende aquella concepción del derecho que vincula de manera inescindible los fenómenos jurídicos con el ejercicio de la coerción Estatal, en otros términos, es la identificación del positivismo jurídico con la teoría Estatal del derecho. Y es precisamente metodológica, por ser la forma de acercarse al estudio del derecho, o, en otros términos, de limitación del objeto a investigar, lo cual determina el interés de unos temas más que otros.

Los intereses del positivismo teórico van a girar alrededor de sus cinco características: i) Frente al concepto del derecho, se parte de la "teoría de la coactividad", de acuerdo con la cual el derecho es un sistema de normas respaldadas por amenazas, es decir, que su aplicación depende de la coacción; ii) frente a la definición de norma jurídica, "la teoría imperativa", entiende por normas las reglas que prohíben, permiten ó prescriben una conducta, y que como tal, se distinguen por ser mandatos autónomos, heterónomos, personales e impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales; iii) en cuanto a las fuentes del derecho, existe una marcada tendencia al prevalencia de la ley como fuente primigenia del fenómeno jurídico, y a reducción de la costumbre, de la jurisprudencia, de la doctrina al de fuentes auxiliares y no obligatorias del derecho, iv) en consideración al sistema jurídico en su conjunto, se asume el ordenamiento jurídico como un complejo de normas al que se le atribuye características de completitud, coherencia, no contradicción, con ausencia de lagunas o perplejidades y sin antinomias; finalmente, v) respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del juez o del jurista como esencialmente lógica como mera hermenéutica exegética y/o dogmática conceptualista.

a) Las tesis interpretativas del formalismo exegético y del conceptualismo

En primer lugar, es necesario destacar que, desde la propuesta de formalismo jurídico de la exégesis, y en especial, la construida por Cessare Beccaria[31] existían preocupaciones del Estado de Derecho formal que aún hoy subsisten e inquietan en alguna medida todas las teorías contemporáneas de interpretación. Así, los desasosiegos sobre la seguridad jurídica, la preocupación por la prevención de la arbitrariedad en las decisiones judiciales, la idea de apoliticidad del derecho y de no intromisión del poder ejecutivo en las decisiones judiciales, son hasta hoy inquietudes recurrentes de la teoría y la filosofía del derecho.

31 Beccaria, Cesare. 1990. De los delitos y de las penas. Temis. Bogotá. p. 31-35.

Las tesis centrales que sustentan la teoría jurídica del formalismo de Beccaria, podrían ser resumidas de manera muy somera en los siguientes puntos: i) Separación de poderes, en donde la función de creación del derecho corresponde única y exclusivamente al legislador, lo cual conlleva a que el juez debe aplicar el derecho valiéndose de la herramienta del silogismo jurídico, garantizando su independencia frente al poder político del ejecutivo (monarca), pero dependencia del poder legislativo; ii) existencia de limitaciones de la judicatura para aplicar el derecho, en donde su papel debe ser limitado a tal punto que el juez debe aplicar la ley incluso si es injusta, porque en este caso es menor el daño que si se dejara la justicia a la arbitrariedad interpretativa de éstos, iii) por ello, el legislador tiene la obligación de utilizar un lenguaje claro en las leyes, para que el pueblo tenga la capacidad de entender sus propias normas, pues en el caso de leyes oscuras se presenta la oportunidad para que el juez interprete. Para Becaria el silogismo perfecto será la herramienta metodológica de aplicación de la norma por el juez.

Desde tales premisas para este autor, y muy en sintonía con las tesis de Montesquieu, el juez es concebido como un ser inanimado *boca de la ley*, en tanto que su tarea debe limitarse a identificar la norma legal (premisa mayor) en la que pueda subsumir su hipótesis fáctica (premisa menor) y deducir y adjudicar la consecuencia jurídica prevista en la misma norma. En otras palabras, el juicio silogístico por el que apuesta Beccaría está constituido por la *premisa mayor* que está establecida por la norma genérica, la *premisa menor* por el juicio que declara realizado el supuesto de aquella, y la conclusión que imputa a los sujetos implicados la consecuencia prescrita en aquella.[32]

De acuerdo con esta concepción formalista de la labor judicial, la interpretación de los jueces tiene lugar en los casos en que la ley adolece de oscuridad, en tal medida, la tarea de un buen legislador es producir leyes claras que eviten la discrecionalidad e interpretación judicial, es por ello por lo que, en caso de que se presente una ley oscura es preferible una ley posterior que la interprete y la aclare, a la permisión de interpretación por parte de los jueces.

Es así, como el conceptualismo alemán nace como crítica al formalismo exegético. Savigny y va a plantear que la interpretación como acto de inteligencia que implica descubrir la verdad en los monumentos escritos es una actividad constante que no está reservada exclusivamente a los casos de oscuridad o penumbra de las leyes como lo afirmaba la escuela exegética.

De acuerdo con Savigny[33] las normas sobre interpretación son normas de derecho público. De conformidad con la tesis central de su texto, los principios romanos de interpretación del derecho privado dispuestos por Justiniano no son aplicables al derecho alemán de la época, en cuanto que las reglas interpretativas que Justiniano determinó no podían regular la forma en la que los emperadores de Alemania debían legislar, esta cuestión determina para Savigny [34] un ejemplo de la distinción entre derecho público y derecho privado.

Por el contrario, este autor sostendrá, que la interpretación es una actividad constante en la acción desplegada por los jueces, que, aunque cobra mayor importancia y exigencia cundo se presenta oscuridad en las normas, se encuentra presente y es necesaria en la aplicación de todas las normas. Por ello, su teoría se preocupará por presentar los medios interpretativos para superar las dificultades de las leyes defectuosas. De acuerdo con su puesta teórica, los defectos de la Ley pueden ser de dos tipos: expresiones indeterminadas, cuando la ley presenta expresiones ambiguas o anfibológicas, y las expresiones impropias, cuando el sentido de un vocablo está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley.

Para Savigny, la interpretación se integra por cuatro elementos: El gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, los cuales permiten según éste "la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley". El elemento lógico consiste en la "presentación del contenido de la ley en su origen y presenta la relación de las partes entre si", el elemento gramatical es un elemento necesario para el primero, porque las normas deben ser expresadas por medio del leguaje gramatical, y finamente, en el elemento histórico, se destaca que es necesario conocer las condiciones históricas para "captar el pensamiento de la ley".

Para abordar la interpretación de las leyes defectuosas Savigny propone tres tipos de remedio, a saber: En primer lugar, y el que debe ser utilizado, según éste, de manera preferente por los intérpretes, es el examen de la ley en su conjunto, el cual consiste en buscar el verdadero sentido de la ley en otras partes de la misma, y si ello no es suficiente con ayuda de otras leyes; el segundo medio, que debe ser usado sólo de manera restrictiva, es la interpretación por los motivos, sin embargo, su dificultad radica en que la fijación de estos motivos para el intérprete es muy incierto, es decir, que este medio sólo puede ser utilizado cuando el intérprete esté seguro de los motivos del legislador, y el tercer y último medio para interpretación de leyes defectuosas es la apreciación del resultado obtenido, que sólo puede ser usado para darle sentido a una expresión

32 García Máynez, E. 1974. Introducción al derecho. México: Ed. Porrúa. p. 321.
33 MFC de Savigny. Derecho Romano Actual. Segunda Edición. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1924. p. 125.

34 Ibíd., p.130.

determinada pero nunca para fijar el verdadero sentido de una ley.

La adopción trasplante y adaptación de las tesis interpretativas del formalismo exegético y del conceptualismo

Desde la apuesta por el positivismo metodológico, y su objetivo principal de asegurar la completitud, coherencia y no contradicción del sistema, el legislador colombiano adoptó las reglas interpretativas en los artículos 25 a 32 del Código Civil recogiendo los medios de interpretación de las leyes defectuosa expuestas por Savigny, para adaptarlos de manera parcial en un sistema hibrido con los postulados de la exégesis, principalmente al restringir el proceso interpretativo solamente a las normas oscuras (Artículo 25), definir la interpretación como fijación del sentido a la manera de la exégesis y no como el proceso relacional con el corpus iuris del conceptualismo alemán, y adjudicar la interpretación auténtica o legal (interpretación del legislador) como prohibición de la interpretación doctrinal (interpretación judicial).[35]

Dichas características hacen evidente la marcada influencia de los postulados del positivismo metodológico en las pautas interpretativas del sistema jurídico colombiano. Cuando el artículo 25 define la interpretación como el proceso de fijación de sentido de la ley oscura que sólo le corresponde al legislador, adoptando de alguna manera extrema y *sui generis* la idea que el derecho por el sólo hecho de ser positivo es justo al adjudicar la interpretación *auténtica* únicamente al legislador (validez desde el punto de vista formal).

El artículo 25 del régimen civil parte de la adopción de las dos tesis exegéticas de la interpretación rechazadas por Savigny, porque por un lado, adopta la tesis central de la teoría exegética de negar la interpretación jurídica, al asumir que el proceso interpretativo sólo se presenta en caso de las leyes oscura, y al afirmar que la fijación de sentido de esta ley oscura sólo le corresponde al legislador, ideas que resultan contrarias a las tesis del conceptualismo de Savigny en razón a que éste defiende la idea que la interpretación "no está restringida, como creen muchos al caso accidental de la oscuridad"[36] solamente que este último tiene más importancia y mayores consecuencias, y ello es así, precisamente porque entiende carácter mismo del proceso interpretativo no como fijación de sentido sino como identificación de la norma en la relaciones con el resto del corpus iuris, es decir, como la operación intelectual del reconocimiento de la Ley en su verdad, que resultaría negada, según Savigny, cuando el sentido de una ley fuera fijado por una ley posterior, como lo establece el artículo 25, en cuanto que a esta interpretación llamada legal o auténtica, no sería una especie de interpretación, sino más bien el contraste, la exclusión, la prohibición de la inteligencia verdadera.

No obstante, lo anterior, y que como ya se explicó, en el artículo 25 se niega la posibilidad de interpretación doctrinal al establecerle al legislador la competencia exclusiva de fijar el sentido de la Ley oscura, en el artículo 26, adopta la categorización de Savigny de "Interpretación doctrinal" como búsqueda del verdadero sentido, estableciéndolo en cabeza de los jueces y funcionarios públicos, dejando por fuera a los particulares quien sólo emplean su propio criterio. En este sentido, la ley sustrae la categoría de interpretación doctrinal de Savigny, para colocarla en cabeza de los jueces y funcionarios, que a su vez ha sido negada, prohibida y excluida por la adopción precedente de la tesis exégeta del artículo 25.

El artículo 27, nuevamente reafirma que el proceso interpretativo se reduce únicamente al caso de oscuridad en las leyes, estableciendo una restricción desde una categoría de Savigny, de *interpretación por motivos;* al prohibir al intérprete cuando el sentido de la ley es claro acudir a su espíritu. En este caso, se adopta parcialmente la teoría interpretativa de Savigny, y decimos nuevamente que es de manera parcial, porque se adapta a los postulados exegéticos, en cuanto que por un lado se niega que el proceso interpretativo sea posible en todas las normas, sustrayéndolo únicamente a las normas oscuras, y al mismo tiempo se sustenta dicha prohibición desde uno de los medios interpretativo de Savigny, el de los motivos, que como lo vimos en un principio, también debe ser restringido para el autor, pero en el la interpretación de leyes oscuras.

A pesar de lo anterior, el inciso segundo del mismo artículo 27 adapta para el caso de la interpretación de las leyes oscuras, las dos condiciones esenciales de la interpretación que resume los cuatro elementos del contenido de la ley, a saber: gramatical, lógico, histórico y el sistemático, expuesto por Savigny, para interpretar las leyes en su estado normal (no defectuosa), en tal sentido, desde su visión exégeta del papel del juez, la ley retoma los principios interpretativos expuestos por Savigny de las leyes en su estado normal a la interpretación de las leyes oscuras.

Por otra parte, los artículos 28 y 29 apropian para la interpretación de leyes oscuras, los elementos gramatical e histórico definidos por Savigny para la interpretación de las leyes en su estado normal, el primero que tiene por objeto el lenguaje de las leyes y el segundo identificando el derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley fue dada.

El artículo 30 por su parte, adopta el principio interpretativo de Savigny de "Examen de la legislación en su conjunto", según el cual la parte defectuosa de una ley puede interpretarse con ayuda de

35 Ver López Medina, Diego. 2004. Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina. Bogotá: Editorial Legis –Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes.

36 MFC de Savigny, Óp.cit. p. 189.

otras partes de la misma ley ó con la ayuda de otras leyes, siendo este el camino más seguro.

Por último, el artículo 32 establece como subsidiarios al examen de la legislación en su conjunto, los dos principios interpretativos de las leyes defectuosas explicados por Savigny, es decir, la interpretación según sus motivos que lo denomina "espíritu general de la legislación", y la apreciación de resultado obtenido "la equidad natural", es decir, que cuando el primer principio de interpretación no aclare el sentido oscuro de la norma, el intérprete podrá aplicar de manera subsidiaria el espíritu general de la legislación (motivo), y la equidad natural (resultados).

En síntesis, se puede afirmar que el legislador colombiano aseguró la unidad nacional a través de la Ley (fuente formal), por medio del positivismo metodológico, y específicamente de su objetivo principal de concepción del sistema jurídico de completitud, coherencia y no contradicción, trasplantando y adaptando dos concepciones teóricas de la argumentación jurídica que en sus medios de origen eran opuestas, en cuanto que reservó la definición de la interpretación para el caso de la oscuridad de la norma, y fijó la fórmula del referé legislativo como remedio más eficaz y seguro de interpretación de las leyes defectuosas, (es decir cuando el legislador expide una nueva norma para aclarar el sentido de una anterior), y de esta manera adoptó las tesis centrales de la exégesis rachadas por el conceptualismo alemán, pero al mismo tiempo adoptó los tipos interpretativos de la escuela conceptualista alemana (gramatical, histórico y lógico), que habían nacido como crítica de los postulados exegéticos, asegurando de una manera sui generis el positivismo jurídico como fórmula de regeneración de la nación, haciendo una vez más de la fuente formal la fórmula más general de pacificación e identidad nacional.[37]

La concepción de positivismo metodológico desde los parámetros interpretativos del sistema colombiano. Coherencia, completitud y no contradicción del ordenamiento

Aunque la práctica judicial preconstituyente de la Corte Suprema de Justicia ha sido caracterizada[38] en tres grandes momentos históricos, de acuerdo con la adaptación, adopción y trasplantes de teorías foráneas que las influenciaron, con la siguiente periodicidad: Un primer periodo de formalismo con la adaptación y trasplante de las tesis exegéticas y conceptualistas, una segunda etapa *Antiformalista* de la mano de la adaptación de las Tesis de "interpretación del derecho libre" de Iering (Corte de Oro de 1916-1940), y un tercera etapa *Neoclasicista* con la

37 Laguado, Arturo. 2004. Pragmatismo y voluntad Nacional: La idea de nación de las élites en Colombia y Argentina. 1880-1910. Bogotá: Unibiblos-Universidad Nacional de Colombia.

38 López Medina, Diego. Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina. Editorial. Óp. Cit. p. 234.

influencia y adaptación de la teoría pura de derecho de Hans Kelsen (1941-1980), lo cierto es que, todos estos momentos en que puede ser dividida analíticamente dicha práctica judicial pre-constituyente, desde el punto de vista en el que hemos abordado hasta aquí nuestro estudio, es decir desde las estrategias discursivas y momentos e intereses que las explican, es necesario destacar que todas reflejan la conciencia jurídica clásica, en cuanto que todas identificaron al derecho como una práctica independiente de la justicia y la equidad, porque consideraron el sistema jurídico como una actividad destinada únicamente a examinar los textos preexistentes, independiente de las necesidades, intereses y realidades.

En consecuencia, y no específicamente por la "mala intención del lector" ó por la "pobreza hermenéutica de nuestro medio",[39] es lo que explica que las élites judiciales colombianas hayan adaptado, trasplantó e hicieran variaciones a las teorías jurídicas foráneas en función del positivismo metodológico, sino la necesidad de unificación de los inicios de la nación, la necesidad de apropiación de las fuentes de decir el derecho por las particularidades específicas de la creación del estado nacional, y la especial relación entre capital y coerción, en razón de la inserción de Colombia en el sistema internacional como país abastecedor de materias primas, que obligó a las élites nacionales una vez apropiadas de dichos medios, a hacer de las tesis positivistas desde el punto de vista metodológico, un mecanismo eficaz de control y gobernabilidad.

En tal medida, todas estas etapas (pese a la importancia que tiene destacar las explicaciones conceptuales, la influencia y adaptación de la teoría foránea respectivas que las influenciaron), estuvieron bajo la influencia de la perspectiva metodológica[40] del positivismo jurídico, y de sus tesis fundamentales: al entender como derecho, y por ende, material relevante de interpretación jurídica, las normas producidas por el Estado,[41] de preexistencia de las reglas,[42] y de completitud y unidad del sistema jurídico, defendido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y complementado por las reglas interpretativas introducidas por la Ley 153 de 1887. Pues es evidente que la adaptación de las reglas interpretativas del conceptualismo alemán de Savigny a los postulados de la exegesis francesa de la primera época, la lectura de la "libre investigación científica" que hizo la Corte de Oro desde un cientificismo conceptualista, y la lectura exegética de la teoría pura de

39 Botero, Catalina. 2002. Para entender la narrativa jurídica colombiana. En: Revista Digital Precedente p.242-256. Recuperado en www.icesi.edu.co.

40 Nino, Carlos Santiago. 1985. La validez del derecho. Buenos Aires: Astrea. p.102- 3.

41 Hart, H. El Concepto del Derecho. 1961. Traducido por G. Carrio. México: Ed. Nacional, p. 230.

42 González Vicen, F. 1985. La obediencia del derecho. Una anticrítico. En: Sistema No. 65.

Kelsen en el tercer periodo, estuvieron destinados a negar cualquier examen del derecho desde el punto de vista sustancial o moral.

Así las cosas, la Corte Suprema[43] Consideró que a ninguno de los asuntos que se sometían a consideración judicial se les podía negar decisión por parte de los jueces aduciendo lagunas, oscuridad o deficiencia de la Ley, porque el juzgador sólo podía hallarse en cuatro situaciones diversas en su aplicación, a saber: i) que existiera una disposición legal precisa y clara aplicable al caso; ii) que el texto legal fuera oscuro, iii) que coexistieran dos disposiciones legislativas aplicables al asunto, la una anterior y posterior a la otra, y, finalmente, iv) que no hubiese disposición aplicable, porque la ley no había contemplado el caso, para lo cual el mismo legislador consagra e impone reglas y principios de interpretación por vía de doctrina (judicial).

En consecuencia, la completitud, coherencia y ausencia de lagunas del sistema jurídico, en cada una de estas situaciones, para la Corte[44] estaba plenamente salvado. El sistema de reglas interpretativas puede ser resumido así:

Para el caso de las leyes claras, le estaba prohibido al juez desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (art. 27 C.C.), teniendo la obligación de entender las palabras en "su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras".

En el evento de las leyes oscuras, el juez debía atender las reglas establecidas en los artículos 25 a 32 del Código Civil, es decir, la adaptación y trasplante a la manera exegética de Beccaria con los métodos de interpretación de las leyes defectuosas de la teoría interpretativas de conceptualismo de Savigny (gramatical, lógico, histórico y el sistemático).

Para la ausencia de norma aplicable al caso, el juez debía emplear el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que deben aplicarse las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional (artículo 4 de la Ley 153 de 1887) y las reglas generales del derecho, ó, la regla del artículo 13 de la misma Ley 153 consistente en "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva."

Frente al conflicto de aplicación de las normas, el juez debía valerse de las reglas de especialidad, jerarquía y temporalidad establecidas en la misma Ley 153 de 1887, esto es, en conflicto de leyes en el tiempo debía atender lo dispuesto en el artículo 2, que a letra dispone: "La ley posterior prevalece sobre la ley anterior.

En caso que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas sean preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.", en los casos de conflicto de leyes por especialidad, el juez debía atender lo dispuesto en el artículo 8; y en caso de conflictos de normas de diferente jerarquía normativa, el artículo 40 del acto legislativo 03 de 1910 y el artículo 5 de la Ley 153 de 1887 establecen que "cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquella.";[45] y en el caso inexistencia de norma aplicable al caso el juez debía recurrir a le regla de la analogía "Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."

Con referencia a las fuentes de donde dimana la interpretación, y el valor auténtico de la interpretación legislativa la Corte Suprema sostenía: "a) auténtica y obligatoria para todos, la del legislador, que se vale de una ley especial, o mejor dicho de una ley nuevamente para declarar el significado de otra precedente; b) doctrinal, la de los jurisconsultos, que explican la Ley por su propia autoridad. El valor de esta interpretación depende de la autoridad del intérprete; c) jurisprudencial, la de los tribunales, que por aplicar repetidamente la ley en casos semejantes, tienen ocasión de declarar su alcance en todos los aspectos. La interpretación con autoridad o auténtica corresponde al legislador. Las leyes que explican o interpretan el significado de otra, no tiene por objeto introducir disposiciones nuevas, sino determinar en caso de duda el sentido de las leyes existentes. Ellas forman una sola con estas últimas, No son, a decir verdad, leyes nuevas; no se aplica la ley interpretativa sino la ley interpretada, tal como lo ha suido legislativamente- La consecuencia es que la ley interpretativa se aplica a los hechos que le son anteriores, con tal que los mismos sean posteriores a la ley interpretada. Nuestra Constitución prescribe la aplicación de la Ley antigua, aquella bajo cuyo imperio se ha producido el negocio o consumado la transgresión, negando por tanto, a la nueva ley fuerza retroactiva. Pero esta regla no se prefiere a los casos de una interpretación auténtica de la Ley antigua, es decir, a una determinación o alcance de la Ley que es de aplicación inmediata, aun para los casos ya realizados en el momento de entrar en vigencia. En cuanto a casos ya sentenciados, el principio de la autoridad de la cosa juzgada exige que las resoluciones ya dictadas, amparadas por sello de la ejecutoria queden firmes. De esta clase se interpretación hablan los artículos 25 y 26 del C.C. y 59 del C.P. y M." (Casa, 14 de julio de 1947, LXII 613).

En esta línea la Corte Suprema sostenía: "la Corte Suprema no tiene facultad

43 República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación, 6 de septiembre 1940, L, 38.

44 Kelsen, Hans. 1969. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, p. 147 y ss.

45 El texto original del artículo es el siguiente: "Una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe."

para fijar de un modo general el alcance y el sentido de una disposición legal. El alcance que tenga un precedente de la ley no puede fijarlo sino por vía de doctrina cuando tenga que darle aplicación en un caso determinado que se halle sometido a su decisión. Esto es, pueden interpretarse en los negocios que esperan su solución los preceptos legales que reconocen el punto debatido, pero en tal evento su teoría o doctrina no tiene carácter general y puede ser revisada por la Corte".[46]

En consecuencia, podemos concluir que las reglas interpretativas pre-constituyentes están cimentadas sobre los tres principios expuestos por Ehrlich Dic juristische logia (1918), que a pesar de constituir uno de las más lúcidas críticas al positivismo en pro de la libre valoración de intereses, logra resumir de manera contundente los tres pilares sobre los que descansa las tesis positivistas: i)toda decisión judicial supone una regla preexistente, ii) que esta regla siempre está dada por el Estado, y en consecuencia, iii) que la complejidad de estas reglas presentan una unidad coherente sin lagunas.[47]

Así las cosas, no sólo es necesario destacar que las reglas interpretativas del Código Civil, y de la Ley 157 de 1887, que rigieron el ejercicio interpretativo de la judicatura nacional durante el siglo XIX, son el resultado de la adaptación creativa de teorías interpretativas de la exégesis, del conceptualismo Alemán y de la escuela positivista de Austin y Kelsen, sino que además es importante hacer énfasis en la intencionalidad de dicho trasplante y adaptación creativa en función del positivismo jurídico en sus tres dimensiones, es decir, desde la concepción de la norma jurídica, la teoría de las fuentes y la teoría de la interpretación.

El post-positivismo jurídico emergente en el constitucionalismo colombiano

Este "nuevo" paradigma, se ha venido asumiendo por parte de la comunidad jurídica nacional con ayuda de la literatura foránea. La exigencia de la aplicación judicial directa de la Constitución no sólo ha sido empujada por la vigorosa jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino también por el nuevo rol que ha tenido que asumir la judicatura con las acciones constitucionales, tales como la de tutela (amparo), las acciones populares y de grupo, y que han traído como consecuencia el reconocimiento explícito de que los principios al igual que las reglas[48] sean considerados como normas con fuerza jurídica, con algunos criterios de distinción.[49]

Para abordar el estudio del resurgimiento de las tesis post-positivistas y especialmente la aparición de la herramienta de la ponderación en el ejercicio de la interpretación y de la labor de los jueces en Colombia este apartado será dividido en tres partes. En primera instancia, se ilustra el debate existente entre la existencia ó inexistencia de diferencias estructurales entre reglas y principios, exponiendo las diferentes, y que a nuestro entender constituyen las tesis más potentes de las distinciones, para luego presentar las críticas existente a las mismas, en un segundo apartado, se exponen la influencia del debate en la Corte Constitucional Colombiana y sus implicaciones en el sistema de reglas interpretativas existentes hasta 1991, para luego de ello, en un último apartado de esta capítulo presentar los diferentes momentos de evolución de la herramienta de la ponderación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1.Distinción doctrinal entre reglas y principios

Los cuestionamientos de la coherencia y suficiencia explicativa del fenómeno jurídico que ha brindado el positivismo jurídico han sido atacados desde muchos frentes. Uno de ellos, que pareciera ser uno de los que ha dado mayores frutos, tanto por su pertinencia histórica, como por su idoneidad para plantear nuevas vías a la ciencia jurídica ha sido la "jurisprudencia de principios" ó también llamado "constitucionalismo de principios", que surge y se enfoca desde el punto de vista analítico, a partir de la constatación de insuficiencia explicativa del fenómeno jurídico, desde un universo jurídico compuesto únicamente de proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho de permisión y/o prohibición y una consecuencia jurídica, tal y como lo pretendió el positivismo del siglo XIX y de mediados del XX.[50]

Sin bien es cierto, los principios generales de derecho son un elemento existente con anterioridad al reavivamiento de la discusión iusnaturalista de la postguerra, en cuanto que de éstos ya hablaba el código civil austriaco de 1811, el código civil Italiano de 1865, el español de 1889 y en nuestro medio el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 en cuanto prescribe que: "cuando no haya regla exactamente aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho", también es verdad, que en el debate jurídico colombiano, cuando se hablaba de principios generales del derecho, se hacía desde un punto de vista positivista, es decir, desde la *analogía iuris*, en el que en los casos de ausencia de una norma aplicable, el operador jurídico debía acudir a diversas disposiciones del propio ordenamiento de los cuales extraía los principios generales que los informaban, en consecuencia, esta era una labor positiva en el sentido de que consistía en

46 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 28 octubre 1925, XXXII, 73.
47 Ehrlich, Die juristische logik. 1918.

48 Alexy, Robert Ibíd. p. 75. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

49 Dworkin, Ronald. 1989. Los derechos en serio. Traducido por Marta Guastavino. 2ª ed. Barcelona: Ariel. p. 73 y ss. 51.

50 Cianciardo, Juan. 2003. Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción. En: Boletín Mexicano de derecho Comparado. Septiembre-Diciembre, No. 108. Vol. XXXVI. P. 891-906.

explicitar lo que estaba implícito en el sistema, por eso se denominaba ordinariamente reglas generales del derecho, sin que por esta vía, se reconociera que en su proceso de descubrimiento existiera una relación del sistema del derecho con otros subsistemas, especialmente con el de la moral.

Sin embargo, como todo el mundo sabe, el debate contemporáneo se ha reavivado a partir de una nueva concepción de los principios, especialmente a partir de diferenciación estructural de principios y reglas que dio origen a lo que algunos llaman "constitucionalismo principialista" que ha sido reeditado en la teoría del derecho a partir del trabajo de 1967 del filósofo de Oxford, Ronald Dworkin, y su pregunta central sobre la existencia de respuestas correctas en el derecho.[51]

Como respuesta al modelo de reglas propuesto por el positivismo jurídico de Hart[52] y Kelsen,[53] Dworkin propone un modelo del sistema jurídico compuesto por reglas y principios, porque de acuerdo con su teoría, son estos últimos los que permiten encontrar una única respuesta correcta en caso que las reglas no la determinen. De acuerdo con este modelo, la única respuesta correcta es la que mejor puede justificarse desde las reglas, los propios principios y la constitución, en un proceso de entrada (input) y salida (output), es decir, de su concepción del derecho como integridad, que aunque no propone un procedimiento para su alcance, acude a dos conocidas y polémicas metáforas para su explicación, la de la existencia de un "Juez Hércules" quien está dotado con sabiduría, conocimientos, paciencia y agudeza sobrehumanas, correspondiéndole al juez real acercarse lo más posible a dicho ideal, y la de la novela en cadena, en donde el ejercicio del derecho es equiparado a la elaboración de una obra literaria en la que es necesario respetar los capítulos precedentes y escribir el siguiente de la mejor manera posible.[54]

De acuerdo con la tesis de distinción de principios y reglas de Dworkin existen dos elementos estructurales para diferenciar las reglas y los principios. De un lado, se señala que las reglas deben ser aplicadas en una relación todo-o-nada (all-or-nothing,fashion)[55] y, por el contrario, los principios no. En consecuencia, cuando se presenta los supuestos de hecho prescritos en una regla, sólo existen dos posibilidades, ó se aplica la regla por ser válida ó se inaplicada por ser inválida, lo que a su vez implica la exclusión del sistema hacia el futuro, mientras que en los principios no sucede así, porque, aunque la formulación de los supuestos de hecho sea aplicable al caso, estos no determinan obligatoriamente la decisión, sino que solamente determinan razones de una u otra decisión.

El segundo elemento estructural de diferenciación entre los principios y las reglas, destacado por Dworkin, y que se en cuenta necesariamente ligado de manera consecuencial con el anterior, señala que los principios tienen una dimensión de peso (Dimensión of weigth) que no se encuentran presente en las reglas. Es decir, que cuando los principios colisionan se puede dar un valor mayor a uno sobre otro que defina la decisión, sin que ello implique, su desaparición inmediata y hacia el futuro del sistema, por el contrario, cuando dos reglas colisionan, y no existe una excepción de inaplicación de una sobre la otra, una de las dos debe desaparecer del sistema.

Por otro lado, la teoría argumentativa de Robert Alexy,[56] como crítica del postulado de Dworkin, parte desde el ataque a la afirmación de Dwokin de existencia de una única respuesta correcta en el derecho, pero a su vez, asumiendo las distinciones de principios y reglas expuestos por Dworkin. De acuerdo con Alexy, los criterios de distinción propuestos por de Dworkin son importantes, pero no atacan el "verdadero núcleo de la distinción", lo cual lo conduce a presentar una teoría argumentativa de los principios deficiente, y que lo motiva a él a presentar su teoría argumentativa de la razón práctica general.

Al igual que Dworkin, para Alexy tanto las reglas como los principios son normas con fuerza jurídica, que presentan criterios de distinción, así mismo, Alexy también destaca como uno de los criterios de distinción entre reglas y principios la generalidad, encontrando que los principios son más generales que las reglas, en segunda instancia, Alexy también destaca que las reglas se aplican en una relación todo o nada, en términos de validez e invalidez, es decir que cuando dos normas entran en colisión sólo una de ellas puede ser aplicada invalidando a la otro, los principios por su parte no pueden ser invalidados, y en tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, al igual que para Dworkin, para Alexy los principios tienen una dimensión de peso, y cuando colisionan debe ser aplicado el de mayor peso, en las reglas como ya se dijo la colisión debe ser resuelta en términos de validez.

Sin embargo, para Alexy dichas distinciones no atacan el verdadero núcleo de la distinción. Pues la pregunta que debe hacerse es ¿porqué colisionan los principios?, a lo cual responde, que los principios se constituyen como máximas de optimización determinadas por las posibilidades fácticas y jurídicas de una sociedad

51 Dworkin, Ronald. 1967. ¿Es el derecho un sistema de reglas? Más tarde Incorporado como título segundo de su libro los derechos enserio.

52 Hart, H. L. A. 1961. El concepto de Derecho. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 40.

53 Kelsen, Hans. 1963. Teoría pura del derecho. Buenos Aires: Eudeba. p. 98.

54 R. Dworkin, 1989. Los derechos en serio. Traducido por de Marta Guastavino. 2ª ed. Barcelona: Ariel, p. 72-78.

55 Ibíd.

56 Ibíd.

determinada, que como tal, sólo pueden ser cumplidos gradualmente. Por el contrario, las reglas, exigen su cumplimiento y en tal sentido sólo pueden ser cumplidas o incumplidas, en consecuencia debe reconocerse, según Alexy, que los principios son mandatos de optimización que tienen cargas morales, y por tal razón, son estás entidades jurídica las que determinan la relación existente entre el derecho y la moral, lo cual trae como consecuencia, que para poder aplicar los principios sea necesario establecer la relación entre argumentación jurídica y argumentación moral.

Este último aspecto, según Alexy ha sido abordado en la teoría del derecho desde teorías valorativas fuertes y teorías débiles, en las primeras se asume que los principios pueden ser establecidos a priori de manera jerárquica y en abstracto por el constituyente, posición que resulta para éste autor por demás imposible por las limitaciones del conocimiento, y por razones lógicas del contenido moral de los principios, por su parte las teorías débiles, como la que él propone, asumen que los principios como máximas de optimización con contenidos morales no pueden ser jerarquizados en abstracto y a priori por el legislador, y por tal razón, es necesario para el caso de resolución de sus colisiones un procedimiento, y este no es otro que su método argumentativo de la ponderación.

Para Alexy, la argumentación jurídica constituye un caso especial de la argumentación práctica general por su vinculación institucional determinada por la Ley, los precedentes y la dogmática, que en todos los casos no conducen a resultados porque la colisión de los principios no pude ser resuelta por las mismas pautas interpretativas de las reglas de: jerarquía, temporalidad y especialidad; debido a las cargas morales de éstos. Frente a este último punto, existen dos posiciones extremas de la posibilidad de valoración racional de los principios, por un lado, se encuentran los planteamientos subjetivista relativos, en el que la respuesta dependerá de la discrecionalidad del juez y los objetivistas, para quienes los principios deben ser jerarquizados en abstracto y a priori, imposibilitando a posteriori la valoración racional de los principios. Dentro de estos dos extremos Alexy se presentará con una posición intermedia con una "teoría moral procedimental", como aplicación especial de la teoría del discurso práctico general, en la que se debe tener la pretensión de corrección por el intérprete a través del código de la razón práctica Kantiano de no contradicción, claridad lingüística, verdad empírica y universalidad, a través de la ponderación.

La metodología argumentativa de la ponderación de principios normativos es estructurada por Alexy en tres pasos principales: en primer lugar, debe establecerse las condiciones de prioridad de los principios, en este paso el intérprete debe establecer en abstracto en que condiciones prevalece un principio sobre el otro.

En un segundo momento deben fijarse las estructuras de la ponderación, teniendo en consideración que los principios se estructuran como mandatos de optimización, y en este sentido, su realización debe ser garantizada de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso. Las posibilidades fácticas deben ser establecidas por el intérprete según la adecuación y la necesidad de la medida bajo estudio, la adecuación de la medida es examinada bajo la relación de la restricción del principio y el fin perseguido con la medida, y la necesidad debe ser establecida examinando si existe otra forma de intervenir el principio que lo afecte en una menor medida. Las posibilidades jurídicas deben ser establecidas por el intérprete determinando el equilibrio entre el fin perseguido y los principios en colisión con la siguiente regla en la que se apoya todo el método de la ponderación: "Cuando más intensa sea la intervención en un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".

Por último, en un tercer momento el intérprete debe establecer las prioridades prima facie, que establecen la carga argumentativa para el principio que prevalece.

Por su parte, en el reconocido trabajo las piezas del derecho, Atienza y Manero,[57] presentan tres tipos de diferencias de los principios y las reglas. Diferencias funcionales, que se centran en el papel que cumplen las normas en el razonamiento práctico, unas diferencias de tipo político, que se centran en las relaciones de las normas con las relaciones sociales y de poder, y unas de tipo estructural que se ocupan en las distinciones de organización deóntica y lingüística de las normas, por el interés propio de este trabajo, y por ser el criterio que privilegian los mismos autores en su trabajo, nos ocuparemos sólo de la última de las distinciones.

De acuerdo con Atienza y Manero, desde el punto de vista estructural, la diferencia entre principios y reglas puede ser estudiada bajo una nueva clasificación de la diferenciación estructural entre principios en sentido estricto y directrices y normas programáticas. En este sentido, para Atienza y Manero, desde el punto de vista puramente estructural e interno, las reglas se diferencian de los principios en cuanto que las primeras delimitan de forma cerrada sus condiciones de aplicación, y las segundas lo hacen de forma abierta, en sus palabras la distinción estructural entre principios y reglas estriba "en que los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que las re-

57 Atienza, Manuel, y Ruíz Manero, Juan. 1996. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel.

glas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las propiedades de aplicación tengan una periferia mayor o menor de la vaguedad, sino que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas."[58]

En este mismo sentido estructural, Atienza y Manero encuentran[59] una diferencia entre los principios en sentido estricto y las directrices, "de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configurados de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados."[60]

58 Óp. cit.p. 9.

59 Ver una de sus principales críticos: Mareso, José Manuel. 2001. El encaje de las piezas del derecho. En: Imsomnia No. 14. Abril. p. 135-157. Recuperado en: www.cervantesvirtual.com.

2.Críticas a las diferenciación estructural entre principios y reglas[61]

Una de las críticas contemporáneas más agudas a la diferenciación estructural entre principios y reglas es la propuesta por A. Arnio, según éste, desde el punto de vista puramente lingüístico, las reglas y los principios forman una escala que podría ser dividida en cuatro segmentos: i) Reglas, ii) Principios, iii) Reglas que parecen Principios y iv) Principios que parecen reglas, en este sentido, para este autor, las distinciones estructurales propuestas son cuestiones de grado de generalidad, que no cuentan con fronteras "claras y sencillas" entre los subgrupos que conforman las categorías propuestas, y por tal razón, la distinción al momento de su aplicación se desdibuja.[62]

Esta crítica, se sustenta básicamente en dos argumentos. Por un lado, y de acuerdo con la clasificación propuesta, la impresión e indeterminación que sustenta la diferenciación estructural de las distinciones se pueden predicar tanto de las reglas como de los principios, y por tanto, para este autor resulta imposible separarlos en categoría nítidamente distintas. El otro argumento, que sustenta la crítica de Arnio,[63] consiste en afirmar que tanto las reglas como los principio permiten llegar a formulaciones normativas con contenidos precisos, haciendo perder cualquier sentido a las distinciones propuestas, por un lado, como critica directa a Alexy, Arnio sostiene que desde el punto de vista conceptual, los principios no pueden ser considerados como *mandatos de optimización* en cuanto que esto "se refiere a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y el modo de alcanzarlos" en consecuencia, todas las normas contienen una proposición normativa que se siguen o no, es decir, que el mandato de optimización no se puede seguir "más ó menos", para Arnio "ó se optimiza ó no se optimiza".

Por otra parte, y como crítica a la diferenciación de Dworkin que se apoya en la colisión de los principios y las reglas, Arnio sostiene que la distinción de la relación todo-o-nada con la que se caracteriza la colisión de las reglas, no refleja la realidad en su conjunto, en cuanto que ésta sólo expresa un tramo del procedimiento hermenéutico, es decir, que para Arnio esta distinción sólo vale una vez las reglas han sido interpretadas y no antes, por tanto, antes las reglas son igualmente válidas y deben ser interpretadas.[64]

60 Atienza, Manuel, y Ruíz Manero, Juan. 2000. Ilícitos Atípico. Madrid: Trotta.

61 Ver Cianciardo, Juan. 2003. Principios y reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción. En: boletín Mexicano de derecho comparado. No. 108. Vol. XXXVI. p. 891-906.

62 Arnio, A. Reglas y principios en el racionamiento jurídico. Anuario de la facultad de Dereito da Univeridad da Coruña, 2000. p. 593-602.

63 Ibíd. p. 596.

64 Ibíd. p. 597.

Por otra parte, Prieto Sanchis,[65] sostiene que aunque la diferencia entre reglas y principios existe, esta es poco importante, y no constituye ningún avance dentro de la teoría del derecho. Parte de la clásica distinción, y también utilizada aquí, diferenciación de positivismo jurídico propuesta por Bobbio, en este sentido entiende al positivismo jurídico desde tres puntos de vista: i) Como una aproximación epistemológica avalorativa al estudio del derecho (positivismo como método), ii) Como una teoría que se obtiene como en concordancia con el anterior postulado epistemológico (positivismo científico), y iii) Como una ideología sobre el derecho que le confiere a este último un valor positivo por el sólo hecho de existir; partiendo desde la percepción del derecho como ideología, Prieto enfila sus baterías para demostrar la inutilidad de la distinción estructural entre reglas y principios.[66]

La separación conceptual entre derecho y moral de la que parten las tesis principialistas de la separabilidad entre reglas y principios, entendiendo por moral "no las meras convicciones sociales vigentes, sino la moral buena correcta o racional", según Prieto, no resulta de mucha utilidad en cuanto que "los principios expresan valores morales parece evidente, pero que tales valores pueden pertenecer a cual-

65 Prieto Sanchis, Prieto. 1999. Constitucionalismo y positivismo. 2 ed. México: Distribuciones Fontamara, p. 93-96.

66 Ibíd. p. 142.

quier moral, incluso a una profundamente injusta, no parece menos cierto".[67]

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, Prieto sostiene que los principios son plenamente inteligibles desde una óptica positivista, en cuanto que éstos siempre están contenidos en forma de enunciados lingüísticos expresados por órganos creadores del derecho como las leyes, y la jurisprudencia, ó en prácticas sociales verificables.

Por último, Prieto afirma que aunque la tesis de la diferenciación estructural de los principios y las reglas resulta incompatible con las tesis hermenéuticas mecanicistas, no resultan incompatibles con las nuevas tendencias del positivismo jurídico. En consecuencia, para Prieto, las posibles incongruencias entre principios y positivismo se resuelven con la flexibilización y complejizasión de la noción de norma jurídica, por un lado la admisión de los principios como verdaderas normas jurídicas obliga a replantear la noción de la norma como enunciado que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia, y por otro lado, que toda colisión debe solucionarse con la perdida de validez de una de las normas ó que una de ellas siempre funciona como excepción de la otra.

Lo anterior, nos permite mostrar que lejos de constituir un debate acabado ó finiquitado, como muchos dicen, el debate sobre la utilidad y existencia misma de las diferencias estructurales entre principio y reglas es la nueva edición del viejo debate iusnaturalista-positivista, y por tal razón, deberá destacarse que el reconocimiento ó no de su existencia, y adherencia teórica de alguna de sus posiciones, va definir la visión misma del derecho y del papel de los ordenamientos jurídicos en las sociedades contemporáneas.

67 Prieto Sanchís, L. 1992. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. En: Cuadernos y Debates, nº 4. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 62-64.

3.La ponderación de principios y el papel de concreción del texto constitucional

El papel protagónico que asume la judicatura constitucional colombiana al abrogarse la labor de concreción de las normas constitucionales, ha consolidado la dogmática interpretativa constitucional alrededor de la adopción del método de proporcionalidad; la Corte Constitucional al adoptar la tesis de diferenciación estructural entre principio y reglas, ha asumido que las cargas morales propias de las normas constitucionales hacen que los principios colisionen entre sí, acogiendo, y siguiendo de manera muy juiciosa los postulado del Alexy, es decir, la tesis interpretativa valorativa débil que ha evolucionado en su jurisprudencia en tres grandes momentos.

En un primer periodo, la Corte Constitucional se ocupó de casos de concreción del artículo 13 de la Constitución Nacional, es decir, sobre el derecho a la igualdad, en el que en un primer instante sostuvo que en casos de colisión del derecho de igual debía aplicarse el principio de proporcionalidad, luego en un segundo período el tribunal constitucional asumió el estudio con el test de igualdad, para finalmente unificar su posición con la herramienta que denominó test integrado de igualdad; en un segundo periodo, la Corte Constitucionalidad reconoció que la herramienta de la ponderación no sólo era aplicable por el juez constitucional para abordar problemas de colisiones de principios en la concreción del sentido del derecho a la igualdad, sino que debía ser aplicado a toda clase de colisiones de derechos de rango constitucional, y en un tercer tiempo, la Corte afirmó que la proporcionalidad era un principio que debía ser aplicado en la función pública, que obligaba a ser empleado por todos los funcionarios en su labor de concreción de las normas constitucionales que implicaran colisiones.

Sin embargo, estas tres dimensiones de la proporcionalidad, giran alrededor de los cuatro elementos comunes de verificación expuestos por Alexy, y que pueden ser enunciados así:

El intérprete debe establecer las condiciones de prioridad de los principios, en este paso debe identificarse en abstracto en qué condiciones prevalece un principios sobre el otro.

La adecuación de la medida debe ser examinada bajo la relación de la restricción del principio y el fin perseguido con la medida.

La necesidad de la medida debe ser constatada a través del examen de la existencia o no de otra forma de intervención del principio que lo afecte de menor manera.

Por último, las posibilidades jurídicas deberán ser identificadas por el intérprete juzgando el equilibrio entre el fin perseguido y los principios en colisión, con la siguiente regla de ponderación: "Cuando más intensa sea la intervención en un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".[68]

a. La ponderación en problemas iusfundamentales de concreción del derecho a la igualdad[69]

Sin duda alguna el derecho a la igualdad representa uno de los pilares sobre el cual descansa las sociedades democráticas de nuestros tiempos, en cuanto que es éste principio y no otro, el que impone al Estado la obligación de tratar a los individuos de modo que las cargas y las ventajas se distribuyan de manera equitativa entre ellos. Este deber tradicionalmente en cabeza del Estado, que debido a las nuevas relaciones de éste con los particulares, cada día más es exigible a los segundos,

68 Alexy, Robert. Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Este texto integra la ponencia presentada por el autor en las IV jornadas de lógica e informática jurídica, celebradas en San Sebastián en septiembre de 1988. Recuperado en: www.cervantesvirtual.com.

69 Véase sobre la estructura del derecho a la igualdad y de sus distintas concreciones: Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. (Traducción de E. Garzón Valdez). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 415 y ss.

se ha expresado en la tradicional fórmula de la Corte de: *"tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales"*,[70] que en términos más analíticos se puede traducir en cuatro obligaciones: i) Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancia idénticas, ii) un mandato de trato absolutamente diferente a cuyos destinatarios se encuentren en situaciones sin ningún elemento común, iii) Un mandato de tratamiento igualitario a destinatarios que se encuentran en situaciones que presenten similitudes y diferentes, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias, y iv) Un mandato de trato desigual a destinatarios que se encuentran en situaciones que presten similitudes y diferentes, pero cuyas diferencias sean más relevantes que las similitudes.[71]

Es precisamente en los dos últimos casos en donde las decisiones judiciales tienden a tener mayor dificultad para la adopción de las decisiones, en la identificación de las similitudes ó diferencias que determinen el tratamiento igualitario ó desigual en un determinado caso.

Al inicio de la jurisprudencia constitucional, y al abordar problemas de concreción del derecho a la igualdad el Tribunal Constitucional se movió entre los dos grandes modelos utilizados en la jurisprudencia foránea para analizar los casos relacionados con este derecho, así en sus primeros años adoptó el modelo utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos[72] y los Tribunal Constitucionales Español[73] y Alemán, y en una segunda jurisprudencia utilizó la herramienta propia del sistema del derecho común del Tribunal Supremo de Justicia de Estados Unidos,[74] es decir, "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad".

El primero de los modelos,[75] se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o no "adecuada", esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no "necesario" o "indispensable", para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de "proporcionalidad en estricto sentido" para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.[76]

Sobre esta primera etapa[77] se sostiene por parte de algunos autores que es evidente la falta de claridad teórica de la Corte sobre este método en cuanto que incluye la propia razonabilidad como una de las etapas del test, y de esta manera el objeto a definir se incluye en la definición, y por otra parte la Corte parece equiparar esta última etapa del test con el principio de proporcionalidad.

La segunda tendencia utilizada por la Corte Constitucional, propia de los países del la tradición del derecho común, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los "escrutinios" o "tests" de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.[78]

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son elementos sospechosos de discriminación a los que se les debe aplicar el test estricto de igualdad los siguientes: i)Los que aparecen tipificados en los artículos 13, 19, 42, 43 y 53 de la Constitución,[79] ii) Los que restringen derechos fundamentales, iii) Los que afectan a las minorías o grupos sociales que se encuentran en situación de debilidad manifiesta,[80] iv) los que se funden en rasgos propios de la personalidad y de los cuales las personas no puedan prescindir por voluntad propia so pena de perder su identidad v) Los que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución ó reparto racional equitativo de bines.[81]

70 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996.

71 Bernal, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Recuperado en http://190.41.250.173/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF

72 Véase el caso Marckx versus Bélgica, del 13 de junio de 1979, citado de manera expresa por la Corte Constitucional.

73 Véase, entre muchas otras de Sentencias, las SSTC 209/1988, 150/1993 y 234/1997.

74 Véase sobre la evolución del enjuiciamiento de la igualdad en Estados Unidos: Lawrence H. Tribe, American Constitutional Law, Mineola - Nueva York, Fondation Press, 1978, Capítulo 16.

75 Véase sobre el origen de este "test" en algunas sentencias anteriores de la propia Corte Constitucional: César Rodríguez, El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. p. 273 y ss.

76 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-230 de 1994 y C-022 de 1996.

77 Bernal, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Op. Cit. p. 6.

78 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-445 de 1995, C-563 de 1997, y C-183 de 1998.

79 Son criterios expresamente mencionados en la Constitución, los siguientes: "sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica" (Artículo 13); además de aquellos que diferencien entre las religiones o confesiones (Artículo 19), entre los hijos adoptados y nacidos dentro y fuera del matrimonio (Artículo 42), entre el hombre y la mujer (Artículo 43) y entre los trabajadores (Artículo 53).

80 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995.

81 República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-093 de 2001.

Este segundo momento del trabajo de la Corte ha sido también acusado[82] de no contar con la claridad suficiente y hasta de constituir una amenaza al principio democrático, en la medida que no parecen ser claras las diferencias entre la aplicación de los diferentes niveles de intensidad del por la vaguedad y amplitud de algunos de los criterios sospechoso, como por ejemplo, el criterio sospecho de las medidas que afectan derechos fundamentales.

En un tercer periodo,[83] la Corte Constitucional unificó su posición frente al modelo que debe ser adoptado por los jueces constitucionales para la concreción del derecho de igualdad, y determinar si una medida específica vulnera su contenido, adoptando lo que denominó el "test integrado de igualdad", en donde el juez constitucional debe comenzar por establecer, según la naturaleza del caso, el grado con el cual se debe abordar el estudio de concreción del derecho, para en un siguiente momento, estudiar los sucesivos pasos del juicio de proporcionalidad, con distintos niveles de rigor. Así, la fase de "adecuación" tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de "necesidad" y "proporcionalidad en estricto sentido".[84]

b. La ponderación en problemas iusfundamentales de concreción de derechos fundamentales

En un segundo gran grupo de jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expandido el uso del test de proporcionalidad a diversos problemas de carácter iusfundamental, convirtiéndolo en su herramienta metodológica diaria de trabajo tanto para el caso de revisión por vía de tutela como para el control de constitucionalidad, en casos de concreción de normas de rango constitucional de todos los derechos fundamentales, así, por ejemplo, en las jurisprudencias más polémicas y publicitadas como la de obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad, la de despenalización del aborto, en el juicio de constitucionalidad de la ley de justicia y paz, y en la reciente jurisprudencia sobre los llamados muros de la infamia, la Corte Constitucional reconoció el carácter moral y valorativo de estos problemas de concreción de los postulados constitucionales, a partir de la aplicación de los tres pasos que le permitieran identificar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medidas sometidas a su juicio, y de la concreción de los derechos fundamentales que estaban en colisión, que a continuación, y a manera de ejemplo y sin pretensiones de exhaustividad y de forma meramente enunciativa se resumen.

En la sentencia en la que se ocupó de evaluar la constitucionalidad de la medida que establecía la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad,[85] la corte declaró la exequibilidad del literal j) del artículo 2 y el artículo 51 de la Ley 30 de 1.986, al considerar que era necesario ponderar, en los distintos casos concretos, los principios constitucionales en conflicto, a saber, de un lado, los valores constitucionales que el Estado pretende maximizar, como serían la protección de la vida y la integridad personal, así como de la propia autonomía personal. Y, de otro lado, el reconocimiento del pluralismo y la garantía de la autonomía y dignidad de las personas (CP arts 1°, 5°, 7° y 16), puesto que en función de ellos corresponde al propio individuo tomar las decisiones sobre asuntos que no afecten a los otros, y el Estado no puede prohibir opciones de vida o formas culturales que no sean lesivas de derechos de terceros, concluyendo después de analizar la adecuación, necesidad y propocionalidad de la medida que la obligatoriedad del cinturón de seguridad no sólo cumple los tales requisitos del test de proporcionalidad requisitos sino que incluso puede ser considerada como el prototipo de una medida coactiva de protección legítima y compatible con el respeto de la autonomía individual.

Por su parte en la jurisprudencia de la despenalización del aborto,[86] la Corte Constitucional considera que el Legislador contaba con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también destaca que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en este sentido, la Corte recuerda que aunque el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Así mismo, la Corte destaca que aunque sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración, y bajo esta subregla decide declarar la exequibilidad del artículo 122

82 Bernal, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Óp. Cit. p. 11

83Ver entre otras, República de Colombia, Corte Constitucional Sentencia T-1120-2011, T-055-2011 y C539-2011.

84 República de Colombia. Corte Constitucional. la Sentencia T-352 de 1997, C-309 de 1997 y Sentencia C-093/01.

85 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-309-97.

86 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355-2006.

de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.

Por otra parte, en el juicio de constitucionalidad de la ley de justicia y paz, la Corte evalúo la integridad de la Ley 975 de 2005, precisando que en este caso debe hacer uso del principio de proporcionalidad para resolver la tensión que se presenta entre los principios de la paz, la justicia y los derechos de las víctimas que implica las medias contenidas en dicha norma. En esta ocasión la concluye que competencia del Legislador para diseñar los instrumentos de orden penal encaminados a lograr la paz es amplia, pero no ilimitada. Su amplitud, según la Corte, reside en que en materia penal existen múltiples alternativas de regulación compatibles con la Constitución, y el Legislador puede adoptar el diseño normativo que mejor se adecue a los fines que pretende alcanzar en cada contexto. Cuando la regulación penal está dirigida a alcanzar la paz, la amplitud del margen de configuración del Legislador es aun mayor. Concluyendo luego de evaluar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de los beneficios penales otorgados en la Ley de Justicia y paz que, los beneficios penales que la Ley demandada permite que se conceda a quienes han cometido delitos de suma gravedad, sólo pueden conferirse a quienes satisfagan de manera plena el derecho de las víctimas a la verdad, de lo cual depende, también, la satisfacción del interés de la sociedad en construir memoria colectiva sobre lo acontecido durante el conflicto armado. Para ello, precisa la Corte que los beneficiarios de la Ley deben haber confesado, de manera completa y veraz, todos los hechos criminales en los cuales han participado como integrantes de tales grupos. A este respecto, sin embargo, recuerda la misma Corte, que según su jurisprudencia, el Estado debe garantizar que la confesión sea plenamente consciente, libre y voluntaria, porque de otra forma se vulneraría el derecho a la no autoincriminación.[87]

En reciente jurisprudencia sobre los denominados "muros de la infamia " en el que la Corte examinó la constitucionalidad de la medida adoptada por el legislador mediante el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, (Código de la Infancia y la Adolescencia) la Corte en aplicación del principio de proporcionalidad que la medida de publicación en medios masivos de comunicación de la identificación personal como de las fotografías de personas que habían sido condenados por abuso sexualmente de menores de edad, no era constitucional al existir un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados. Así las cosas, concluye la Corte que esta publicación no es una medida idónea para el logro de la finalidad propuesta, y por el contrario, constituye un mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de dichos objetivos. Y concluyó la Corte, al revelarse claramente ineficaz como mecanismo de protección de la niñez, es necesario concluir que la medida estudiada vulnera el artículo 44 superior, lo que conduce a su declaratoria de inexequibilidad, sin que para arribar a esta conclusión resulte necesario analizar en detalle las demás objeciones planteadas por la demandante y por otros intervinientes que fueron relacionadas páginas atrás.

87 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355-2006.

c.¿Cómo afecta este debata nuestro sistema interpretativo?

Cómo se vio en el anterior apartado, el aspecto de la relación existente entre argumentación jurídica y argumentación moral, que implica la aceptación de las diferencias estructurales entre principios y reglas, ha sido abordado desde dos extremos. Por un lado, se encuentran las teorías valorativas fuertes,[88] y de otro, las teorías valorativas débiles, en las primeras se asume que los principios pueden ser establecidos a priori de manera jerárquica y en abstracto por el constituyente, por el contrario para las teorías débiles,[89] los principios, como máximas de optimización con contenidos morales, no pueden ser jerarquizados en abstracto y a priori por el legislador, y por ello, cuando colisionan deben ser aplicados mediante métodos argumentativos valorativos.

Colombia y en general, los países de tradición jurídica continental, a pesar del debate doctrinal existente, han adoptado de una manera acrítica, desde la aceptación de las tesis de existencia de distinciones estructurales de principios y reglas, la teoría valorativa débil de la argumentación jurídica, especialmente en la versión expuesta por Robert Alexy y de su tesis central de la interpretación

88 En este extremo se pueden ubicar las teorías argumentativas de Ronald Dwokin y su puesta por la existencia de respuestas correctas en el derecho, y la criticas expuesta por Habermas al tribunal Constitucional Alemán.
89 En este extremo está las propuestas moral procedimental de Robert Alexy.

como caso especial de la argumentación práctica, que ha dado como resultado que la instrumento de la ponderación sea hoy por hoy la herramienta diaria de trabajo tanto para los exámenes de constitucionalidad como para los casos de revisión de acciones de tutela.

Y ello parece ser de buen recibo por parte de la comunidad jurídica después de las atrocidades ocurridas durante la segunda guerra mundial, en donde pareciera existir un cierto acuerdo implícito de ciertos juristas a partir del cuestionamiento sobre la insuficiencia del paradigma jurídico del positivismo, y de la necesidad que la ciencia jurídica dé cuenta de la pretensión de corrección desde un punto de vista moral, o en otros términos, y si se quiere desde el punto de vista teórico, el derecho y las decisiones jurídicas deben dar cuenta de su validez desde la fórmula de Radbruch "*el derecho extremadamente injusto no es derecho*",[90] en donde la ciencia jurídica y en general las posiciones adoptadas deben no sólo pretenderse correctas desde el punto de vista de la validez formal, sino principalmente, de la validez sustancial, o corrección moral de los mismos.

Sin embargo, tal giro, enfrenta el problema de la construcción lingüística abierta propia de los postulados normativos de los textos constitucionales, y específicamente ha debido enfrentar la cuestión de la indeterminación semántica que afecta, en general, todo enunciado normativo. Sin embargo, este problema se acentúa con mayor fuerza en los postulados constitucionales por las cargas morales propias de las disposiciones contenidas en éstos, que en la mayoría de los casos se estructuran como principios y no como reglas, es decir, como máximas de optimización. Tal indeterminación, hace que a los enunciados constitucionales puedan atribuírseles pluralidad de significados normativos, y ello se explica, por la naturaleza misma del texto constitucional, pues éste al intentar plasmar los valores fundantes de sociedades heterogéneas y pluralistas, y buscar la identificación e integración de todos los sectores de las sociedades modernas, no pueden hacer explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos.[91]

La indeterminación semántica de los postulados normativos, que se hace más severa en las normas constitucionales que en las reglas (por sus contenidos morales), se presenta en tres formas distintas: *la ambigüedad, la vaguedad y la apertura evaluativa de las expresiones.*[92] Así, una expresión normativa presenta indeterminación semántica por ambigüedad, cuando permite diversas interpretaciones desde diferentes valoraciones del mundo, un ejemplo de este tipo de ambigüedad es el artículo 16 de la Constitución Política, al disponer "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad", pues este postulado por sí mismo no expresa con claridad si la Constitución garantiza el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el hecho de que las personas no sean obligadas a ciertas actuaciones o decisiones, así por ejemplo, cuando la Corte Constitucional se vio avocada a resolver sobre la penalización del consumo de drogas,[93] decidió despenalizarlo privilegiando, en una decisión por demás dividida, una visión Kantiana de la libertad personal, sobre una visión Tomista de este mismo principio, pero bien hubiese podido ser al contrario.

Como se anunció, la indeterminación semántica de las normas, también puede presentarse por la vaguedad de los contenidos normativos, es decir, cuando no aparece claro en el enunciado normativo cuáles supuestos de hecho deben ser encuadrados en ella, un ejemplo de este tipo de indeterminación es el artículo 21 de la Constitución que "garantiza el derecho a la honra". En este postulado no aparece claro para el intérprete bajo que supuesto de hecho debe garantizarse la "honra" de las personas, o, en qué casos debe entenderse que ha sido violada.

Finalmente, un postulado normativo presenta indeterminación por apertura evaluativa, cuando la misma norma comprenda postulados como bueno, malo, adecuado, justo o acostumbrado, que suponen juicios de valor para su aplicación por parte del intérprete. Un ejemplo de indeterminación por apertura evaluativa es la expresión "la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el gobierno nacional" contenida en el artículo 59 de la Constitución Nacional, pues aquello que resulte "necesario" solo puede ser definido mediante un juicio de valor de quien aplique la norma.

Frente a los tipos de indeterminaciones semánticas, se han adoptado dos mecanismos para la creación y/o adopción de subreglas o normas de adscripción que permitan que supuestos de hecho iguales se resuelvan de la misma manera, por un lado, está la actualización de los preceptos constitucionales, asumida por el legislador, como representante derivado de la sociedad y de la nación, donde los postulados normativos son actualizados por la constante producción del órgano democrático. Por otra parte, se destaca el proceso de concreción normativa, asignado a los jueces. Con estos dos mecanismos se busca adoptar subreglas que permitan y faciliten la aplicación a casos concretos de los postulados normativos que en una primera instancia presentan indeterminaciones semánticas, con el objetivo de reducir el ámbito de valoración subjetiva que permita garantizar homogeneidad en las decisiones.

90 Alexy, Robert. Una Defensa de la Formula de Radbruch. Óp. Cit.

91 Pulido, Bernal Carlos. 2003. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 87. Ibíd. p. 107.

92 Ibíd. p. 107.

93 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. C-221/94.

Es así, como se demostró en el primer apartado, la tendencia por muchos años arraigada en Colombia, estuvo inclinada a privilegiar la actualización de los postulados normativos indeterminados por parte del legislador[94] en detrimento de cualquier posibilidad de concreción de los jueces, ello se evidencia,-como ya se estudió- no solamente en el hecho de que las constituciones promulgadas por los Estados de Cundinamarca en 1811, de Antioquia en 1815, de la República de la Nueva Granada de 1843 y 53, de Tunja de 1830 y hasta en la Constitución del 86 consagren la función de "interpretación" de las leyes exclusivamente en el legislador, sino también en el hecho de que las reglas establecidas en los artículos 25 a 32 del Código Civil, se adscriba la actividad interpretativa al caso de las leyes oscuras, adjudicando un valor meramente doctrinario a la interpretación judicial, y reconociendo como única y auténtica la interpretación que realice el legislador, ello sin contar con la creación del control judicial de constitucionalidad de las leyes establecido por el acto legislativo No. 3 de 1910, en donde las leyes sólo podían ser declaradas inexequibles por vía judicial por vicios de forma y no por violación sustancial de los contenidos constitucionales.[95]

Sin embargo, con los nuevos retos que ha implicado los problemas judiciales de las acciones constitucionales como la tutela, las acciones de grupo y populares, así como el posicionamiento discursivo de la Corte Constitucional, ha invertido, o por lo menos equiparado la labor de concreción con la de actualización.

III. Una propuesta de unificación de nuestro sistema interpretativo

El presente apartado se arriesga a proponer un primer borrador de propuesta metodológica integradora para superar este "delirio hermenéutico" que logre dar cuenta de la complementariedad de las reglas interpretativas positivistas y post-positivistas. Para mayor claridad metodológica, para explicar la propuesta, se utilizará la clásica división de Dworkin de las tres etapas en las que divide el proceso interpretativo: pre-interpretativo, interpretativo y post- interpretativo.

Frente a este panorama de desorden y falta de claridad metodológica que ha implicado el reavivamiento de las tesis post-positivistas en la judicatura, no sólo de Colombia sino de toda américa latina, Peréz Lledó coloquialmente dice en sus conferencias, que pareciera que la figura más representativa de la escuela alicantina, Manuel Atienza, anduviera por esas tierras recogiendo las velas que con tanto entusiasmo sembró durante finales de siglo pasado para iluminar y tratar de cambiar el predominio positivista, y ello se hace con cierta urgencia, porque desde su perspectiva el activismo judicial pareciera haberse tomado las Cortes Constitucionales latinoamericanas. Los jueces y abogados se encuentran divididos entre los post-positivistas que ponderan para olvidar las reglas formales del derecho y los positivistas que subsumen para negar las cuestiones morales del mismo.

Entre estos dos extremos, lo se propone es que tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación de las decisiones judiciales, los jueces y operadores jurídicos hagan explícitas las reglas interpretativas que van aplicando, partiendo de la idea inicial de que la mayoría de problemas judiciales son problemas de subsunción de reglas, en los que deben ser aplicadas las pautas interpretativas propias del positivismo metodológico en el que el legislador ya hizo de antemano ponderaciones a priori, y sólo excepcionalmente, cuando existan problemas axiológicos de segundo y tercer nivel que no pueden ser resueltos por la primera vía, se pase a su resolución por medio de metodologías post-positivistas y en especial a través de la ponderación.

La comprobación de existencia de dos sistemas interpretativos en nuestro medio, implica para su complementariedad y acople, que todo problema de interpretación parta de la determinación de la grada configurativa de normas del respectivo asunto, es decir, de si se trata de un caso específico de conflicto de reglas (primer grado), si se trata de un caso específico de colisión de principios (segundo grado) ó si se trata de un caso de concreción de reglas en el que la exhaustividad de los significados es de tal ambigüedad que la resolución del caso lo remite nuevamente a la actualización del asunto por medio de la aplicación de principios de rango Constitucional (tercer grado), ello en consideración, a que el proseguir metodológico dependerá de esta claridad.

En el caso que el intérprete, una vez agote el nivel pre-interpretativo de identificación del material jurídico relevante (que en nuestro medio ya implica una labor monumental por la falta de sistematización de la abundante producción legislativa y jurisprudencial), deberá identificar si se trata de un caso específico de concreción e interpretación de reglas, principios, o reglas y principios.

En caso de que determine que el asunto bajo estudio se trata de un problema de concreción de reglas (primer grado), deberá determinar en cuál de las cuatro situaciones interpretativas se encuentra, es decir, si está frente a un caso de claridad,

94 En 1934 advertía sobre esta labor del cuerpo legislativo, Alfonso López Pumarejo "Por medio del Congreso debe darse mayor alcance al que fija la Constitución, a la intervención del pueblo en la actividad ejecutiva".

95 Sin embargo, la distinción entre vicios formales y sustanciales en algunos casos no es tan clara, no solo porque en varias ocasiones la Corte Suprema de justicia declaró la inconstitucionalidad de las normas por violación de los contenidos del Texto Constitucional, sino también en el hecho que el argumento de la Corte Constitucional para revisar la materialidad de los actos legislativos, es el control de la competencia del legislador para introducir las reformas bajo consideración judicial.

oscuridad, coexistencia de reglas contradictorias, o una laguna.

En este primer nivel, el proceso interpretativo consistirá en determinar en el campo semántico en el que se encuentra, aplicando para su resolución el dispositivo interpretativo de las reglas. Es decir, en el caso de la claridad deberá atender el sentido literal de la norma, entendiendo su significado en su sentido natural y obvio, y evitando consultar su espíritu.

En el caso de conflicto entre las reglas aplicables, deberá resolver el conflicto normativo, aplicado las pautas de especialidad, jerarquía y temporalidad. En el caso de oscuridad, el intérprete deberá acudir en estricto orden, gradualmente y de manera excluyente para su concreción, a los mecanismos gramatical, lógico, sistemático e histórico. Finalmente, en caso de presentarse una laguna, el intérprete deberá acudir de manera sucesiva, por gradas y de manera excluyente, es decir deteniéndose donde encuentre una subregla aplicable, a la analogía, a la aplicación de las reglas generales del derecho, y a la costumbre *secundum legem*.

Una vez cumplida la etapa interpretativa, en la fase post-interpretativa, el intérprete deberá verificar, la corrección de la decisión adoptada desde el punto de vista constitucional. El criterio a tener en cuenta en este último proceso es la fuerza normativa de la constitución y la exigencia jurisprudencial de interpretaciones conforme a ésta, para lo cual deberá considerar además, las circunstancias específicas de las partes en conflicto. Este proceso post-interpretativo, deberá ser más estricto en el caso de oscuridad y analogía, en cuanto que en éstos la carga argumentativa se hace mucha más severa por la pluralidad de opciones razonables que puede encontrar el intérprete.

Por otro lado, y si una vez cumplida la labor a nivel pre-interpretativo de selección del material jurídico relevante, el intérprete identifica que existe un problema de rango iusfundamental deberá diferenciarlo según las particularidades de cada caso. Si se trata de un problema de rango iusfudamental propiamente dicho, en razón a que no existe ningún grado de actualización por parte del legislador de los derechos en colisión (segundo grado), o si se trata, de un caso de concreción de reglas en el que la exhaustividad de los significados es de tal ambigüedad que la resolución del caso lo remite nuevamente a la actualización del asunto por medio de la aplicación de principios de rango Constitucional (tercer grado).

En el primero de los casos, el juez deberá, como primer paso de la labor interpretativa, revisar la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el asunto, para de esta manera establecer prima facie y en abstracto la jerarquización de los derechos en conflicto, y en caso que encuentre que el problema ya ha sido abordado por los órganos de cierre deberá aplicar la jurisprudencia vigente, a menos que en ejercicio de su autonomía considere que ésta no es correcta, caso en el cual para distanciarse de aquella deberá cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia argumentativa, es decir, para que cumpla con el requisito de la transparencia, deberá demostrar que conoce adecuadamente el precedente judicial y pese a ello, en segundo lugar y en cumplimiento del requisito de la suficiencia argumentativa, considera que cuenta con suficientes argumentos para cambiarlo y apartarse de él. Si lo anterior no se cumple, el cambio jurisprudencial deberá ser considerado una vía de hecho por defecto sustantivo al desconocer el precedente iusfudamental.

Si por el contrario, el intérprete encuentra que no existe jurisprudencia ni horizontal ni vertical sobre el problema jurídico a abordar, el primer paso dela etapa interpretativa consistirá en determinar los derechos constitucionales en pugna y el posterior establecimiento de su jerarquización a priori y en abstracto, para ello, deberá acudir al estudio de las líneas jurisprudenciales de los órganos de cierre de dichos derechos en los cuales determinó la colisión. Luego de ello, en un segundo paso de la etapa interpretativa, y con la aplicación estricta del test de ponderación deberá demostrar de manera suficiente la adecuación, necesidad y corrección de su interpretación, por último, en la etapa post-interpretativa deberá comprobar la corrección de su decisión desde el punto de vista externo, comprobando que su elección no resulte contraria a la Constitución por una intromisión indebida o injustificada, y que además, en las condiciones y circunstancias del caso específico no resulta una negación de la propia Constitución.

En el tercero de los supuestos (tercer grado), es decir, cuando medie una concreción no exhaustiva por parte del legislador, será necesario combinar el método positivas y post- positivista, ello en consideración a que la concreción legislativa se encuentra, por decirlo así, a medio camino, privilegiando prima facie, la ponderación sugerida por el legislador en concreción "incompleta".

En consecuencia, en un primer paso interpretativo, el intérprete deberá aplicar los remedios hermenéuticos dispuestos para el caso de oscuridad de las reglas, es decir, los métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico con los cuales determinará el verdadero sentido de la norma estableciendo la sub-regla aplicable al caso concreto, luego de ello, y como etapa post- interpretativa, el intérprete deberá aplicar la ponderación, para verificar que su concreción es necesaria, adecuada y cumple con la regla estricta de ponderación.

QUID IURIS

Visitantes

Partidos y cudadanía en el siglo XXI

Ludolfo Paramio Rodrigo

Intervención en el acto de presentación del proyecto Promover Ciudadanía Activa: Proyecto para el fortalecimiento democrático y la participación electoral en Costa Rica, San José: Tribunal Supremo de Elecciones, FLACSO, PNUD, MAE-AECID y Fundación DEMUCA, 20 de agosto de 2008.

La desconfianza hacia los partidos

Existe amplia evidencia de un crecimiento de la desconfianza política en casi todas las democracias. Sobre este hecho se ha escrito mucho, apuntando a diversas causas que van desde la erosión de las jerarquías y autoridades tradicionales (Inglehart), hasta el papel de los medios de comunicación, que provocarían una trivialización de la información política (Sartori), o una reducción del tiempo libre dedicado a la participación política (Putnam). En todo caso, la desconfianza política alcanza niveles especialmente preocupantes en América Latina.

El alto nivel de desconfianza hacia los partidos, y la crisis de los partidos tradicionales en muchos países, apuntan a lo que podemos definir como una crisis de representación. Los ciudadanos no se sienten representados por los partidos por distintas razones. La más llamativa, en gran parte de América Latina, es probablemente la frustración de las expectativas creadas por las reformas económicas de la primera mitad de los años noventa.

Las llamadas reformas estructurales fueron presentadas como puerta de entrada a un crecimiento económico estable y duradero, que permitiría resolver los tradicionales problemas de pobreza y desigualdad que no habían encontrado solución con el anterior modelo económico. Una vez que éste había entrado en una grave crisis durante la década de la deuda, con mayor o menor resistencia la mayor parte de la sociedad aceptó entrar en el nuevo juego.

Con muy pocas excepciones, los partidos que habían representado los intereses sociales bajo el modelo anterior se adaptaron al nuevo. Eso significó a menudo aceptar —incluso exagerar con la lógica de los conversos— el discurso del consenso de Washington que justificaba las reformas estructurales. Este cambio 'ideológico' significó probablemente una dura prueba para los seguidores de estos partidos, pero es posible que a falta de alternativas gran parte de ellos mantuvieran su lealtad.

Desde 1997, sin embargo, la media década de crisis que afectó nuevamente a la región fue excesiva para muchos de esos seguidores leales, o al menos para quienes podrían haberlo sido en otras circunstancias (sus hijos, por ejemplo). Un cambio de rumbo tan marcado como el que significaba la aceptación del consenso de Washington sólo era aceptable si llevaba a alguna parte. Si llevaba de nuevo al estancamiento y la crisis social, era inevitable que se viniera abajo la credibilidad de los partidos afectados.

Hay que tomar en cuenta, además, el debilitamiento de las identidades partidarias que se ha producido en todas las sociedades a causa de la erosión de la familia como mecanismo de socialización, de los procesos caóticos de urbanización, y del creciente papel de los medios de comunicación en la conformación de la opinión pública. El problema no es sólo que los partidos hayan cambiado su discurso, sino que los vínculos de identificación entre los ciudadanos y los partidos se han hecho más débiles, y por ello el discurso de los partidos goza de menos credibilidad.

El cambio en la naturaleza y la fuerza de los vínculos de identificación entre los electores y los partidos es probablemente un proceso irreversible, consecuencia de la modernización social, y darle demasiadas vueltas sólo puede conducir a la melancolía. Ahora bien, en relación con sus consecuencias sobre la confianza en la política sí parece que se pueden evitar sus aspectos más negativos, y que la responsabilidad corresponde a quienes ostentan el liderazgo político.

Los cambios tienen dos aspectos principales. El primero es que no se puede pensar en una reproducción automática —fundamentalmente a través de la familia— de la identificación partidaria, como antes se pensaba que sucedía (Converse, 1969), hasta el punto de atribuir un papel fundamental en los realineamientos partidarios a la demografía de los electores de un partido (Andersen, 1976). El establecimiento de un vínculo de identificación con un partido depende de muchos más elementos, fundamentalmente el interés por la política, la red de relaciones sociales y la evaluación personal de la actuación de los gobiernos.

El segundo es que los cambios en la opinión pública —en el humor del público— pesan mucho a la hora de mantener o abandonar la identificación con un partido, y que los medios de comunicación —sobre todo la televisión—, tienen un papel decisivo tanto en la formación de la opinión pública como en el debilitamiento o refuerzo de una identificación partidaria. Incluso la proporción de electores identificados —sobre el total de los electores— depende en buena medida del clima de opinión pública: en situaciones de polarización política crecerá el número de electores identificados con uno de los partidos enfrentados.

En este segundo aspecto, es evidente que los partidos han aprendido a desarrollar nuevas estrategias comunicativas para llegar a los electores a través de los medios, tanto para tratar de conformar a la opinión pública, como para reforzar y movilizar a los propios electores (Popkin, 1991). Pero en éste esfuerzo sacrifican a menudo lo que podríamos llamar la identidad partidaria al éxito, en términos de impacto inmediato, de la estrategia comunicativa. Por decirlo así, se privilegia el impacto sobre el discurso.

Por supuesto una estrategia comunicativa que no consigue impacto es una mala estrategia. Ahora bien, lo ideal es que los impactos refuercen —o creen— una identidad partidaria que vaya más allá de la campaña o del candidato concreto, y que pueda tener continuidad en la opinión pública. Esto exige coherencia entre los distintos impactos que se buscan en una campaña, coherencia entre sus significados sucesivos y de éstos, a su vez, con un discurso que actúe como definitorio de la identidad partidaria, que cree, por decirlo así una 'marca' reconocible del partido.

Tras los cambios de los años noventa es muy posible que las viejas ideologías, los discursos tradicionales, no puedan retomarse. Sobre todo si se identifican con liderazgos que el tiempo ha amortizado o que, en el peor de los casos, han quedado desacreditados. Un nuevo liderazgo exige un discurso nuevo, y este discurso sólo llegará a la opinión pública a través de impactos en los medios de comunicación. Pero debe haber un verdadero discurso, una narración de los problemas sociales y nacionales en la que cobren sentido las propuestas del partido o del candidato.

Una narración que será preciso actualizar o reformular continuamente, pero que debe dar continuidad a la identificación de los elec-

tores con el partido y a la vez servir de base para alcanzar credibilidad entre un público más amplio. Lo que se trata, en suma, es de que los ciudadanos puedan prever nuevamente lo que va a hacer un partido si llega al gobierno, superados los sobresaltos y los giros que acompañaron a las reformas estructurales.

Un partido confiable es un partido previsible. Eso significa una identidad política que no esté sometida a los vaivenes de la coyuntura política o de los cambios de liderazgo. Exige la voluntad de ir más allá de un gobierno o de un período electoral y construir un discurso propio que permita a los electores confiar en un partido por saber lo que hará —o no hará en ningún caso— si gana las elecciones. Para que los partidos vuelvan a ser confiables, ante todo deben parecerlo.

En el caso de Costa Rica, la sucesiva acusación en el plazo de pocas semanas, en octubre de 2004, contra los ex presidentes Miguel Ángel Rodríguez, Rafael Ángel Calderón y José María Figueres, de haber recibido pagos ilícitos de empresas privadas, fue sin duda un fuerte golpe a la credibilidad de los partidos que habían protagonizado la vida política desde 1982, alternándose en la presidencia. Dada la importancia simbólica de los apellidos Calderón y Figueres en la historia política costarricense, el golpe era además especialmente dramático.

Sin embargo, ya las elecciones de 2002 habían puesto de relieve una crisis del sistema de partidos. El ascenso del Partido Acción Ciudadana forzó una segunda vuelta entre los candidatos del PUSC (Partido Unidad Socialcristiana) y del PLN (Partido Liberación Nacional), en la que además la abstención llegó al 40%, frente al 31,2% de la primera vuelta. La transformación del sistema prosiguió en las elecciones de 2006, reñidas ya entre el PLN y el PAC, con el PUSC relegado a una cuarta posición por otro nuevo partido, el Movimiento Libertario, que participaba en su segunda elección. La abstención subió al 34.8%.

Parece lógico pensar por tanto que los factores que más han influido en la pérdida de credibilidad de los partidos, son factores estructurales que afectan a toda la región e incluso a todos los países democráticos. Por un lado un sentimiento de incertidumbre de los electores ante lo que se percibe como un cambio de las reglas sociales de juego, y frente al cual los partidos no parecen ofrecer alternativas claras. La abstención saltó del 18.9% en 1994 al 30% en 1998, tras las reformas liberales emprendidas por el presidente José María Figueres. Por otro, la desconfianza hacia las promesas de los partidos en cuanto que éstos parecen cambiar sus posiciones de acuerdo con las preferencias de los candidatos.

Se puede recordar que el presidente Abel Pacheco descartó en su campaña de 2002 las privatizaciones que había promovido el anterior presidente del mismo partido, Miguel Ángel Rodríguez. Pero negoció un tratado de libre comercio con Estados Unidos —en el marco del CAFTA— que implicaba abandonar el monopolio público de las telecomunicaciones y los seguros. Por su parte, su sucesor del PLN, el del nuevo presidente Óscar Arias, asumió ese TLC y lo apoyó en una consulta popular en torno a la cual se produjo una fuerte división social. Pero el candidato de su partido en 2002, Rolando Araya, se había opuesto a negociar el tratado.

La cuestión no es si unas u otras políticas eran mejores, sino el evidente desconcierto que esas oscilaciones o contradicciones han podido crear en los ciudadanos. Posiblemente no es casual que el líder del PAC, Ottón Solís, haya visto crecer su apoyo electoral en parte a causa de su consistente oposición al TLC.

El problema es que los cambios de políticas son casi inevitables cuando cambian de forma significativa las circunstancias o cuando un partido, desde el gobierno, tiene una información mayor o más completa sobre los problemas y las posibles opciones. Ahora bien, esos cambios deben justificarse y no es sencillo hacerlo. En España, por ejemplo, la decisión del gobierno de Felipe González de apoyar la permanencia de España en la OTAN —en el referéndum de 1986—, tras haberse opuesto a la adhesión cuando el PSOE estaba en la oposición, tuvo un precio político significativo con el auge de Izquierda Unida y dejó un poso de desconfianza y apatía política entre quienes se habían movilizado contra la OTAN.

El precio de la desconfianza

La confianza es importante para la política democrática (Hetherington, 1998). Si la sociedad desconfía de sus gobernantes y representantes, éstos se ven forzados a obtener resultados positivos a corto plazo, eludiendo decisiones que pueden ser las mejores para el interés general, pero que exigen un tiempo para ofrecer resultados tangibles y que, además, pueden enfrentar resistencias significativas a corto plazo. Cercado por la desconfianza, un gobierno no puede mediar entre los intereses particulares, no puede arbitrar soluciones a los conflictos con credibilidad, y puede verse abocado a tratar de ganar tiempo posponiendo actuaciones o decisiones cruciales.

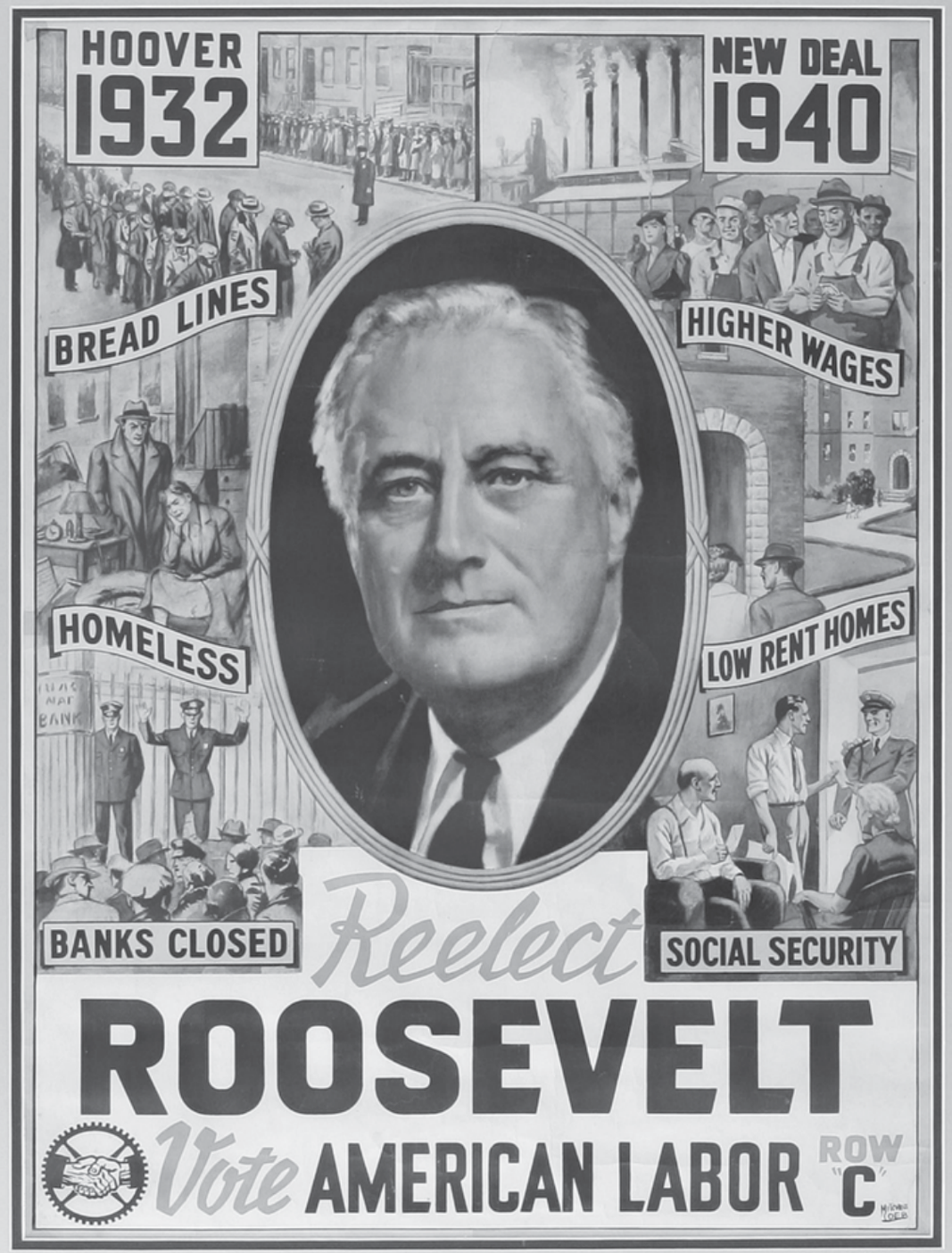
Los bajos niveles de confianza en los partidos políticos afectan a la forma en que los ciudadanos pueden premiar o castigar a los gobernantes. Si los resultados económicos son malos, lo previsible es que los electores castiguen al partido del gobernante apoyando al candidato del partido de la oposición (lo que se suele llamar voto económico). Pero si los partidos no ofrecen confianza a los electores, éstos no buscarán alternativas en ellos, sino en personalidades ajenas a los partidos que gocen de popularidad y en los que vean a líderes potenciales.

Éste no es necesariamente el mejor procedimiento para elegir gobernantes, pero los partidos pueden hacer poco frente a

esta tendencia. Pueden plegarse a ella, reclutando o apoyando a las personalidades que cuenten con mayor popularidad, o intentar desafiarla con candidatos propios. La experiencia muestra que, con cierta frecuencia, buenos candidatos procedentes de partidos políticos pueden verse derrotados por personalidades populares no necesariamente mejor dotadas para el ejercicio del gobierno o de la representación, o al menos ver muy disminuido su apoyo a causa de la competencia con estos candidatos extrapartidarios.

Pero esto, a su vez, puede acelerar el descrédito de la política si un gobernante ajeno a los partidos tradicionales no está a la altura de las expectativas. Los electores, paradójicamente, no suelen considerar el fracaso de un gobernante extrapartidario como una razón para recuperar la confianza en los partidos, sino como un nuevo argumento para desconfiar de la política y, por ello, de los partidos políticos. Puede producirse por tanto una espiral de desconfianza hacia la política y los partidos, acelerada por el mayor peso en la política de personalidades ajenas a ella.

Por muchos que puedan ser los vicios que conlleve la política tradicional, cabe esperar de un político de partido una cierta profesionalidad, un conocimiento de las reglas del diálogo y la negociación en el ámbito parlamentario, de los procedimientos presupuestarios y de las pautas a seguir en la toma de decisiones y el diseño de actuaciones. La falta



Imaged by Heritage Auctions, HA.com

de este conocimiento, y de la experiencia previa de la que surge, puede hacer que un gobernante ajeno a la política, un no profesional, consiga un amplio margen inicial de simpatía en la opinión pero no sea capaz de traducirlo en resultados tangibles. Ante la decepción de los electores, no será inusual que el gobernante culpe a las instituciones democráticas de ser sólo rémoras corruptas que le frenan en su intento de dar solución a los problemas nacionales.

Así, la frustración de los electores ante la falta de resultados de los gobiernos en situaciones de crisis económica —como las que vivió América Latina entre 1998 y 2003— ha desatado en muchos países una oleada de proyectos de refundación institucional, en la forma de Asambleas Constituyentes, con las que los gobernantes buscan introducir unas nuevas reglas de juego y obviar lo que ven como frenos —heredados de la clase política tradicional— que les impiden satisfacer las demandas de los electores.

Aunque siempre puede haber buenas razones para reformar o rediseñar las instituciones, es inevitable la sospecha de que detrás de esta moda de hacer tabla rasa de las instituciones anteriores, existe el doble propósito de debilitar los controles democráticos —la desconfianza institucionalizada— y de ganar la confianza de los electores ofreciéndoles un blanco para su frustración, un chivo expiatorio de las dificultades de los gobiernos para ofrecer

resultados positivos a las demandas de los ciudadanos.

Además del debilitamiento de los controles institucionales sobre los gobernantes, existe el riesgo de que la desconfianza hacia los partidos disminuya también la capacidad de los ciudadanos para juzgar la gestión de un gobierno; castigando o apoyando al partido de gobierno en elecciones de otro orden o en las siguientes elecciones presidenciales. En la medida en la que el protagonismo político pasa a personalidades populares, que no han forjado sus candidaturas a partir de un partido, los gobernantes pueden prescindir de la opinión o el juicio de su propio partido.

Tanto si se trata de personalidades independientes que se presentan con el respaldo de un partido preexistente, como si han creado una organización nueva expresamente, el resultado es que el destino futuro del partido puede resultarles indiferente. Así, la forma de control que ejercen los ciudadanos al castigar un mal gobierno no afectará al gobernante, y el partido, que en condiciones normales puede introducir — por razones de supervivencia institucional— un cálculo de medio y largo plazo en la acción de gobierno, no tendrá más capacidad para controlar al gobernante que el enfrentamiento abierto en el Parlamento, lo que bien puede conducirle a una crisis extrema de credibilidad externa y división interna.

Construir confianza: la forma de gobernar

La discusión sobre las raíces de la desconfianza política suele conducir a propuestas sobre el buen gobierno, sobre las reglas que un gobernante debe seguir para obtener la confianza de la sociedad. Las más obvias se refieren a la honestidad y la transparencia en la gestión, pero además se recomienda con frecuencia fomentar la participación ciudadana en la política y en la toma de decisiones. Y, por otro lado, aunque sea demasiado obvio, parece evidente que dar respuesta positiva a las demandas y problemas de los ciudadanos puede ser la mejor forma de obtener su confianza.

Al crecer la desconfianza hacia la política y los políticos, los ciudadanos han desarrollado de forma paralela una extraordinaria sensibilidad ante la corrupción, hasta el punto de que en muchos casos la incapacidad de un gobierno para satisfacer las necesidades sociales en medio de una crisis se atribuye a la corrupción. Se ha extendido la percepción de que si el gobierno o el país no tienen los recursos económicos necesarios es porque los políticos los han robado.

Aunque este sentimiento pueda en ocasiones tener bases reales, en general es una falsa racionalización, que la oposición con frecuencia atiza y que prenderá más rápidamente en la medida en que estalle algún caso real de malversación de fondos públicos. El problema es que una vez instalado ese clima de opinión, es muy difícil de contrarrestar a menos que cambien las circunstancias de partida, y el gobierno esté en condiciones de ofrecer resultados ante las demandas sociales.

En ausencia de una mejora en la situación económica, las simples promesas de acabar con la corrupción pueden volverse fácilmente contra quien las realiza, ya que, si los funcionarios y burócratas tienen incentivos para incumplir la ley en beneficio propio, será prácticamente inevitable que se conozcan públicamente nuevos casos o que los ciudadanos perciban en sus relaciones diarias con la administración que los malos usos continúan.

Por ello la tarea real del gobernante frente a la corrupción pasa por ofrecer un ejemplo de austeridad personal, de una parte, y por aumentar la fiscalización y la transparencia de los gastos públicos. Se trata ante todo de lograr que los ciudadanos perciban que se intenta gobernar sin dejar espacio a la corrupción. Sería ingenuo esperar, sin embargo, que esto sea suficiente para evitar que estallen nuevos escándalos —por el contrario, es probable que al aumentar la transparencia afloren malos usos que permanecían ocultos—, y por tanto hay que contar de antemano con la necesidad de actuar con rapidez cuando salte a los medios un caso de mal uso de los recursos públicos.

Esto es más difícil de hacer que de decir. Por razones obvias, la oposición política puede impulsar acusaciones de corrupción mal fundadas, y el gobernante puede rechazarlas en un primer momento para acabar descubriendo demasiado tarde que tenían un fundamento real. Por otra parte son frecuentes las acusaciones de corrupción cuyo contenido no es jurídico sino político —desprestigiar al gobernante que impulsa una política impopular—, pero si se les intenta dar una respuesta estrictamente jurídica, se corre el riesgo de perder la batalla ante la opinión pública. Así, ganar la confianza de los ciudadanos en materias de buen gobierno no solo exige dar ejemplo y promover la transparencia, sino también reflejos politicos para evitar que la acción de gobierno se empantane en batallas jurídicas o se vea desprestigiada por un escándalo real.

Cambios sociales y desconfianza política

Uno de los efectos del debilitamiento de las identificaciones partidarias y del mayor papel de los medios de comunicación, es la personalización de la política. Esto exige del gobernante o del candidato un fuerte protagonismo: sus palabras y su imagen son la clave de la valoración del gobierno o de los resultados electorales. Y también explica la mayor permeabilidad del sistema político a la irrupción de personalidades ajenas a él, y con los suficientes recursos comunicativos.

Ahora bien, la personalización del liderazgo puede contribuir a la pérdida de confianza en las instituciones en la medida en que el gobernante apuesta por una democracia decisionista y plebiscitaria. El problema que se quiere subrayar ahora no es el del debilitamiento de los controles democráticos, sino el de su devaluación ante la opinión pública. Por supuesto que ambos procesos pueden ir unidos: cuando el presidente arremete contra el Parlamento acusándole de bloquear la acción de gobierno, no sólo pone en peligro la división de poderes, sino que daña deliberadamente la imagen del legislativo.

Pero la forma de gobernar puede ser respetuosa de las reglas institucionales y a la vez mala para la confianza en las instituciones. Un ejemplo es el gobernante imprescindible y omnipresente, que sustituye a los ministros en sus funciones y les ordena o humilla en público para demostrar su absoluto control del gobierno y su capacidad de iniciativa. Esta forma de gobernar —y de comunicar la acción de gobierno—, puede ser muy rentable para quien la adopta con éxito, pero implica algunos riesgos obvios.

El primero es la existencia de 'fusibles' cuando se producen errores graves. Si el gobierno se resume en una persona, cualquier error significativo dañará la imagen de ese único gobernante. Sin embargo, a la vez que se realizan ensayos en muchos países de crear un primer ministro que permita al presidente amortizar el desgaste de su gobierno, estamos viendo en otros crecer el protagonismo presidencial en el sentido opuesto. Lo menos que se puede decir es que una excesiva personalización del gobierno, aunque pueda ser rentable si las cosas van bien, puede crear una grave fragilidad en la legitimidad del ejecutivo.

El Segundo riesgo atañe a la consolidación de la democracia, incluso si el ejecutivo no llega a verse en situaciones de pérdida de legitimidad de ejercicio como las que hemos conocido en años recientes en varios países. La clave de la democracia es el gobierno de las instituciones, no el protagonismo providencial de las personas. Reforzar el papel y la imagen de las instituciones por encima del protagonismo personal de los gobernantes es una exigencia de la ética democrática.

No se trata tampoco de una exigencia simple. Un gobernante frenado por las instituciones puede ser visto como un gobernante débil. Pero un gobernante que se las enfrenta o las relega, socava la base de la confianza social en la democracia, aunque gracias a ello obtenga mayor confianza en su persona. Equilibrar el protagonismo del gobernante —la personalización de la política— con el refuerzo de las instituciones, es probablemente el mayor problema de la consolidación de la democracia.

Políticas para la ciudadanía

Quizá la apuesta central para recuperar la confianza social o mantenerla, es mostrar que las demandas sociales constituyen una clara prioridad de los partidos y del gobierno. Tras una década de confiar en que el mercado por sí solo resolvería los problemas sociales, hoy existe una clara demanda social de que el Estado asuma cierto protagonismo, una exigencia de que el gobierno regule la economía para garantizar que el mercado esté al servicio de la sociedad y no al revés.

Frente a una visión crecientemente intervencionista del Estado en la economía como la que se extiende en algunos países, se diría que lo más eficaz para atender las necesidades sociales, a juzgar al menos por la experiencia de casi todos los países desarrollados, es una combinación de servicios públicos universales y empresas privadas reguladas por el Estado, para lograr la eficiencia propia del mercado y tener la garantía de que su funcionamiento responde a las necesidades sociales.

La combinación ideal de propiedad pública y propiedad privada es algo que depende mucho de la historia y las circunstancias propias de cada país. Pero se trata de una decisión más pragmática que ideológica, y existe el riesgo por el contrario de que el debate derive hacia premisas ideológicas. Es llamativo ver que, probablemente a causa de las discusiones sobre el TLC, el porcentaje de quienes aceptan algo tan razonable como que la empresa privada es necesaria para el desarrollo económico de un país ha bajado en Costa Rica, entre 2005 y 2007, del 72 al 57% (Latinobarómetro, 2007).

La alternativa a la polarización política sobre una visión ideológica de la economía es poner la prioridad en la política social, en su sentido más amplio, que incluye educación, sanidad, vivienda y empleo. Y darle prioridad significa también, en lo posible, llegar a acuerdos con la oposición para crear programas que tengan un efecto acumulativo a medio plazo.

En muchos países de América Latina se ha extendido la idea de que es necesaria la reelección de los gobernantes para que éstos puedan alcanzar objetivos que superan el horizonte de un mandato. Pero, más allá de los obstáculos políticos o constitucionales que en cada país pueden existir para la reelección, parece indudable que algunos objetivos sólo pueden alcanzarse cuando existe continuidad en las políticas, cuando éstas pueden llegar a tener efecto acumulativo.

Este efecto no sólo se puede alcanzar con la continuidad de los gobernantes,

sino también con el acuerdo entre gobierno y oposición sobre las prioridades y objetivos de las políticas. De hecho, proponer un acuerdo semejante —sobre lo que se ha dado en llamar 'agenda del país'—, puede ser una buena señal a los ciudadanos de que existe una voluntad seria de dar respuesta a sus demandas y de que éstas no han sido sólo una bandera electoral para llegar al gobierno. Si ofrecer resultados positivos es lo que más puede ganar la confianza social, buscar un compromiso a largo plazo sobre esos objetivos, es la mejor señal de que realmente se intenta alcanzar resultados por encima de las conveniencias partidarias.

Apostar por la continuidad de las políticas al margen de la continuidad personal de los gobernantes, significa además crear confianza en las instituciones. Llegar a un acuerdo interpartidario sobre la continuidad y adaptación del sistema de pensiones, por ejemplo, da tranquilidad a los ciudadanos sobre el futuro de sus ingresos, y al hacerlo les da también razones para confiar en las instituciones responsables del pago de las pensiones, y no sólo en el gobernante de turno.

Esto es crucial por varias razones. La primera es que, como se señalaba al comienzo, es muy probable que la principal razón para que haya disminuido la credibilidad de los partidos y la confianza en la política, se encuentra en la incertidumbre de los ciudadanos ante los cambios económicos y sociales que se han venido produciendo desde la década de 1980. Por ello una tarea fundamental de la política democrática es ofrecer a los ciudadanos certidumbres sobre el futuro, razones para confiar en las instituciones que deben garantizarles su futuro.

Hay otra razón para que la solidez y la continuidad de la política social sean cruciales para la democracia. La desigualdad es enemiga de la democracia y en particular de la participación democrática de los ciudadanos. Al crecer la desigualdad crece el retraimiento ante la política, no sólo porque disminuye el tiempo disponible o el nivel cultural y educativo de los tramos más bajos de renta, sino también por una percepción de la inutilidad de intentar defender los propios intereses frente a quienes poseen mayores recursos (Solt, 2008). La famosa frase 'los políticos no se preocupan de la gente como yo', es el reflejo en las encuestas del sentimiento de impotencia de los ciudadanos para enderezar su suerte a través de la política democrática cuando sienten que se enfrentan a poderosos intereses económicos.

Si fuera posible enumerar unos mandamientos para conservar la confianza de los ciudadanos en la política, el primero sería probablemente evitar el crecimiento de la desigualdad, antes incluso que conseguir altos niveles de crecimiento. De hecho, los ciudadanos parecen más partidarios de crecimientos moderados pero estables, que de crecimientos rápidos que pueden dar luego paso a crisis que de nuevo aumentan la desigualdad (Quinn y Woolley, 2001). El segundo mandamiento sería, como se señalaba antes, reducir la incertidumbre de los electores garantizando la continuidad de las políticas de las que depende su futuro.

El problema es que los cambios en la economía global han provocado cambios de políticas y un mayor o menor crecimiento de la desigualdad, según los países, que ha provocado una caída de la confianza de los ciudadanos en la política democrática, sus instituciones y sus reglas de juego. El problema actual, por tanto, no es sólo saber qué se puede hacer para que no siga creciendo la desconfianza, sino qué se puede y se debe hacer para crear una nueva confianza, para que la actual caída pueda verse históricamente como un accidente propio de un cambio de época, el coste de la adaptación a unas nuevas reglas de juego.

En este sentido es necesario ante todo una gran modestia, o, si se quiere, un fuerte realismo. En primer lugar, no hay sistemas políticos perfectos que se puedan ajustar sin costes a un cambio como el que se ha producido en la economía global en los últimos treinta años. Lo raro sería que estos cambios económicos y sociales no hubieran cobrado un precio en la confianza de los ciudadanos respecto a sus representantes.

En segundo lugar, no existen soluciones mágicas para recuperar la confianza, sobre todo si pretendemos remitirnos a un pasado, más o menos idealizado, de identificaciones partidarias fuertes y estables. Por el contrario, sólo cabe dar pasos graduales para aproximar la política democrática a los ciudadanos, y en especial para mostrarles que su participación cuenta, que su voto es efectivo. Precisamente entre las personas con menor identificación partidaria, es más importante el efecto de la participación para hacerlas sentir políticamente eficaces (Ikeda, Kobayashi y Hoshimoto, 2008).

La política municipal ofrece probablemente un terreno ideal para las reformas prácticas. La cercanía de los problemas aumenta potencialmente la eficacia del voto, y la proximidad a los órganos municipales reduce el sentimiento de que los problemas y las decisiones vienen de un mundo lejano e inaccesible: frente a la impersonalidad del sistema global, lo local ofrece la familiaridad de lo inmediato. Por otra parte, buena parte de los ciudadanos se resuelven en el ámbito local, incluyendo algunos de los que más afectan a la igualdad de oportunidades y a la cohesion social.

La artísima abstención en los comicios municipales de 2002 y 2006, superior al 75%, parece apuntar a la necesidad de reformas institucionales, no sólo para subrayar la importancia de estas elecciones, como ya se ha hecho, sino sobre todo para dotar a los municipios de la financiación y los recursos necesarios para atender eficazmente las necesidades de

los ciudadanos, para reducir así sus incertidumbres y lograr una mayor participación e interés por la política democrática, desde el plano local hasta el nacional.

Ademas de reformas institucionales, es necesario fomentar el sentimiento de eficacia y de participación de los ciudadanos mediante programas de formación. La singularidad de Costa Rica, una democracia asentada con altos niveles de igualdad, constituye un terreno inicial muy favorable para combatir la desafección y la desconfianza. No se habla de algo que no ha existido antes, sino de algo que ya existe y puede y debe mejorar para seguir siendo un ejemplo para la región.

Fuentes de consulta

Andersen, K. (1976). "Generation, partisan shift, and realignment: a glance back at the New Deal". En: *N.H. Nie, S. Verba y J.R. Petrocik, The changing American voter*, 74-95, 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1979.

Converse, P.E. (1969). "Of time and partisan stability". En: *Comparative Political Studies,* 2:139-171.

Hetherington, M.J. (1998). "The political relevance of political trust". *American Political Science Review.* 92:791-808.

Ikeda, K., Kobayashi, T., y Hoshimoto, M. (2008). "Does political participation make a difference? The relationship between political choice, civic engagement and political efficacy". En: *Electoral Studies*, 27:77-88.

Inglehart, R. (1999). "Postmodernization erodes respect for authority, but increases support for democracy". En: P. Norris, comp., *Critical citizens: global support for democratic government,* 236-256. Nueva York: Oxford University Press.

Latinobarómetro (2007). Informe Latinobarómetro 2007. Tomado de: www.latinobarometro.org.

Popkin, S.L. (1991). *The reasoning voter: communication and persuasion in presidential campaigns.* Chicago: University of Chicago Press.

Putnam, R.D. (1995). "Bowling alone: America's declining social capital", En: *Journal of Democracy,* 6(1):65-78.

Quinn, D.P., y Woolley, J.T. (2001). "Democracy and national economic performance: the preference for stability". En: *American Journal of Political Science* 45:634-657.

Sartori, G. (1997). *Homo* videns: *la sociedad teledirigida.* Madrid: Taurus, 1998 [*Homo videns*, Roma: Laterza].

Solt, F. (2008). "Economic inequality and democratic political engagement". En: *American Journal of Political Science*, 52:48–60.

QUID IURIS

Memorias

Laicidad:
(iniciativa, dictamen y decreto)

H. CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

PRESENTE.-

La suscrita, en mi carácter de Diputada de la Sexagésima Quinta Legislatura del Honorable Congreso del Estado, integrante del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 68 fracción I de la Constitución Política Vigente para el Estado de Chihuahua, así como el artículo 167 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Chihuahua; comparezco ante esta Honorable Representación Popular para presentar iniciativa con carácter de Decreto a fin de reformar la Constitución Política del Estado de Chihuahua, al tenor de la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Antes del año de 1857, los diversos ordenamientos constitucionales habían contemplado una supeditación expresa del estado a una religión en particular, la Constitución de Cadíz de 1812 lo establecía expresamente; en iguales términos se preveía en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.

El parte aguas sin duda alguna es el año de 1857, cuando en la Constitución promulgada el cinco de febrero de ese año, se deja de ser al menos en la forma un estado confesional, posteriormente las leyes de reforma vienen a ratificar este hecho, fijando a partir de ese momento el rumbo por el cual se ha tratado, no sin ciertas amenazas en diversos momentos, consolidar un estado laico, en el entendido de que sin laicidad no hay democracia.

La laicidad forma parte del principio Constitucional que garantiza la neutralidad del estado en materia religiosa, y el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el principio de laicidad o de separación iglesia-estado, con ello se ofrecen las condiciones para el reconocimiento de la igualdad entre las personas, actuar en contrario propicia la desigualdad y la inequidad.

La palabra laico se suele emplear como contrapuesta a clérigo; y la palabra laicismo, contrapuesta a religiosidad. Una sociedad laica y laicista sería, en este sentido, la que organiza y regula desde una perspectiva no clerical o religiosa, no para negar o ir contra ciertos valores, sino para fijar unas bases con valores comunes que hagan posible la convivencia de todos, sin excepción.

La laicidad exige hacer efectiva la a-confidencialidad del Estado establecida en la norma suprema. Al Estado incumbe garantizar la libertar religiosa y, en general, la de conciencia establecida en el artículo 24 Constitucional; esto es así porque, en efecto, la laicidad ha de entenderse ante todo como condición y garantía del efectivo ejercido de la libertad religiosa por parte de todos los ciudadanos en pie de igualdad.

Para asegurar esta igualdad, la laicidad, que es respeto de la pluralidad de opciones ante lo religioso, se traduce necesariamente en neutralidad de cuantos ejercen el poder público respecto a todas ellas, neutralidad que a su vez, exige y supone la aconfesionalidad.

Por ellos asistimos con preocupación a un debate reciente, que no nuevo. En él se vislumbra la pretensión de un sector por enfatizar e incluir la visión de la religión e los públicos de nuestro Estado.

Estos olvidan, ignoran o, maliciosamente, desdeñan nuestra historia sobre lo que costó la construcción del estado laico, menospreciando el reclamo y la reacción frente a los desvíos y desacatos de un gobierno que con su actuar vulnera la Constitución de la República.

Ahora bien, dejar pasar estos hechos sería olvidar las grandes definiciones hechas por Juárez ante el Congreso de 1861: *"De aquí nacieron las Leyes de Reforma, la nacionalización de los bienes de manos muertas, la libertad de cultos, la independencia absoluta de las potestades civil y espiritual, la secularización de la sociedad, cuya marcha estaba detenida por una bastarda alianza en que se profanaba el nombre de Dios y se ultrajaba la dignidad humana."*

Un estado laico fuerte es la mejor garantía para que, en una vida democrática se incentive la libre circulación de las ideas, y se fortalezca la libertad de creencias y de cultos. Es ese el espacio ideal para que, en libertad, los ciudadanos determinen sus convicciones. Por eso es grave que el gobierno cruce las fronteras de sus convicciones religiosas para trasladarlas a un campo inapropiado.

El estado moderno se construye a través del fortalecimiento de un marco jurídico que garantice el establecimiento de una cultura democrática y de respeto a los derechos Humanos.

Es por ello que al incorporar a la Constitución Política principios laicos, para que se respeten las libertades religiosas y de pensamiento, para que el Estado tome decisiones de acuerdo al mandato constitucional, avanzamos hacia una sociedad de pleno ejercicio de la democracia, reconocimiento los valores de la misma, como lo son la pluralidad, la tolerancia y la inclusión.

La democracia supone la existencia de valores democráticos y por lo tanto de tolerancia en las opiniones plurales que permiten viabilizar en conjunto un proyecto de país que se soporte en el respeto a los derechos humanos, a la Constitución y a la libre expresión popular de decidir sobre la realización de su vida en una igualitaria, fortaleciendo la equidad.

La Reforma que se propone al artículo 30 Constitucional, permite avanzar hacia la consolidación democrática y al fortalecimiento de las libertades de las personas.

Si bien es cierto que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se han plasmados artículos como el 3°, el 24 y el 130 que tienen la intencionalidad de fortalecer el Estado laico, también ha sido evidente que ante la falta de precisión por parte del mandato constitucional en las entidades federativas se debe fortalecer y hacer que se respete el Estado laico como una forma de gobierno.

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en todos sus niveles de gobierno, deben de ser los garantes de la preservación del Estado laico.

El Estado laico democrático de la sociedad, no puede asumir la defensa del laicismo de la sociedad como fin, ni en nombre del laicismo se puede reprimir el ejercicio de la religión, ni mucho menos exigir que se crea en una o en otra, si no que su responsabilidad es ser el garante de las libertades religiosas.

La reforma al artículo Constitucional que estamos proponiendo, da precisión al mandato constitucional para que en el sistema democrático el Estado se defina con claridad como laico.

Por lo anteriormente expuesto y con la finalidad de que se garantice el respeto y el libre ejercicio de los valores democráticos, los derechos sociales y los derechos humanos, me permito someter a la consideración del Pleno, la siguiente Iniciativa con carácter de:

DECRETO

ÚNICO.- Se reforma el Articulo 30 de La Constitución Política del Estado de Chihuahua, para quedar redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 30. *El Estado adopta para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el municipio libre.*

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.

ECONÓMICO.- Una vez aprobado que sea, túrnese a la Secretaría para que se elabore la minuta de Ley en los términos en que deba publicarse.

D A D O en el Salón del Pleno del Poder Legislativo, en la ciudad de Chihuahua a los 12 días del mes de septiembre del año 2017.

ATENTAMENTE

DIPUTADA

MARÍA ISELA TORRES HERNÁNDEZ

COORDINADORA DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL

DECRETO No. LXV/RFCNT/0398/2017 I P.O. UNÁNIME

H. CONGRESO DEL ESTADO

P R E S E N T E.-

La Comisión Segunda de Gobernación y Puntos Constitucionales, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, 87, 88 y 111 de la Ley Orgánica, así como 80 y 81 del Reglamento Interior y de Prácticas Parlamentarias, ambos ordenamientos de Poder Legislativo del Estado de Chihuahua, somete a la consideración de este Alto Cuerpo Colegiado el presente Dictamen, elaborado con base a los siguientes:

ANTECEDENTES

I.- Con fecha doce de septiembre del año dos mil diecisiete se recibe la Iniciativa con carácter de Decreto, presentado por la Diputada María Isela Torres Hernández Integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, por medio de la cual se propone reformar el artículo 30 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, a fin de dar precisión al mandato constitucional para que en el sistema democrático el Estado se defina con claridad como laico.

II.- La Presidencia del H. Congreso del Estado, en uso de las facultades que le confiere el artículo 75, fracción XIII de la Ley Orgánica del Poder Legislativo, el día catorce de septiembre del año dos mil diecisiete, tuvo a bien turnar a quienes

"2017, Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

H. CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

COMISIÓN SEGUNDA DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES

LXV LEGISLATURA

DCSGPC/07/2017

integran la Comisión Segunda de Gobernación y Puntos Constitucionales la Iniciativa de mérito, a efecto de proceder a su estudio, análisis y elaboración del correspondiente Dictamen.

III.- La exposición de motivos de la Iniciativa en comento, se sustenta en lo siguiente:

"Antes del año de 1857, los diversos ordenamientos constitucionales habían contemplado una supeditación expresa del estado a una religión en particular, la Constitución de Cadíz de 1812 lo establecía expresamente; en iguales términos se preveía en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.

El parte aguas sin duda alguna es el año de 1857, cuando en la Constitución promulgada el cinco de febrero de ese año, se deja de ser al menos en la forma un estado confesional, posteriormente las leyes de reforma vienen a ratificar este hecho, fijando a partir de ese momento el rumbo por el cual se ha tratado, no sin ciertas amenazas en diversos momentos, consolidar un estado laico, en el entendido de que sin laicidad no hay democracia.

La laicidad forma parte del principio Constitucional que garantiza la neutralidad del estado en materia religiosa, y el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el principio

de laicidad o de separación iglesia-estado, con ello se ofrecen las condiciones para el reconocimiento de la igualdad entre las personas, actuar en contrario propicia la desigualdad y la inequidad.

La palabra laico se suele emplear como contrapuesta a clérigo; y la palabra laicismo, contrapuesta a religiosidad. Una sociedad laica y laicista sería, en este sentido, la que organiza y regula desde una perspectiva no clerical o religiosa, no para negar o ir contra ciertos valores, sino para fijar unas bases con valores comunes que hagan posible la convivencia de todos, sin excepción.

La laicidad exige hacer efectiva la a-confidencialidad del Estado establecida en la norma suprema. Al Estado incumbe garantizar la libertar religiosa y, en general, la de conciencia establecida en el artículo 24 Constitucional; esto es así porque, en efecto, la laicidad ha de entenderse ante todo como condición y garantía del efectivo ejercido de la libertad religiosa por parte de todos los ciudadanos en pie de igualdad.
Para asegurar esta igualdad, la laicidad, que es respeto de la pluralidad de opciones ante lo religioso, se traduce necesariamente en neutralidad de cuantos ejercen el poder público respecto a todas ellas, neutralidad que a su vez, exige y supone la a confesionalidad.

"2017, Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

H. CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

COMISIÓN SEGUNDA DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES

LXV LEGISLATURA

DCSGPC/07/2017

Por ellos asistimos con preocupación a un debate reciente, que no nuevo. En él se vislumbra la pretensión de un sector por enfatizar e incluir la visión de la religión e los públicos de nuestro Estado.

Estos olvidan, ignoran o, maliciosamente, desdeñan nuestra historia sobre lo que costó la construcción del estado laico, menospreciando el reclamo y la reacción frente a los desvíos y desacatos de un gobierno que con su actuar vulnera la Constitución de la República.

Ahora bien, dejar pasar estos hechos sería olvidar las grandes definiciones hechas por Juárez ante el Congreso de 1861: "De aquí nacieron las Leyes de Reforma, la nacionalización de los bienes de manos muertas, la libertad de cultos, la independencia absoluta de las potestades civil y espiritual, la secularización de la sociedad, cuya marcha estaba detenida por una bastarda alianza en que se profanaba el nombre de Dios y se ultrajaba la dignidad humana."

Un estado laico fuerte es la mejor garantía para que, en una vida democrática se incentive la libre circulación de las ideas, y se fortalezca la libertad de creencias y de cultos. Es ese el espacio ideal para que, en libertad, los ciudadanos determinen sus convicciones. Por eso es grave que el gobierno cruce las fronteras de sus convicciones religiosas para trasladarlas a un campo inapropiado.

El estado moderno se construye a través del fortalecimiento de un marco jurídico que garantice el establecimiento de una cultura democrática y de respeto a los derechos Humanos.

Es por ello que al incorporar a la Constitución Política principios laicos, para que se respeten las libertades religiosas y de pensamiento, para que el Estado tome decisiones de acuerdo al mandato constitucional, avanzamos hacia una sociedad de pleno ejercicio de la democracia, reconocimiento los valores de la misma, como lo son la pluralidad, la tolerancia y la inclusión.

La democracia supone la existencia de valores democráticos y por lo tanto de tolerancia en las opiniones plurales que permiten viabilizar en conjunto un proyecto de país que se soporte en el respeto a los derechos humanos, a la Constitución y a la libre expresión popular de decidir sobre la realización de su vida en una igualitaria, fortaleciendo la equidad.
La Reforma que se propone al artículo 30 Constitucional, permite avanzar hacia la consolidación democrática y al fortalecimiento de las libertades de las personas.

Si bien es cierto que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se han plasmados artículos como el 3°, el 24 y el 130 que tienen

la intencionalidad de fortalecer el Estado laico, también ha sido evidente que ante la falta de precisión por parte del mandato constitucional en las entidades federativas se debe fortalecer y hacer que se respete el Estado laico como una forma de gobierno.
Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en todos sus niveles de gobierno, deben de ser los garantes de la preservación del Estado laico.

El Estado laico democrático de la sociedad, no puede asumir la defensa del laicismo de la sociedad como fin, ni en nombre del laicismo se puede reprimir el ejercicio de la religión, ni mucho menos exigir que se crea en una o en otra, si no que su responsabilidad es ser el garante de las libertades religiosas.

La reforma al artículo Constitucional que estamos proponiendo, da precisión al mandato constitucional para que en el sistema democrático el Estado se defina con claridad como laico."

IV.- Ahora bien, al entrar al estudio y análisis de la Iniciativa en comento, los Diputados y Diputadas que integramos la Comisión Segunda de Gobernación y Puntos Constitucionales, formulamos las siguientes:

CONSIDERACIONES

H. CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

COMISIÓN SEGUNDA DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES

LXV LEGISLATURA
DCSGPC/07/2017

I.- Al analizar las facultades competenciales de este Alto Cuerpo Colegiado, quienes integramos esta Comisión de Dictamen Legislativo, no encontramos impedimento alguno para conocer del presente asunto.

II.- La Iniciativa cuya dictaminación hoy nos ocupa, propone la modificación del artículo 30 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, para incluir dentro de su texto la palabra laico, refiriéndose a la *forma de gobierno* que el Estado de Chihuahua elije para su régimen interior.

III.- El contenido de la Iniciativa de marras se sustenta, en los valores constitucionalistas históricos que se han sostenido desde la Constitución Federal de 1857, hasta la vigente.

Además, la propuesta mencionada, reconoce como necesario el traslado del principio de la separación Clero - Estado en el texto de la Constitución Local.

IV.- Tras el análisis de la propuesta en cuestión, esta Comisión encuentra que efectivamente tiene sustento constitucional en los artículos 115 primer párrafo y 130 de la Carta Magna, cuyos textos establecen respectivamente:

> "**Artículo 115.** Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes....."

> "**Artículo 130.** El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Palacio Legislativo: C. Libertad #9
Centro Chihuahua, Chih. C.P. 31000
Tels: (614) 412 3200 / 01 800 220 6848
www.congresochihuahua.gob.mx

"2017, Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

H. CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

COMISIÓN SEGUNDA DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES

LXV LEGISLATURA
DCSGPC/07/2017

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

a) Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro constitutivo de las mismas.

b) Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas;

c) Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos así como los extranjeros deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley;

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.

Palacio Legislativo: C. Libertad #9
Centro Chihuahua, Chih. C.P. 31000
Tels: (614) 412 3200 / 01 800 220 6848
www.congresochihuahua.gob.mx

Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Las autoridades federales, de las entidades federativas, de los Municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley".

Por otra parte, la propuesta mencionada, no contraviene ninguna norma jurídica vigente.

V.- El concepto de laicidad comprendía, en un principio, a una clase social específica, la de aquellos que no pertenecían al clero; es de ahí de donde nace el arreglo institucional que facilita el moderno Estado de Derecho, afirma Salazar Ugarte. Este tipo de modelo exige la separación y la autonomía de la autoridad civil respecto a la autoridad religiosa. Para el investigador, la laicidad no se debe de confundir con el laicismo, que es la hostilidad o indiferencia contra alguna religión.[1]

Desde este punto de vista, el Estado laico determina que las leyes civiles valen igual para todos, sin que importen las creencias o el rol que desempeñe el individuo en

[1] LA LAICIDAD: ANTÍDOTO CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, Pedro Salazar Ugarte, Ensayo, Cuadernos de la igualdad, núm. 8, 2007

una organización eclesiástica. Ninguna entidad religiosa debe de ser privilegiada sobre las demás, así como ninguna debe de ser beneficiada pero tampoco ninguna debe discriminarse. Se respeta la pluralidad de creencias religiosas y al mismo tiempo, se respeta a la población agnóstica o atea.

Esto quiere decir que el Estado laico no es un enemigo de la religión, sino que es respetuoso de las ideologías religiosas, las cuales no deben mezclarse con el ejercicio del Poder Público. En teoría, ni el poder político somete a la religión ni el poder religioso intenta jugar el papel de gobierno.

Es importante subrayar el elemento mínimo que debe satisfacer todo Estado que pretenda adscribirse a la laicidad: la autonomía real del Estado ante las iglesias y viceversa. En todos los casos dicha autonomía debe traducirse en arreglos concretos:

a) Clara separación de los ámbitos normativos (el pecado y el delito claramente diferenciados);

b) Firme delimitación de la influencia religiosa (sus reglas y jurisdicción valen única y exclusivamente para los fieles);

c) Total reconocimiento y sometimiento de las religiones y sus iglesias a la leyes del Estado (la ley civil rige sobre todas las personas, ministros del culto incluidos); y

d) Diferenciación en las fuentes de legitimidad de los mandatos (las leyes civiles provienen de los arreglos políticos entre los miembros de la comunidad y valen para

todos, mientras que las normas religiosas provienen de fuentes metafísicas y sólo valen para quienes creen en ellas).

De todo ello depende, a decir de Ferrajoli,[2] el principio fundamental de la "laicidad del derecho", que presupone la separación entre ser y deber ser, entre hechos y valores, y que fundamenta el Estado moderno.

VI.- Tras el estudio de los alcances de la reforma que en esta Comisión de Dictamen legislativo se hizo, creemos necesario resaltar que dicha modificación no pretende atacar o dirigir a ninguna religión mucho menos a la libertad de creencias sustentadas por el artículo 24 de la Constitución Federal, sino solo establecer en la Constitución Local lo preceptuado por la Federal.

Por otra parte, dado el contenido del texto del artículo 130 de la Constitución General de la República, ya transcrito, así como del primer párrafo del numeral 115, que explícitamente contempla este último la palabra "laico" en el sentido que se propone en el presente Dictamen para el diverso numeral 30 de la Constitución Local, esta Comisión Dictaminadora determina que debe incluirse en esta tesitura, conjuntamente con el término "laico" la palabra "democrático" tal como el texto vigente en el artículo 115 de la Carta Magna lo estipula literalmente, lo anterior, con la finalidad de que la homologación de la legislación local al marco constitucional federal sea completa, tiene un sustento doctrinal por sí mismo, ya que la importancia de la democracia a la forma de gobierno del Estado de Chihuahua, como una entidad

[2] Cfr., entre otros, Luigi Ferrajoli, "Norberto Bobbio. De la teoría general del derecho a la teoría de la democracia", en Lorenzo Córdova y Pedro Salazar (coords.), Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio, IIJ-UNAM-Siglo XXI, México, 2005, pp. 89-101.

federativa que forma parte de una República democrática, es fundamental, y debe estar comprendido al igual que la laicicidad, dentro de la norma constitucional estatal. Ambas modificaciones encuentran una clara aplicación del contenido previsto en el último párrafo del artículo 202 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, en el sentido de que las reformas y adiciones que impliquen adecuaciones a la Federal, serán aprobadas por el Congreso siguiendo el procedimiento ordinario establecido en el Capítulo V del Título VII, lo cual implica evitar el procedimiento respecto a los ayuntamientos de nuestra Entidad.

Con fundamento en el razonamiento que antecede se propone, en un Único Artículo Transitorio, que el Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado, sin necesidad de agotar el trámite del artículo 202 de la Constitución Política del Estado, por ser una adecuación a la Constitución Federal, conforme al último párrafo del referido precepto.

Con base en lo anterior podemos concluir que la pretendida reforma a nuestra Constitución Local unifica un principio constitucional histórico de la separación Religión – Estado, y no excede de forma alguna lo establecido por el pacto federal en materia de libertad de culto.

Por lo anteriormente expuesto, las Diputadas y Diputados Integrantes de la Comisión Segunda de Gobernación y Puntos Constitucionales, nos permitimos someter a la consideración de este Alto Cuerpo Colegiado el siguiente proyecto de:

DECRETO

"2017, Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

H. CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

COMISIÓN SEGUNDA DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES

LXV LEGISLATURA
DCSGPC/07/2017

ÚNICO.- Se reforma el artículo 30 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, para quedar redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 30. El Estado adopta para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo, **democrático, laico** y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el municipio libre.

ARTÍCULO TRANSITORIO

ÚNICO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado, sin necesidad de agotar el trámite del artículo 202 de la Constitución Política del Estado, por ser una adecuación a la Constitución Federal, conforme al último párrafo del referido precepto.

Dado en el Salón de Sesiones del Poder Legislativo a los tres días del mes octubre del año dos mil diecisiete.

A841/LEAT/GAOR/JRMC./JACM

Palacio Legislativo: C. Libertad #9
Centro Chihuahua, Chih. C.P. 31000
Tels: (614) 412 3200 / 01 800 220 6848
www.congresochihuahua.gob.mx

"2017, Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

H. CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

COMISIÓN SEGUNDA DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES

LXV LEGISLATURA
DCSGPC/07/2017

ASÍ LO APROBÓ LA COMISIÓN SEGUNDA DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES, EN REUNIÓN DE FECHA VEINTISIETE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE

INTEGRANTES	FIRMA Y SENTIDO DEL VOTO
DIP. CRYSTAL TOVAR ARAGÓN PRESIDENTA	A favor
DIP. MARÍA ISELA TORRES HERNÁNDEZ SECRETARIA	A Favor
DIP. RUBÉN AGUILAR JIMÉNEZ VOCAL	A FAVOR
DIP. FRANCISCO JAVIER MALAXECHEVARRÍA GONZÁLEZ VOCAL	A FAVOR
DIP. MIGUEL FRANCISCO LA TORRE SÁENZ VOCAL	A FAVOR

La presente hoja de firmas corresponde al Dictamen de la Comisión Segunda de Gobernación y Puntos Constitucionales, que recae a la Iniciativa con carácter de decreto, por medio de la cual propone reformar el artículo 30 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, a fin de dar precisión al mandato constitucional para que en el sistema democrático el Estado se defina con claridad como laico.

A841/LEAT/GAOR/JRMC./JACM

Palacio Legislativo: C. Libertad #9
Centro Chihuahua, Chih. C.P. 31000
Tels: (614) 412 3200 / 01 800 220 6848
www.congresochihuahua.gob.mx

DECRETO No.
LXV/RFCNT/0398/2017 I P.O.

LA SEXAGÉSIMA QUINTA LEGISLATURA DEL HONORABLE CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, REUNIDA EN SU PRIMER PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES, DENTRO DEL SEGUNDO AÑO DE EJERCICIO CONSTITUCIONAL,

D E C R E T A

ARTÍCULO ÚNICO.- Se reforma el artículo 30 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, para quedar redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 30. El Estado adopta para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo**, democrático, laico** y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el municipio libre.

ARTÍCULO TRANSITORIO

ÚNICO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado, sin necesidad de agotar el trámite del artículo 202 de la Constitución Política del Estado, por ser una adecuación a la Constitución Federal, conforme al último párrafo del referido precepto.

D A D O en el Salón de Sesiones del Poder Legislativo, en la ciudad de Chihuahua, Chih., a los tres días del mes de octubre del año dos mil diecisiete.

PRESIDENTA
DIP. DIANA KARINA VELÁZQUEZ RAMÍREZ

SECRETARIA	**SECRETARIA**
DIP. CARMEN ROCÍO GONZÁLEZ ALONSO	DIP. MARÍA ANTONIETA MENDOZA MENDOZA

QUID IURIS

Charla

La interpretación conforme

Entrevista con José Luis Caballero Ochoa

VYZL: Magistrado Presidente, Mtro. Víctor Yuri Zapata Leos
JLCO: Dr. José Luis Caballero Ochoa

VYZL: ¿Cuál es el origen de la interpretación conforme? ¿cómo se origina? ¿ cuál es su génesis?

JLCO: La génesis está en la idea de que los derechos de las constituciones tenían que interpretarse de conformidad con los derechos y los tratados, y una idea de hacer más efectiva la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo la norma convencional, la norma que está en un tratado internacional, hacerla eficaz con respecto a los derechos nacionales en la constitución; Y tiene que ver fundamentalmente con un diseño que empezó en Europa a finales de los años 70s, que esta en las constituciones de Portugal y de España; que fueron las primeras que lo incorporaron, para hacer más eficaz al Convenio Europeo de Derechos Humanos y cuando esos dos países transitaron de regímenes autoritarios dictatoriales a la democracia.

VYZL: ¿Cual podría ser el perfil del modelo constitucional sobre derechos humanos y de derechos políticos como tales, a partir de las llamadas fuentes del derecho internacional, nacional y local?

JLCO: Es muy interesante, porque nosotros en la Constitución tuvimos a los derechos políticos como prerrogativas ciudadanas en el artículo 35 y era una cosa que empezó a abrir camino cuando se dijo que la configuración legal de esas prerrogativas o las limitaciones que estaban en configuración legal, tenían que concordarse con tratados internacionales, específicamente la Convención Americana, pero después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, entendimos que los derechos no están en los primeros 29 artículos de la constitución como fue siempre, sino en toda la constitución, que los derechos político-electorales son tales, no prerrogativas ciudadanas, aunque si se anuncia en la Constitución, que esos derechos político electorales se amplían con la Convención Americana de Derechos Humanos y que hay una jurisprudencia muy abundante ya en los propios órganos de interpretación constitucional; el límite tanto en la Suprema Corte como en el Tribunal Electoral, especialmente la Sala Superior, en relación con esa óptica de derechos a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana., Ya es una trayectoria de 10 años que yo creo, es imparable, ya que cada vez se va haciendo mas certera.

VYZL: ¿Y en ese sentido ¿cual pudiera ser el impacto? que ha tenido la interpretación conforme y ese control judicial convencional en los jueces mexicanos a partir de la reforma 2011.

JLCO: Pienso que es una cuestión que tiene que empezar o que ya ha empezado a impregnar, que los derechos se vean en todo su contenido no solamente el constitucional, sino también de los tratados y

es una cuestión que tiene que empezar a llevar rutas cada vez más de integración de los derechos y un contenido más robusto de los derechos, desgraciadamente en México luego nos pesa mucho el formalismo, nos pesa mucho. La cuestión de las fuentes, de la guerra de las fuentes, tratados, ver su constitución y nos pesa mucho una especie también de ´´formalismo mágico´´ en relación con las herramientas que uno tiene que aplicar y las atribuciones que uno tiene, para inaplicar o invalidar sin entender que hay que integrar, armonizar coincidir, confluir y eso es un reto para toda la judicatura nacional, local, federal y en cualquier materia.

VYZL: ¿Cuales serìan los parámetros? para determinar la regularidad convencional de una norma, justamente en estos términos en los que lo ha querido llamar la Corte, del control de regularidad constitucional y convencional a la interpretación conforme.

JLCO: Entre los parámetros: es primero la identificación del bloque de constitucionalidad. Continuamos haciendo el ejercicio interpretativo. De igual forma hay que dar el contenido o el rostro de un derecho ya interpretado que efectivamente sea paramétrico. Por último se establece una ruta de precedentes más clara, por que en realidad son tantos los tratados que México ha firmado, es tanta la jurisprudencia constitucional de fuente internacional con la que podemos hilvanar, que yo creo que la Suprema Corte o el Tribunal Electoral en su materia como instancia autónoma aunque parte del Poder Judicial de la Federación, pero autónoma en la decisión sobre derechos político-electorales de ultima instancia tendría que establecer como rutas ya integradas desde lo nacional e internacional, eso es muy interesante, por ejemplo un litigante, un juzgador que dijera bueno, ya la Suprema Corte o la Sala Superior me ha dado toda una ruta interpretativa de esto pues puedo seguir mi camino, ya articulando lo constitucional con lo convencional la interpretación propiamente, desde luego que eso no implique la cancelación de la libertad interpretativa del juzgador por que de eso no se trata, pero sì se trata de establecer lineamientos por los cuales pueda hacer una conducción mas armónica de los casos.

VYZL: ¿Cual sería el mecanismo, la propuesta que nos permitiría a los jueces en México enfocarnos en esa actividad interpretativa conforme? más en el contenido que en las formas porque parece que hemos definido más las formas de la interpretación conforme ¿como hacer el proceso para encontrar los contenidos de la interpretación conforme con el resultado de conformidad?

JLCO: Pues yo creo que identificando el parámetro primero y luego tratando de hacer el ejercicio argumentativo, yo creo que se aprende a interpretar interpretando no se aprende a interpretar cuando una legislación una norma marca estándares de interpretación, no se puede interpretar cuando puede haber una jurisprudencia tan restrictiva como la que a veces tenemos , sino cuando uno se mete en una libertad creativa a partir de los parámetros de argumentación que conocemos y luego, yo creo, que conocer la interpretación conforme también implica conocer los otros métodos de interpretación sobre derechos humanos: sistemático, armónico, escrutinio estricto, proporcionalidad con el referente de la armonización entre tratados y constitución.

Hay mucho que hacer en esto.

VYZL: ¿Cuáles serían las semejanzas o diferencias que hay de la interpretación conforme con el control difuso de convencionalidad?

JLCO: Yo pienso que la interpretación conforme engloba y arropa al control difuso de convencionalidad, o sea el control de convencionalidad es una herramienta que nos viene desde la Corte Interamericana y que dice que todos lo operadores jurídicos en un país tienen la obligación, de que sus interpretaciones estén acordes con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero eso está englobado en una interpretación nacional más alta. la interpretación de la Constitución mexicana, engloba al control de convencionalidad y lo asume en un ejercicio interpretativo más amplio, que puede ser mas venturoso, más importante, digamos mucho más benéfico para los derechos y que no pugna con el control de convencionalidad, al contrario lo potencializa. Un error que estamos teniendo en México es verlo como caminos separados, como caminos encontrados, no entender bien lo que significa la interpretación conforme, creemos que la interpretación conforme sigue siendo algo con respecto a la sola constitución y que el control de convencionalidad sería con respecto a los tratados, en derechos humanos es un conjunto.

Es un tema que hay que reeditar volver a enseñar, poner en la mirada, en la lógica por que no lo estamos entendiendo bien ,creo yo.

VYZL: ¿Cuál es la situación actual de la restricciones constitucionales de derechos humanos o derechos políticos en México?¿Estas restricciones están dentro del propio texto constitucional?

JLCO: La restricción es una cuestión que nos permitió otra vez ir a la guerra de las fuentes y que en realidad es una regresión en el camino andado sobre la propia reforma constitucional, porque vuelve a establecer una especie de primacía a apriori de la Constitución sobre los tratados cuando haya restricciones. No entiende que las restricciones a los derechos tienen que establecerse, en función de valoraciones con respecto a derechos que se protegen antes esas restricciones, una restricción un derecho tendrá que demostrar que protege a otro y eso no saca las restricciones de la ruta interpretativa, no solamente en relación con los tratados internacionales si no en relación con todo el bloque de constitucionalidad que incluye la propia Constitución, es un reto enorme. Yo entiendo que la Corte ha dicho:`` bueno vamos a ir evaluando cada restricción , esa restricción en la evaluación tiene que darnos un panorama de porque es pertinente esa restricción, con respecto a un sistema amplio de derechos no solamente con respecto a los tratados, por que así es el modelo que establecimos en México.´´

VYZL: En ese sentido ¿cuáles serían las perspectivas ante esta propuesta de ir identificando en cada restricción un análisis concreto de racionalidad, proporcionalidad, de legitimación para la restricción?

JLCO: Yo pienso que tendríamos que empezar a enderezar causas que llegaran a la Corte o a los tribunales sobre estas restricciones, que nos está faltando por que la Corte ya determinó, por ejemplo en materia de arraigo no procede local sino es federal, bueno fue un tema también de fuentes y de sedes políticas y de sedes de producción normativa, no de contenido, ahí resolvió, digamos relativamente fácil, con eso pero yo creo que tenemos que empezar a impulsar mas causas, para empezar a controvertir derechos.

Es decir, la cultura de la interpretación conforme va ser mucho más eficaz en la medida en que nos empoderemos con respecto a derechos y en esa medida, al presentarlas al Poder Judicial, preguntar esas restricciones con respecto a que protección de derechos están dando, ese sería el camino.

QUID IURIS

Santo y seña

Grandes Problemas. La democracia como problema (un ensayo): editado por El Colegio de México y la Universidad Nacional Autónoma de México.

Audén Rodolfo Acosta Royval

La obra que se pone a su consideración se compone de tres capítulos, se inicia con una breve recapitulación de los cambios políticos sucedidos en México, desde 1977, mismos que cambiaron el contexto de un partido hegemónico a uno plural y equilibrado, de elecciones sin competencia a elecciones altamente competitivas.

Por otro lado el autor, parte de la premisa de que existe un malestar profundo con la vida política del país, esta inconformidad se refleja en las conclusiones que se presentan a partir de la revisión del informe de latinobarometro de 2013, mismo que se trata de una encuesta que se realiza en 18 países de américa latina desde 1995 para medir el pulso de los humores públicos en relación con la democracia.

En el capítulo dos se aborda el tema central de esta obra, "La democracia como problema", para ello el autor analiza a algunos teóricos en temas sustantivos tales como: la contra democracia, pos democracia y estado de partidos. Continua la obra exponiendo una serie de paradojas que se dan una sociedad democrática y expresa cuales son las interrogantes que reflejan el malestar social con el régimen democrático.

Se cierra esta obra con un catalogo de tópicos que constituyen la problemática que debe atender la democracia, para ello, el autor analiza y desmenuza los temas de la relación entre los actores políticos y el sector de los intelectuales, de las insuficiencias en la construcción de una ciudadanía mas fuerte, de los partidos políticos y su manera de comunicarse y comportarse. En abono a este ultimo punto en la obra se analiza el papel que juegan los medios de comunicación y el discurso que existe con un tono anti político; así mismo se da cuenta de los obstáculos que hay en cuanto a los niveles de pobreza, desigualdad y fragilidad del tejido social, discriminación, estancamiento económico, corrupción e impunidad.

La obra finaliza con un revisión de los niveles de desconfianza y la percepción y sufrimiento en algunos casos de la violencia, luego de lo anterior se propone como orientar una política de estado correcta para solucionar los grandes problemas del país y construir una agenda social que haga de la democracia no un problema sino una solución.

Esta obra constituye hoy en día una importante herramienta de consulta, el interesado podrá dimensionar revisar al sistema democrático con una óptica diferente y mas critica, entendiendo que tiene dos dimensiones distintas y a veces contradictorias.

Lecturas de la Constitución

Nancy Lizeth Flores Bernés

Cossío Díaz, José Ramón y Jesús Silva-Herzog Márquez (coords.) Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, 407 pp.

"Algo menos que malicia y algo más que inocencia…[1]"

El año que cursa, es un año especial para la historia mexicana, es el año que celebramos el Centenario de nuestra Constitución, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Un año en el que tenemos de compromiso los mexicanos, recordar el camino recorrido, para así entender nuestra actualidad, tomando en cuenta todos los contextos que llevaron a la formulación de la Constitución de cierta manera, así como las modificaciones de su contenido.

El libro intitulado *"Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917"*, contiene una serie de reflexiones en cuanto al pensamiento de grandes tratadistas constitucionales, donde artífices del actuar nacional, indagaron en sus obras y en su actuar, explicando los sucesos que tuvieron que ver con la Constitución, analizando las principales vertientes del constitucionalismo mexicano.

1 Extracto de la frase citada por Emilio Rabasa, como parte de la crítica a la facultad del Senado de designar un gobierno estatal en una entidad acéfala en 1921. Cossío Díaz, José Ramón y Jesús Silva-Herzog Márquez (coords.) Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p 27.

José Ramón Cossío Díaz, y Jesús Silva-Herzog Márquez, son los responsables de la compilación de textos, ensayos donde se analizan problemáticas que se han suscitado en torno a la vigencia de la Constitución de 1917. Los nombres de los constitucionalistas que se dan cita son: Emilio Rabasa, Miguel Lanz Durent, Manuel Herrera y Lasso, Felipe Tena Ramírez, Mario de la Cueva, Ignacio Burgoa, Jorge Carpizo, Antonio Martínez Báez. En tanto, este libro no solo habla de actores y de su obra, también refiere a otras corrientes constitucionalistas que han intentado incursionar en México, reclamos que han contribuido a la vigencia efectiva del estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Conmemorar el Centenario de la Constitución, con la publicación de este tipo de obras, cumple con el apartado tercero del Acuerdo al que concurren los tres Poderes de la Unión para la conmemoración del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual consiste, de manera general, en que se debe velar porque las acciones tendientes a la conmemoración del Centenario de la CPEUM difunda el contenido de nuestra Carta Magna, concientice sobre la importancia del cumplimiento cabal de sus postulados y por último recordar sobre su importancia histórica y su contribución al desarrollo económico, político y social del país[2].

2 Acuerdo al que concurren los tres Poderes de la Unión para la conmemoración del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/node/59 (consultada el 20 de septiembre de 2017).

Cabe resaltar que esta obra, no es sólo un homenaje a nuestra Carta Magna, sino es un reconocimiento a la obra de constitucionalistas, los cuales han colaborado para instaurar un estado Constitucional y Democrático de Derecho. Si entendemos las razones de la formulación de la Constitución, ya sea que fue realizada de una o de otra manera, podemos estar consientes de el porque de la normatividad, y así podemos reflexionar que quizá en cierto momento, fue la mejor decisión, o al menos esa era la creencia del constituyente, y si no lo fue, nuestros constitucionalistas, propusieron mejoras, siendo la Constitución la máxima expresión de autodeterminación, ya que este texto se traduce en la consolidación de la soberanía.

QUID IURIS

A golpes de mallete

JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES DEL CIUDADANO

EXPEDIENTE: JDC-17/2017
ACTOR: JULIO CÉSAR CABELLO CASTAÑEDA
AUTORIDAD RESPONSABLE: INSTITUTO ESTATAL ELECTORAL DE CHIHUAHUA
MAGISTRADO INSTRUCTOR: VICTOR YURI ZAPATA LEOS
SECRETARIA: MARTA ALEJANDRA TREVIÑO LEYVA

Chihuahua, Chihuahua; diez de octubre del dos mil diecisiete.

Sentencia definitiva que, para el caso concreto, **inaplica** el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, en la porción normativa *que no adquiera otra nacionalidad,* y **modifica**, en lo que fue materia de estudio, la Convocatoria Pública Incluyente para la Integración de las Asambleas Municipales del Instituto Estatal Electoral de Chihuahua, en el Proceso Electoral Local 2017-2018, emitida por el Consejo Estatal del Instituto Estatal Electoral.

GLOSARIO

CoIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Congreso:	Congreso de la Unión
Consejo:	Consejo Estatal del Instituto Estatal Electoral
Constitución Federal:	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Constitución Local:	Constitución Política del Estado de Chihuahua
Convención Americana:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Convocatoria:	Convocatoria Pública Incluyente para la Integración de las Asambleas Municipales del Instituto Estatal Electoral de Chihuahua, en el Proceso Electoral Local 2017-2018
Instituto:	Instituto Estatal Electoral de Chihuahua
JDC:	Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano
Ley:	Ley Electoral del Estado de Chihuahua
Pacto:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Sala Superior:	Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
SCJN:	Suprema Corte de Justicia de la Nación del Poder Judicial de la Federación
Tribunal:	Tribunal Estatal Electoral

Las fechas que se mencionan a continuación son de dos mil diecisiete, salvo mención de diferente anualidad.

1. ANTECEDENTES DEL CASO

1.1. ACTO IMPUGNADO. El diecinueve de septiembre, el *Instituto* aprobó el acuerdo IEE/CE37/2017. (Foja 48)

1.2. PUBLICACIÓN. El veintiuno de septiembre, dicho acuerdo fue publicado en los estrados del *Instituto*. (Foja 49)

1.**3. PRESENTACIÓN DEL JDC.** El veintisiete de septiembre el actor presentó el *JDC* en estudio ante el *Instituto*, a fin de controvertir el acuerdo impugnado. (Foja 24)

1.4. INFORME CIRCUNSTANCIADO. El veintisiete de septiembre Arturo Meráz González, en su carácter de Consejero Presidente del *Instituto*, envió el informe circunstanciado al Tribunal, así como el escrito mediante el cual el actor interpone *JDC* contra el acuerdo impugnado (Foja 2)

1.5. RECEPCIÓN Y CUENTA. El cuatro de octubre, el licenciado Eduardo Romero Torres, Encargado de la Secretaría General del *Tribunal,* tuvo por recibidos los expedientes y dio cuenta al Magistrado Presidente con la documentación anexada. (Foja 59)

1.6. CIRCULACIÓN DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN Y CONVOCATORIA A SESIÓN DE PLENO. El nueve de octubre se circuló el proyecto de cuenta y se convocó a sesión pública de Pleno de este *Tribunal*.

2. COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN El *Tribunal* es competente para conocer y resolver el medio de impugnación con fundamento en los artículos 36, párrafo tercero y cuarto, y 37, párrafo cuarto de la *Constitución Local;* así como 303, numeral 1, inciso d), 365, 366 y 370 de la Ley, por tratarse de un *JDC,* promovido por un ciudadano para impugnar el acuerdo del *Instituto*.

3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Previo al estudio de fondo de la controversia planteada, es obligación de este *Tribunal* verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de los juicios incoados, por ser una cuestión de orden público y, por tanto, de análisis preferente; así como analizar la satisfacción de las condiciones necesarias para la emisión de una sentencia.

3.1. FORMA

EL juicio se presentó por escrito ante la autoridad responsable, haciendo constar el nombre del actor, así como el domicilio para oír y recibir notificaciones; igualmente, se identificó el acto reclamado y la autoridad responsable, así como los hechos y agravios, haciéndose constar el nombre y la firma autógrafa del promovente.

3.2. OPORTUNIDAD

La interposición del juicio se considera oportuna, toda vez que el acto impugnado se publicó en estrados del *Instituto* el veintiuno de septiembre, mientras que el *JDC* fue presentado el diverso veintisiete de septiembre, es decir, dentro de los cuatro días que se prevé en el artículo 307, numeral 3, de la *Ley*.

3.3. LEGITIMACIÓN Y PERSONARÍA

La personería se encuentra satisfecha en términos de la *Ley*, ya que el actor es un ciudadano que promueve un *JDC* por su propio derecho y quien estima que se ha trasgredido sus prerrogativas político electorales a través de un acto de autoridad, según lo dispuesto en los artículos 316, numerales 1 y 2, y 317, numeral 4, de la *Ley*.

Asimismo, es pertinente señalar que el actor cuenta con interés jurídico y legítimo para controvertir el acto de autoridad materia del *JDC,* en razón de las consideraciones siguientes:

En primer término, resulta que el interés jurídico es la relación de utilidad e idoneidad existente entre la lesión personal y directa de un derecho que ha sido afirmado, y el proveimiento de la tutela jurisdiccional que se viene demandando, cuando hay un estado de hecho contrario a derecho, o bien, que produce incertidumbre y que es necesario eliminar mediante la declaración referida para evitar posibles consecuencias dañosas.

Por tanto, el interés jurídico debe entenderse como el vínculo que se presenta entre la violación al sistema normativo que se denuncia y la providencia que se pide para subsanarla mediante la correcta aplicación del Derecho, en el entendido que esa providencia debe ser útil para tal fin.

Lo anterior permite afirmar que únicamente puede iniciarse un procedimiento por quien resienta una lesión personal y directa en sus derechos subjetivos y solicite, a través del medio de impugnación idóneo, la restitución en el goce de los mismos; es decir, el medio de impugnación intentado debe ser apto para poner fin a la situación irregular denunciada.

Por otro lado, el interés legítimo requiere una afectación indirecta a la esfera jurídica del particular, cuyos efectos repercutan en los círculos más reducidos o vulnerables de la sociedad, de forma tal que el individuo se encuentre en una situación especial frente al orden jurídico que le permita accionar para obtener el respeto a su interés jurídicamente tutelado aunque no goce de un derecho subjetivo. Lo anterior es congruente con los criterios adoptados por este *Tribunal*[1] así como por la *Sala Superior*[2] y la *SCJN.*[3]

Bajo esa premisa, tenemos que el actor se duele de que en el acto de autoridad se aplican disposiciones que le impiden a las personas que cuenten con doble na-

1 Resoluciones del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua recaídas en los expedientes JDC-10/2015 y su acumulado, JDC-12/2015 y JDC-15/2015

2 Jurisprudencia 7/2002 de rubro *INTERÉS JURÍDICO DIRECTO PARA PROMOVER MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. REQUISITOS PARA SU SURTIMIENTO.* Visible en Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, página 39.

3 Tesis aislada de rubro *INETERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. PARA DETERMINAR SI SE ACREDITA, DEBE RESPONDERSE A LAS PREGUNTAS ¿QUÉ?, ¿QUIÉN? Y ¿CUÁNDO?* Consultable en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª. Época; Tomo XXVIII, de julio dos mil ocho, p. 1600.

cionalidad y pretendan participar como consejeros de las asambleas municipales del *Instituto*, en el próximo Proceso Electoral 2017-2018, acceder al cargo.

Siguiendo este orden de ideas, trasciende que el ciudadano es mexicano por nacimiento que adquirió la nacionalidad española, lo que le impide participar en la *Convocatoria,* en atención a lo señalado en su base II, numeral 1, y con fundamento en lo establecido por el artículo 78, numeral 1, de la Ley, en relación con el 32, párrafo segundo, de la *Constitución Federal*.

Por tanto, a juicio de este *Tribunal,* se encuentra en el supuesto de afectación directa derivado de la aplicación de las normas constitucionales y legales al caso concreto, a través de la emisión del acuerdo IEE/CE37/2017.

Es decir, la sola emisión del acto impugnado genera un contexto jurídico que lo sitúa en la hipótesis de potencial afectación y, en consecuencia, le genera la facultad de acudir ante el *Tribunal* para solicitar la impartición de justicia, tendiente a la protección o eventual restauración de los derechos que se consideran vulnerados.

Esto es así en virtud de que dada la posible trasgresión actual y real a la que se encuentra sujeto, se estima que este es el momento procesal oportuno para que el ciudadano se inconforme con el acto.

Lo anterior guarda relación con el precedente dictado por el *Tribunal* en la sentencia JDC-13/2015 y su acumulado JDC-14/2015.

En conclusión, este *Tribunal* tiene por acreditado el interés jurídico y legítimo ya que el ciudadano cuenta con un derecho subjetivo respecto a los agravios reclamados, así como la probable causación de un perjuicio personal, directo, actual y real, lo que a su vez le otorga la potestad para promover el *JDC* de mérito.

4. SÍNTESIS DE AGRAVIOS Y PRECISIÓN DE LA CONTROVERSIA PLANTEADA

4.1 SÍNTESIS DE AGRAVIOS

Del medio de impugnación se advierte que el actor alega los agravios siguientes:

1. El acto impugnado violenta su derecho político electoral a acceder a un cargo público, toda vez que restringe injustificadamente y de forma desproporcional su oportunidad de participar como miembro de alguna asamblea municipal del *Instituto*. Ello, por contar con doble nacionalidad lo cual, en su concepto, es un acto de discriminación. Así, manifiesta que la *Convocatoria* no es realmente incluyente.

2. El acto impugnado carece de motivación respecto de la aplicación del artículo 78, numeral 1, inciso a), de la *Ley,* violando lo establecido en el artículo 16 de la *Constitución Federal*.

3. El acto impugnado violenta en su perjuicio el derecho a la capacidad y personalidad jurídica toda vez que el requisito de elegibilidad aplicado restringe sus derechos político electorales y su capacidad de ejercerlos.

4.2 CONTROVERSIA PLANTEADA

En ese orden de ideas, la controversia planteada consiste en determinar si el acto impugnado restringe de forma injustificada los derechos político electorales del actor. Para ello, toda vez que el mismo tiene fundamentación en el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la *Ley*, el *Tribunal* determinará si tal disposición es proporcional, o si, por el contrario, es dable decretar su inaplicación.

5. ESTUDIO DE FONDO

El ciudadano se inconforma respecto de la *Convocatoria*, concretamente por lo que hace a la base II, numeral 1, y disposiciones relacionadas. En la misma, el *Consejo* aplica lo establecido en el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la Ley. En tales dispositivos, se establece el requisito de que quienes pretendan ocupar los cargos de consejero presidente, secretario o consejeros de las asambleas municipales del *Instituto* no cuenten con doble nacionalidad. Por tanto, su pretensión consiste en la inaplicación de dicha porción normativa.

En ese orden de ideas, dado que el acto impugnado se encuentra directamente vinculado con la aplicación del artículo 78, numeral 1, inciso a), concretamente a la de la porción normativa *que no adquiera otra nacionalidad,* lo procedente será realizar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad de tal disposición en los términos en los que se ha adelantado.

5.1 METODOLOGÍA DE ESTUDIO

El estudio de los agravios se hará de la forma en que han sido sintetizados. El *Tribunal* analizará todos los elementos necesarios para dar respuesta a la pretensión del actor, con la intención de, además, agotar el principio de exhaustividad.

5.2 TEST DE PROPROCIONALIDAD

En atención a lo establecido por el artículo 1° de la *Constitución Federal,* las autoridades nacionales en el ámbito de su competencia, están obligadas a realizar una interpretación amplia, progresiva y conforme de los derechos fundamentales contenidos en la misma.

En ese sentido, dado que en el escrito inicial se advierte que el actor solicita la inaplicación de la porción normativa en estudio, el *Tribunal* debe realizar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, utilizando el método que ofrezca mejores posibilidades de protección de los derechos presuntamente vulnerados. Para ello, deben tomarse en cuenta los principios establecidos en la *Constitución Federal,* el *Pacto,* y la *Convención Americana*.

Lo anterior, acorde con lo considerado por la Sala Superior en la tesis de rubro **ÓRGANOS JURISDICCIONALES ELECTORALES LOCALES. PUEDEN INAPLICAR NORMAS JURÍDICAS ESTATALES CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y A TRATADOS INTER-**

NACIONALES.[4] Esto, dado que de la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1° y 133 de la *Constitución Federal,* se concluye que las autoridades jurisdiccionales del país pueden realizar control de constitucionalidad y convencionalidad para garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos. Por tanto, los tribunales electorales locales cuentan con facultades para analizar las normas jurídicas estatales, contrastadas, como se adelantó, con la *Constitución Federal,* y los tratados internacionales firmados y ratificados por México, por tratarse de la Ley Suprema de la Unión, en términos del artículo 133 de la *Constitución Federal*.

Para tal efecto, se debe recurrir a una interpretación conforme en sentido amplio, la cual implica que los jueces deben interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la *Constitución Federal* y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

Luego, si no fuera posible realizar una interpretación conforme en sentido amplio, se deberá optar por hacerla en sentido estricto; esto es, que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas debe preferirse aquella que sea acorde a los derechos humanos establecidos en la *Constitución Federal* y en los tratados internacionales.

Por tanto, para el análisis de las disposiciones normativas cuya inaplicación solicita el actor, el *Tribunal* atenderá a los pasos y aspectos establecidos por el Poder Judicial de la Federación[5] para la implementación del **control difuso *ex officio*.**

Por tanto, seguirá el procedimiento siguiente:

a. Identificar el derecho humano, subderecho o garantía prevista en la *Constitución Federal* o en un tratado internacional.
b. Reconocer los criterios de la Sala Superior, de la *SCJN* y de la *CoIDH* que establezcan su alcance e interpretación.
c. Fijar la norma o porción normativa que será objeto de control.
d. Determinar si ésta tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos.
e. Examinar las posibles interpretaciones que la norma permite y verificar si una de ellas guarda conformidad con el derecho humano, subderecho o garantía.
f. Si no permite interpretaciones conformes, o todas sus interpretaciones resultan disconformes con el derecho humano, debe procederse a contrastarla frontalmente, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y *pro homine*.
g. Desaplicarla cuando resulte contradictoria con el derecho humano.

Habiéndose establecido la metodología y las consideraciones previas al estudio, para encontrarnos en aptitud de realizar el análisis particularizado de los agravios, es necesario atender a las cuestiones comunes propias de su valoración, las cuales corresponden a los incisos a) y b), para llevar a cabo el control difuso *ex officio*.

En ese sentido, es importante referir que, en virtud de que todas las normas que conforman el sistema legal mexicano cuentan con presunción de constitucionalidad, el control difuso debe llevarse a cabo únicamente en los casos en los que exista sospecha de su irregularidad, ya sea a petición de parte o por apreciación del juzgador.

Por lo anterior, es necesario identificar los derechos humanos que se pudieran estar vulnerando, para así encontrarnos en aptitud de llevar a cabo el control de constitucionalidad solicitado por el actor. Partiendo de esa premisa, este *Tribunal* infiere como derechos humanos supuestamente trasgredidos, el de igualdad, el de acceso a ocupar cargos públicos, específicamente el de integrar autoridades electorales.

Así, el artículo 1° de la *Constitución Federal* prevé el derecho de igualdad ante la ley, en el entendido de que todas las personas que se encuentren en el territorio nacional resultan ser beneficiarias de los derechos humanos previstos en ella o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Por otro lado, los numerales 14 y 26 del *Pacto* instituyen que la igualdad es un derecho que se debe reconocer a todas las personas que acudan ante los tribunales o cortes de justicia. De igual forma, el artículo 24 de la *Convención Americana,* establece la garantía legal referente a un trato igualitario ante la ley.

Por su parte, el artículo 35, fracción IV, de la *Constitución Federal* contiene el derecho fundamental de los ciudadanos de poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público.

4 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación TESIS IV/2014. Consultable en la Gaceta de jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, Número 14, páginas 53 y 54.

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis de clave P. LXIX/2011(9a.), de rubro *"PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS,* correspondiente a la 10a Época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro III, del mes de diciembre de dos mil once, tomo 1, página 552.

En ese mismo sentido, el artículo 25, inciso c) del *Pacto* señala como derecho de todos los ciudadanos, sin ninguna distinción ni restricción indebida, de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

A su vez, la *Convención Americana* señala en su numeral 23 que los ciudadanos de las naciones signatarias tienen derecho y oportunidad de acceder, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.

Por lo anterior, este *Tribunal* estima pertinente llevar a cabo la revisión del control constitucional respecto a la vulneración de los derechos humanos de igualdad, de ser votado y de acceso a la función pública, pues del estudio sumario del juicio que acontece, se advierte la posibilidad de que la aplicación de los preceptos legales atacados incidan en el goce de esos derechos.

Por lo que respecta al derecho de igualdad, la *SCJN*[6] ha manifestado que si bien los congresos estatales poseen libertad configurativa, dicha facultad se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y convencionales.

Asimismo, la *SCJN* ha referido que cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el artículo 1°, último párrafo, de la *Constitución Federal*, el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad.[7]

Considerando lo anterior, en los siguientes numerales se realizará el análisis de la porción normativa contenida en el artículo 78, numeral 1, inciso a) de la *Ley*. En primer término, el *Tribunal* verificará la interpretación conforme en sentido amplio del precepto cuestionado; y en caso de que no sea posible determinarla, procederá a la realización de una interpretación conforme en sentido estricto. En ese orden de ideas, en caso de que lo anterior no sea factible, el *Tribunal* continuará con el estudio de proporcionalidad pertinente.

5.2.1 ANÁLISIS DE LA PORCIÓN NORMATIVA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 78, NUMERAL 1, INCISO A), DE LA *LEY*

La porción normativa controvertida tiene los términos siguientes:

Artículo 78.

Los consejeros presidentes, secretarios y consejeros electorales de las asambleas municipales, deberán reunir los siguientes requisitos:

*Ser ciudadano mexicano por nacimiento, **que no adquiera otra nacionalidad,** además de estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.*

En ese sentido, el *Tribunal* analizará la regularidad constitucional y convencional de la norma controvertida, específicamente por lo que hace a su porción *que no adquiera otra nacionalidad*.

Así, mediante la emisión de la *Convocatoria*, el *Consejo* aplicó la norma controvertida al señalar que quienes aspiren a contender para ocupar el cargo de consejeros de las asambleas municipales, deberán reunir los requisitos de elegibilidad señalados en la *Ley*.

En ese orden de ideas, el actor manifiesta haber adquirido la nacionalidad española en el año dos mil diez, sin renunciar a la mexicana. En consecuencia, toda vez que cuenta con doble nacionalidad, se encuentra impedido para concursar para el cargo electoral de referencia, lo que, a juicio del actor, vulnera sus derechos político electorales al discriminarlo.

Por tanto, la cuestión a dilucidar es si la prohibición hecha a quienes cuenten con doble nacionalidad vulnera el derecho político electoral a integrar órganos electorales, de forma desproporcional y discriminatoria.

En consecuencia, el *Tribunal* analizará si la norma en estudio resulta conforme con la *Constitución Federal* y los tratados internacionales; para determinar si procede su inaplicación al caso concreto, o no.

5.2.1.1 INTERPRETACIÓN CONFORME EN SENTIDO AMPLIO

El *Tribunal* advierte que el dispositivo legal en estudio no permite una interpretación conforme en sentido amplio, toda vez que en la normativa atinente no existe un requisito de elegibilidad más favorable.

Ello es así toda vez que el artículo 32, segundo párrafo, de la *Constitución Federal* establece que el ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la misma *Constitución Federal,* se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad; lo cual también será aplicable a los casos que así lo señalan diversas leyes del Congreso de la Unión.

Por su parte, el artículo 35, fracción VI, de la *Constitución Federal* establece como derechos del ciudadano el de obtener nombramiento para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley. En otro orden de ideas, la *Convención Americana* y el *Pacto* contemplan los derechos político electorales de los ciudadanos, así como tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.

En consecuencia, es menester realizar la interpretación en sentido estricto del precepto en análisis.

6 Ver tesis jurisprudencial 1a./J. 45/2015, de rubro LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL. Visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo I, junio de 2015, pág. 533.

7 Ver tesis jurisprudencial 1a./J. 66/2015, de rubro IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO. Visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo II, octubre de 2015, pág. 1462.

5.2.1.2 INTERPRETACIÓN CONFORME EN SENTIDO ESTRICTO

El *Tribunal* concluye que no es posible realizar una interpretación conforme en sentido estricto, pues no existen varias interpretaciones jurídicas válidas que de la porción normativa impugnada puedan realizarse. Esto es así, por tratarse de un requisito de elegibilidad contenido en una norma de forma clara y enfocada a no contar con la doble nacionalidad para poder ser consejero presidente, secretario o consejero electoral de las asambleas municipales del *Instituto*.

En este orden de ideas, dado que no se ha superado el paso anterior, resulta obligatorio realizar un test de proporcionalidad respecto a la porción normativa en estudio, para lo cual se analizará el fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida que se combate.

5.2.2 TEST DE PROPORCIONALIDAD

5.2.2.1 FIN LEGÍTIMO DE LA MEDIDA

El *Tribunal* advierte que la porción normativa impugnada cuenta con un fin legítimo.

Lo anterior obedece a que la exigencia del fin legítimo no se interpreta en el sentido positivo de que la medida tenga que perseguir un fin expresa o implícitamente establecido, sino que se entiende en el sentido negativo de que la medida no debe perseguir un fin expresa o implícitamente prohibido o excluido por la *Constitución Federal*.[8]

8 PRIETO Sanchís, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid. Trota, páginas 175-216, y BERNAL Pulido, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, página 687

En este sentido, el *Tribunal* advierte que la porción normativa en estudio cuenta con fundamento en el artículo 32, segundo párrafo, de la *Constitución Federal*. Ello, dado que este artículo dispone que ciertos cargos y funciones podrán reservarse a quienes tengan la calidad de ciudadanos mexicanos por nacimiento y que no hayan adquirido otra nacionalidad; reserva que también será válida en caso en que se señale en otras leyes del *Congreso*.

Así, de la exposición de motivos de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, donde se adiciona el párrafo segundo del artículo 32 de la *Constitución Federal,* se advierte que el legislador consideró que es indispensable tener presente que los cargos de presidente, senadores, diputados, gobernadores, secretarios de Estado y ministros de la *SCJN*, así como todos los que se señalen en otras leyes del *Congreso,* exigen que sus titulares estén "libres de cualquier posibilidad de vínculo jurídico o sumisión con otros países", pues "pueden poner en riesgo la soberanía y lealtad nacionales". Por tanto, el legislador consideró válido que tales cargos "se reservan de manera exclusiva a mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad".

De esto se advierte que, en efecto, el fin contenido en la norma impugnada es constitucionalmente legítimo, pues se encamina a garantizar que los intereses soberanos se encuentren salvaguardados en todo momento, en relación a aquellos cargos estratégicos que, por su naturaleza específica, pudieran poner en riesgo la seguridad e integridad nacionales.

Ahora bien, no pasa desapercibido para este *Tribunal* que la soberanía de las legislaturas de las entidades federativas reside en la tutela y protección de los derechos humanos de índole político electoral, consagrados en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

En ese sentido, con independencia de la libertad configurativa de los estados contenida en el artículo 116 de la *Constitución Federal,* las disposiciones que emanen de los Congresos locales deberán encontrarse apegadas a tales principios, así como a los tratados internacionales.

5.2.2.2 IDONEIDAD DE LA MEDIDA

El *Tribunal* advierte que la medida es idónea.

La idoneidad tiene que ver con lo adecuado de la naturaleza de la medida diferenciadora impuesta por la norma, para conseguir el fin predeterminado.

Por tanto, siendo que, en términos de la exposición de motivos que adicionó el segundo párrafo del artículo 32 de la *Constitución Federal*, la finalidad de la norma es evitar que se ponga en riesgo la soberanía y lealtad nacionales, es dable concluir que la norma es idónea para tal efecto.

Ello es así dado que los fines protegidos por la norma son de relevancia significativa para la seguridad nacional. En ese orden de ideas, es dable concluir que el sistema jurídico mexicano en efecto requiere del establecimiento de requisitos y normas jurídicas que, dentro de los parámetros de racionalidad, justicia y proporcionalidad, establezcan garantías suficientes para su protección.

Así, para evitar un conflicto de intereses que pueda poner en riesgo los principios nacionales discutidos, el establecimiento de restricciones al respecto constituye una medida idónea para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales.

5.2.2.3 NECESIDAD DE LA MEDIDA

La medida es necesaria.

Ello, pues dada la finalidad de la norma, no existe una medida menos gravosa que permita garantizar la salvaguarda de la soberanía nacional, sino mediante la restricción justificada del acceso a cargos públicos en ciertas circunstancias.

En otras palabras, el *Tribunal* advierte que dada la relevancia del fin perseguido por la norma, es necesario que el legislador establezca requisitos de carácter negativo que auxilien a la salvaguarda nacional. Esto, dada la relevancia de los cargos para los cuales el artículo 32, segundo párrafo, de la *Constitución Federal*, fue diseñado. Por tanto, la medida es necesaria.

5.2.3.4. PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

El *Tribunal* concluye que la medida no es proporcional, dado que establece una res-

tricción a los derechos político electorales que no encuentra sustento en criterios de razonabilidad.

Para ilustrar lo anterior, el Tribunal analizará la norma controvertida desde la perspectiva de la *Convención Americana*, el *Pacto*, los criterios de la *CoIDH*, los preceptos de la *Constitución Federal* involucrados, el espíritu del Legislador ordinario y la naturaleza del cargo al que aspira el actor.

Así, el artículo 2 del *Pacto* establece la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en él, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En ese sentido, los Estados se comprometen a adoptar las disposiciones legislativas, o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el *Pacto*.

De lo anterior se desprende que, de existir restricciones injustificadas a los derechos fundamentales por razones de nacionalidad, en concreto a los derechos políticos, se contravendría lo estipulado por el *Pacto*. En otras palabras, las disposiciones creadas por el legislador, o por otra autoridad, deben buscar el respeto y la maximización de los derechos fundamentales.

Además, el artículo 25, inciso c), del Pacto mandata que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna distinción y sin restricciones indebidas, de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Es decir, aquellas restricciones que deban interponerse a los derechos políticos en controversia deberán siempre pasar por un examen de razonabilidad que garantice que sus parámetros se encuentran dentro de lo constitucional y convencionalmente válido, máxime al tratarse de restricciones que podrían poner en riesgo el derecho de igualdad, como es el caso de la nacionalidad del actor.

Ello se refuerza con lo dispuesto por el artículo 26 del *Pacto*, pues fundamenta que todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho a su protección sin discriminación; además, la ley deberá prohibir todo tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Ahora bien, el artículo 23 de la *Convención Americana* estipula que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y oportunidad de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Por otro lado, su ejercicio podrá reglamentarse exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Por otro lado, el artículo 29, inciso d), de la *Convención Americana* obliga a los países firmantes a garantizar que ninguna disposición pueda ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En otras palabras, los parámetros para interpretar las normas contenidas en la *Convención Americana* deben realizarse de forma progresiva, otorgando siempre la interpretación más amplia y favorable a los derechos fundamentales.

Ello cobra relevancia al considerar que el diverso artículo 30 de la *Convención Americana* dispone que las restricciones permitidas, de acuerdo con tal Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Es decir, a efecto de que los derechos humanos puedan ser sujetos de restricción, el Legislador deberá estar atento a que las finalidades de la misma se encuentren justificadas en el bien común, y que tienda a garantizar el fin para el cual es contemplada.

De lo anterior es dable concluir que, con independencia de que el artículo 23.2 de la *Convención Americana* reconozca la reglamentación de derechos fundamentales en materia de nacionalidad, lo cierto es que la misma depende de que su finalidad se encuentre justificada en el interés general y los propósitos constitucionales. Además, la interpretación de las normas en materia derechos humanos, incluidos los contenidos en la *Convención Americana,* debe realizarse siempre de la forma en que mayores beneficios implique para el disfrute de los derechos fundamentales.

Así, de lo analizado en los párrafos anteriores se puede concluir que las restricciones que se hagan a los derechos fundamentales deberán encontrarse resguardadas por parámetros de maximización, progresividad y razonabilidad. En consecuencia, es fundamental atender al fin para el cual fueron establecidas, así como a los beneficios que impliquen en materia de bien común.

Para ello resulta de gran ilustración lo concluido por la *CoIDH* en el caso Yatama vs Nicaragua,[9] al considerar que el principio fundamental de igualdad y no discriminación cuenta con un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos. "Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso YATAMA vs Nicaragua. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable."[10]

De lo anterior se desprende entonces que, en aras de garantizar el derecho de no discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados deberán observar que las restricciones a derechos humanos se encuentren amparadas por parámetros que juzguen a los ciudadanos sin distinciones de carácter subjetivo, y que cuenten con bases lógicas de justificación. Es decir, que dichas restricciones sean razonables.

En ese sentido, la *CoIDH* ha concluido que la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, por sí mismos, una restricción indebida a los derechos políticos, dado que, al no ser absolutos, pueden estar sujetos a limitaciones. Entonces, su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, y razonabilidad en una sociedad democrática.[11] Esto implica que la restricción debe encontrase prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo.[12]

10 Ibíd. Párrafos 184 y 185.

11 Ibíd. Párrafo 206 y 207

12 Ídem.

Así, por lo que hace al caso concreto, de lo anterior se desprende que no es suficiente con que la limitación contenida en la *Convocatoria* se encuentre contemplada en el orden constitucional, ni legal; sino que la misma debe estar inspirada en criterios de igualdad, tener una fundamentación lógica y coherente, y ser suficiente para alcanzar un fin legítimo.

De esa forma, la *CoIDH* ha concluido que, de existir varias opciones tendentes a alcanzar los fines idóneos, debe elegirse aquella que ofrezca menos restricciones al derecho protegido y tenga mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue. [13]

De hecho, por lo que hace a la justicia nacional, la *SCJN* en la acción de inconstitucionalidad 48/2009, al estudiar lo relativo a la configuración legislativa reservada en el artículo 32, párrafo segundo, de la *Constitución Federal*, ha destacado la importancia de que la restricción establecida a los mexicanos con doble nacionalidad, en materia de derechos políticos, debe satisfacer una razonabilidad en función de los cargos de que se trate; es decir, dicha facultad de configuración no es irrestricta, sino que debe atender a una finalidad constitucionalmente válida; esto es, la facultad reglamentaria encuentra su límite en que tales cargos o funciones guarden esa vinculación o finalidad para que la distinción sea válida. En el caso, como se ha adelantado, tal finalidad versa sobre asegurar la soberanía y la seguridad nacional.[14]

13 Ídem.

Como se ha venido desarrollando, este criterio es congruente con lo establecido por el *Pacto*, la *Convención Americana,* y el artículo 1° de la *Constitución Federal* en materia de maximización y progresividad de los derechos fundamentales. En consecuencia, el *Tribunal* advierte que la porción normativa en estudio no establece una limitación proporcional al derecho fundamental de acceso a los cargos públicos.

Ahora bien, como se ha precisado, además del requisito de maximización en la interpretación de las disposiciones relativas a los derechos humanos contenida en el artículo 29, inciso d), de la *Convención Americana,* el diverso 30 mandata que las restricciones permitidas sólo podrán ser decretadas conforme a leyes que obedezcan a razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Así mismo, el artículo 32.2 de la *Convención Americana* señala que los derechos de cada persona están limitados por aquellos con que cuentan los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En ese orden de ideas, para estar en posibilidad de determinar si las limitaciones a los derechos políticos del actor establecidas en la norma controvertida cuentan con tales características, es necesario analizar cuáles son los fines y propósitos que se pretenden alcanzar con la disposición.

14 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de inconstitucionalidad 48/2009.

Ahora, no pasa desapercibido para el *Tribunal* que la limitación de los derechos fundamentales ante el interés general no significa que éste sea superior a aquéllos; por el contrario, tal limitación implica una situación extraordinaria que deberá tener una vasta fundamentación en dicha situación.

Por otro lado, en la opinión consultiva OC-6/86, la *CoIDH* ha establecido que el concepto "bien común" ha de interpretarse como un elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad";[15] se refiere a permitir que los integrantes de la sociedad alcancen el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los derechos democráticos, de forma tal que promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.[16]

Así, "bien común" y "orden público" deben interpretarse dentro de la realidad americana, teniendo en cuenta que los Estados actúan sobre la base de del ejercicio efectivo de la democracia representativa, y de los derechos humanos.[17]

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, párrafo 29. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

16 Ibíd. Párrafo 31

17 Ibíd. Párrafo 30.

De lo anterior se advierte, entonces, que el bien común a que hacen referencia los parámetros de interpretación establecidos por la *Convención Americana* parten de los principios fundamentales de los derechos humanos. Luego, las leyes que establezcan requisitos limitativos para su ejercicio deben basarse siempre en perspectivas que, a su vez, garanticen su ejercicio. Es decir, las limitaciones a los derechos fundamentales deberán contar con características de razonabilidad y proporcionalidad suficientes para el disfrute de los derechos en comento.

De ello se sigue que la porción normativa en comento no es proporcional, toda vez que establece limitaciones a los derechos fundamentales que no tienen sustento en el bien común o en el interés general.

Esto es así toda vez que, como se adelantó, la disposición contenida en el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la *Ley* guarda una relación estrecha con lo dispuesto por el artículo 32, párrafo segundo, de la *Constitución Federal*, cuya finalidad es garantizar la soberanía y lealtad nacional en el ejercicio de la función del presidente, senadores, diputados, gobernadores, secretarios de Estado y ministros de la *SCJN*, así como todos los que se señalen en otras leyes del *Congreso*.

Es decir, de la exposición de motivos se desprende que la adición del párrafo segundo del artículo 32 de la *Constitución Federal* obedece a que el ejercicio de los cargos y funciones correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias del Estado Mexicano, que por naturaleza sustentan el fortalecimiento de la identidad y soberanía nacionales, exige que sus titulares estén libres de cualquier posibilidad de vínculo jurídico o sumisión hacia otros países.

Esto implica que el espíritu del legislador consistió en la identificación de áreas y funciones específicas que pudieran encontrarse vulneradas por la doble nacionalidad de quienes ejercieran el cargo. Para ello, es indispensable identificar la naturaleza de tales áreas y funciones pues, de lo contrario, se establecería en efecto una relación de discriminación para quienes se encontraran en tal supuesto.

Este criterio es consistente con lo considerado por la *SCJN* en la acción de constitucionalidad 48/2009, al destacar que los fines que tuvo en cuenta el Legislador ordinario "deriva de que el ejercicio de los cargos comentados se relaciona con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritaria del Estado, o bien con la seguridad y defensa nacional".[18] Sin embargo, como ya se adelantó, tal voluntad legislativa no es irrestricta, sino que depende de la satisfacción de los requisitos de razonabilidad propios de la función de que se trate.

Además, tal ejercicio es congruente con lo establecido por el artículo 1° de la *Constitución Federal*, que obliga a las autoridades nacionales a aplicar la interpretación más favorable a los principios fundamentales que se encuentren en riesgo. En ese sentido, es fundamental realizar una interpretación sistemática de los preceptos contenidos en la *Constitución Federal* y en los tratados internacionales, de forma tal que las restricciones establecidas por la norma analizada sean interpretadas a la luz de los demás principios de acuerdo con los principios constitucionales y fundamentales del orden nacional, principalmente los referidos a la igualdad y no discriminación.

En ese sentido, la *SCJN* ha puntualizado que, en el desarrollo de su función, el Legislador debe ser especialmente cuidadoso evitando establecer distinciones que sitúen en franca desventaja a un grupo de individuos respecto de otro, o bien, que menoscaben los derechos otorgados por la *Constitución Federal* a los gobernados.[19]

De lo anterior se desprende que en los casos en que el Legislador deba hacer una distinción, deberá estar seguro de que la misma descansa en una base objetiva y razonable; en este sentido, los tratos desiguales deben tener la finalidad de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites constitucionales. Además, debe existir una relación de instrumentalidad entre la medida y el fin pretendido; por último, debe cumplirse con el requisito de proporcionalidad, de forma tal que la persecución de un objetivo constitucional no se haga a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros derechos constitucionalmente protegidos. Este criterio es sostenido en la jurisprudencia de rubro **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.**[20]

Así, dada la naturaleza del cargo al que la *Convocatoria* se refiere, así como la de las funciones de las asambleas municipales del *Instituto*, el *Tribunal* advierte que la porción normativa en estudio es desproporcional. Esto, dado que la naturaleza de la norma controvertida no es consistente con la propia de los cargos para los cuales se planteó la restricción.

Ello se advierte del análisis de lo dispuesto por los artículos 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, y de más relativos, de la *Ley*, de los cuales se desprende que las funciones de las asambleas municipales se encuentran circunscritas a los ámbitos territoriales para los cuales son instaladas. Es decir, con independencia de la relevancia de sus funciones para la democracia del estado, la trascendencia de sus atribuciones y deberes se acota al municipio en concreto.

De igual forma, los cargos de consejeros presidentes, secretarios y consejeros electorales de las asambleas municipales del *Instituto*, previstos en el artículo 78 de la *Ley*, y para los cuales se emite la *Convoca-*

18 Op cit. Acción de inconstitucionalidad 48/2009

19 Op cit. Acción de inconstitucionalidad 48/2009

20 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia, clave 1a./J. 55/2006. Visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXIV, septiembre de 2006; página 75.

toria, cuentan con facultades específicas en las asambleas municipales para las cuales son designados.

De hecho, las asambleas del *Instituto* son órganos colegiados que se integran con consejeros con derecho a voz y voto; un secretario exclusivamente con derecho a voz, y representantes de los partidos políticos con las características anteriores. En ese orden de ideas, para que las asambleas puedan sesionar, es indispensable la presencia de la mayoría de sus integrantes con derecho a voto, entre los que deberá estar quien ocupe la presidencia; tan es así, que de no reunirse la mayoría necesaria, la sesión deberá posponerse y celebrarse dentro de las veinticuatro horas siguientes. Además, todas las resoluciones deberán tomarse por mayoría de votos. [21]

De lo anterior se desprende que quienes ocupen los cargos para los que se ha abierto la *Convocatoria* no cuentan con facultades plenipotenciarias y unipersonales; por el contrario, se encuentran acotadas a la decisión mayoritaria que tomen sus miembros. Entonces, que una persona dentro de la generalidad de la asamblea cuente con doble nacionalidad, difícilmente pone en riesgo los principios que busca proteger la norma impugnada.

Además, el *Tribunal* advierte que, en términos de lo dispuesto por el artículo 77, numeral 2, de la *Ley,* las asambleas municipales tienen una función ejecutiva en cuanto a su ámbito de competencia. Es decir, las mismas forman parte del *Instituto* y dependen administrativamente del Consejero Presidente de éste. Entonces, a pesar de están encargadas de la preparación, desarrollo y vigilancia del proceso electoral, dentro de los ámbitos de su competencia, las mismas carecen de autonomía; por el contrario, son parte de una estructura organizacional específica cuya ejecución depende de lo estipulado por la *Ley.*

Esto significa que la finalidad constitucional que inspiró la adición del párrafo segundo del artículo 32 de la Constitución Federal, y que fundamenta la porción normativa impugnada, no es congruente con la naturaleza del acto. En consecuencia, la norma no es proporcional con el objetivo constitucionalmente pretendido y, en términos de lo dispuesto por el artículo 1° de la *Constitución Federal,* la *Convención Americana* y el *Pacto,* no abona a la maximización de los derechos fundamentales.

Ello toda vez que, como se ha establecido, la finalidad de la reforma en comento consiste en garantizar la soberanía nacional; supuesto que no se encuentra en riesgo desde el ámbito de aplicación concreta de la porción normativa que busca inaplicarse. Así, el *Tribunal* advierte que la restricción establecida en la norma impugnada, y que motiva las disposiciones relativas en la *Convocatoria*, no es proporcional, dado que no satisface el objetivo de proteger la lealtad y soberanía nacionales.

21 Ello según lo dispuesto por los artículos 77, numerales 4 y 5 ; y el relativo 80, numerales 2, 3 y 4, de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua.

En conclusión, dado que el acto impugnado se encuentra basado en una porción normativa cuya interpretación conforme, tanto en sentido amplio como en estricto, no puede realizarse, y que no sobrepasa los requerimientos mínimos del análisis de proporcionalidad, lo procedente es declarar su inaplicación en el caso concreto, en términos de lo establecido por los artículos 1° y 133 de la *Constitución Federal*.

Ahora bien, dado que el análisis del primer agravio hecho valer por el actor es suficiente para modificar el acto impugnado y alcanzar su pretensión, el *Tribunal* considera que el análisis de los otros dos, es inoficioso. Lo anterior sin que ello implique alguna vulneración a sus derechos, o al principio de exhaustividad, toda vez que el *Tribunal* ha analizado de forma integral los puntos de la pretensión sometida a su conocimiento, y no sólo un aspecto en concreto. Esto es congruente con lo considerado por la *Sala Superior* en las jurisprudencias de rubro **PRINCIPIO DE EXHAUSTIVIDAD. LAS AUTORIDADES ELECTORALES DEBEN OBSERVARLO EN LAS RESOLUCIONES QUE EMITAN[22] y EXHAUSTIVIDAD EN LAS RESOLUCIONES. CÓMO SE CUMPLE.[23]**

22 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Jurisprudencia 43/2002, Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, página 51.

23 Sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Jurisprudencia 12/2001, Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 5, Año 2002, páginas 16 y 17.

En consecuencia, dado que el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la *Ley,* en lo que se refiere a la porción normativa *que no adquiera otra nacionalidad* no es proporcional, lo procedente es declarar su inaplicación al caso concreto. Entonces, lo conducente es modificar la Convocatoria respectiva en el caso particular, a efecto de que no se tome en cuenta la porción normativa para el registro correspondiente.

6. EFECTOS DE LA SENTENCIA

Toda vez que el *Tribunal* ha concluido que la porción normativa es inconstitucional, lo procedente es:

Inaplicar el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la *Ley,* en lo que se refiere a la porción normativa que no adquiera otra nacionalidad, por lo que hace a Julio César Cabello Castañeda.

Se ordena al *Consejo* **modificar** la *Convocatoria,* en lo que fue materia de impugnación, para que, en caso de que Julio César Cabello Castañeda presentara su solicitud para participar en el procedimiento de integración de las asambleas municipales del *Instituto* para el próximo proceso electoral, no le sean exigibles los requisitos en estudio. Esto de conformidad con las consideraciones vertidas en esta sentencia.

7. RESOLUTIVOS

PRIMERO. Se **inaplica al caso concreto de Julio César Cabello Castañeda** el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua, en lo que se refiere a la porción normativa que no adquiera otra nacionalidad.

SEGUNDO. Se ordena al Consejo Estatal del Instituto Estatal Electoral **modificar,** en lo que fue materia de impugnación, la Convocatoria pública incluyente para la integración de las asambleas municipales del Instituto Estatal Electoral de Chihuahua en el Proceso Electoral Local 2017-2018. Ello para efectos de que, en caso de que **Julio César Cabello Castañeda** presentara la solitud correspondiente, no le sean exigibles las disposiciones relacionadas con la porción normativa cuya inaplicación ha sido decretada en el resolutivo primero, de conformidad con los términos precisados en la sentencia.

Notifíquese en términos de ley.

En su oportunidad, **ARCHÍVESE** el presente expediente como asunto total y definitivamente concluido.

Así lo resolvieron, por **mayoría** de votos, los magistrados que integran el Pleno del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, ante el Secretario General, con quien se actúa y da fe. Doy fe.

VÍCTOR YURI ZAPATA LEOS
MAGISTRADO PRESIDENTE
JACQUES ADRIÁN JÁCQUEZ FLORES
MAGISTRADO
JOSÉ RAMÍREZ SALCEDO
MAGISTRADO
JULIO CÉSAR MERINO ENRIQUEZ
MAGISTRADO
CÉSAR LORENZO WONG MERAZ
MAGISTRADO
ELIAZER FLORES JORDÁN
SECRETARIO GENERAL

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO JOSÉ RAMÍREZ SALCEDO A LA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES DEL CIUDADANO JDC-17/2017.

Con fundamento en el artículo 297, numeral 1, inciso g) de la Ley Electoral del Estado, 19 fracción XIII, 20 numerales 1 y 2, 27 fracción XII del Reglamento Interior del Tribunal Estatal Electoral me permito emitir voto particular a fin de que se inserte en la ejecutoria correspondiente a la Sentencia dictada dentro del juicio antes señalado.

Disiento con el sentido del proyecto, por los siguientes motivos:

La controversia consiste en determinar si el acto que se impugna restringe de forma injustificada los derechos político electorales del actor; al aplicarse el artículo 78, numeral 1, inciso a) de la Ley Electoral del Estado, en el considerando noveno del Acuerdo emitido por el Consejo Estatal del Instituto Estatal Electoral, en el que se acordó emitir la Convocatoria Pública para la Designación de Consejeras y Consejeros Presidentes y Electorales, así como Secretarios y Secretarias, en ambos casos propietarios y suplentes, de las Asambleas Municipales del Instituto Estatal Electoral en los sesenta y siete municipios del Estado, para el Proceso Electoral Local 2017-2018. Toda vez que aduce que su aplicación resulta violatoria del derecho a la igualdad y no discriminación, del reconocimiento a la personalidad y además carece de motivación.

En el proyecto sostenido por la mayoría se determinó inaplicar el artículo 78, numeral 1, inciso a), de la citada ley, en lo que se refiere a la porción normativa "que no adquiera otra nacionalidad", por lo que hace al actor; y ordena al Consejo Estatal del Instituto Estatal Electoral modificar la *Convocatoria,* en lo que fue materia de impugnación, para que, en caso de que Julio César Cabello Castañeda presentara su solicitud para participar en el procedimiento de integración de las asambleas municipales del *Instituto* para el próximo proceso electoral, no le sean exigibles los requisitos en estudio.

Ello toda vez, que del análisis del test de proporcionalidad, se consideró que si bien la porción normativa impugnada cuenta con un fin legítimo, es idónea y necesaria, no es proporcional, ya que establece una restricción a los derechos político electorales que no encuentra sustento en criterios de razonabilidad.

Ahora bien, discrepo del sentido de la resolución toda vez que la restricción del derecho político electoral de acceder al cargo de Consejero en una Asamblea Municipal, por tener el actor doble nacionalidad, no resulta contrario a la potenciación de los derechos humanos, ya que si bien, los tratados internacionales y convenciones buscan ampliar la protección de los derechos de las personas, también lo es que las constituciones de las naciones forman parte de un marco normativo que puede establecer ciertas restricciones para proteger algunas funciones ejercidas por sus ciudadanos.

En este sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Electoral del Estado de Chihuahua prevén expresamente la hipótesis de reserva para el ejercicio de cargos y funciones públicas a quienes tengan la nacionalidad mexicana y no adquieran otra, al señalar:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 32. *La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.*

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

Ley Electoral del Estado

Artículo 78

1) Los consejeros presidentes, secretarios y consejeros electorales de las asambleas municipales, deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no adquiera otra nacionalidad, además de estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos;

Ahora bien, para efectos de determinar si la medida prevista en la ley resulta proporcional o no, considero necesario determinar qué se entiende por nacionalidad.

La nacionalidad es el vínculo jurídico de una persona con un Estado, que le atribuye la condición de ciudadano de éste en función del lugar en que ha nacido, de la nacionalidad de sus padres o del hecho de habérsele concedido la naturalización.[24]Es decir, la nacionalidad es un lazo entre una Nación y los habitantes de ésta, que pueden adquirir por nacimiento o por naturalización, según lo dispone el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así mismo, la nacionalidad representa el lazo jurídico que une a los individuos con el Estado y los hace sujetos del mismo. Es el vínculo que une a una persona con un Estado y del cual derivan diversas implicaciones, al generar derechos y deberes correlativos o recíprocos, es decir, se trata de un vínculo jurídico-político de fidelidad y compromiso entre el individuo y un determinado Estado; a través de dicho vínculo el individuo se integra a un Estado, como parte de él; corresponde a la soberanía de cada Estado regular quiénes son sus nacionales, como también en lo relativo al ingreso y permanencia de los extranjeros en su territorio, aspecto en el que se comprende que un Estado contemple la posibilidad de que un extranjero adquiera la nacionalidad por naturalización, y la permisión o no de la doble o múltiple nacionalidad y su regulación[25].

24 "Nacionalidad". Diccionario de la Real Academia Española, 2017. Consultable en: http://dle.rae.es/?id=QBsHcL7

25 Voto particular que formula el Ministro Sergio A. Valls Hernández, en la Acción de Inconstitucionalidad 48/2009.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en la Conferencia de Codificación celebrada en La Haya, del trece de marzo al veintiuno de abril de mil novecientos treinta, por decisión de la VIII Asamblea de la Sociedad de las Naciones de mil novecientos veintisiete, sostiene que "Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales, y las opiniones doctrinales, la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene en su base un hecho social de unión, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Es, puede decirse, la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual ha sido conferida, sea directamente por la ley, sea un acto de autoridad, está de hecho más estrechamente unido a la población del Estado que se la otorga que a la de cualquier otro Estado[26]."

Ahora bien, el artículo 32 constitucional, tiene su origen en la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, y en la exposición de motivos, se señaló:

En el marco de esta reforma, resulta indispensable tener presente que el ejercicio de los cargos y funciones correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias del Estado Mexicano que por naturaleza sustentan el fortalecimiento de la identidad y soberanía nacionales, exige que sus titulares estén libres de cualquier posibilidad de vínculo jurídico o sumisión hacia otros países.

Por ello, se agrega otro nuevo párrafo también en el artículo 32, en el que los cargos establecidos en la Constitución, tanto los de elección popular, tales como los de Presidente, Senadores, Diputados y Gobernadores, así como los de Secretarios de Estado, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y todos los que se señalen en otras leyes del Congreso de la Unión, que de alguna manera puedan poner en riesgo la soberanía y lealtad nacionales, se reservan de manera exclusiva a mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad.

26 Ídem

Es decir, la finalidad de lo establecido en el artículo constitucional en comento es que diversos cargos se reserven a quienes sean mexicanos por nacimiento y no tengan otra nacionalidad, para preservar y salvaguardar la identidad y seguridad nacionales.

Por tanto, la nacionalidad al generar un vínculo afectivo, de pertenencia, unión y solidaridad, es materia de regulación de los Estados Nacionales, que pueden establecer medidas restrictivas al respecto, como es el caso de México y en el caso concreto en Chihuahua, lo cual es acorde a lo establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos por razones de nacionalidad.

Regulación que no resulta violatoria del principio de igualdad toda vez que, ya que como fue señalado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 220/2008, el principio de igualdad no implica que todos los individuos deban encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino más bien, se refiere a una igualdad jurídica entre los gobernados, que se traduce en el hecho de que todos tengan derecho a recibir siempre el mismo trato que reciben aquellos que se encuentran en situaciones de hecho similares; por tanto, no toda diferencia de trato implicará siempre una violación a las garantías de los gobernados, sino que ésta se dará solamente cuando, ante situaciones de hecho similares, no exista una justificación razonable para realizar tal distinción[27]. Así mismo, en la tesis "GARANTIA DE NO DISCRIMINACION. SU PROTECCION CONSTITUCIONAL[28].", se instituyó que la no discriminación es una verdadera garantía individual, que consiste en el derecho subjetivo público del gobernado de ser tratado en la misma forma que sus semejantes, lo cual implica el deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idénti-

27 Ídem.

28 Amparo directo en revisión 881/2007, Segunda Sala, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, p. 639.

co a todas las personas que se ubiquen en las mismas circunstancias, como acontece en el caso ya que el actor es tratado por igual que sus semejantes, es decir, es el mismo trato para los ciudadanos mexicanos que cuenten con otra nacionalidad, por lo que la norma en estudio no resulta discriminatoria.

También resulta relevante el criterio sustentado por la Primera Sala dicho Tribunal, en la tesis de jurisprudencia de rubro: **"IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.**[29]", mediante la cual, estableció que el principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. Por lo cual se debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Por lo que es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas y, es necesario examinar la 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. Además, debe cumplirse con el requisito de la 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 afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Así mismo, sirve a lo anterior, la Jurisprudencia: **"IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACION DEL ARTICULO 1o. DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)**[30]", en la cual se señala que la igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

Además, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva OC-4/84 relativa a la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, respecto a principio de igualdad y no discriminación, manifestó lo siguiente:

54. Por su lado el artículo 24 de la Convención establece: Artículo

24. Igualdad ante la Ley

29 1a./J. 55/2006. Primera Sala, novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 75.

30 Jurisprudencia 1a./J. 37/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, abril de 2008, página 175

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad e la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cuál es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose 'en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos' definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable' [Eur. Court H.R., Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

(…)

62. [la Corte] tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón de origen o del lugar de nacimiento que crean injustificadamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.

Del mismo modo, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-18/03 de diecisiete de septiembre de dos mil tres, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, aludió a estos principios de igualdad y no discriminación, señalando que:

89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que 'no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana'. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en 'los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos', advirtió que sólo es discriminatoria de una distinción cuando 'carece de justificación, objetiva y razonable'. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

Precisado lo anterior, considero que el artículo 78, numeral 1, inciso a) de la Ley Electoral del Estado, no violenta derechos humanos fundamentales toda vez que tiene como finalidad salvaguardar la identidad y seguridad electoral del municipio en el cual se ejercerá el cargo, ello toda vez que la materia electoral en cualquier ámbito territorial resulta de suma relevancia para el desarrollo económico, político y social, y por tanto un ente electoral como lo es una Asamblea Municipal requiere que exista plena certeza de la independencia de los consejeros que la integran; que el desarrollo del proceso electoral se lleve a cabo sin dependencia hacia el gobierno, partidos políticos y más aún hacia otro Estado.

Esto toda vez, que las Asambleas Municipales son las encargadas de organizar, dirigir y vigilar el proceso electoral de ayuntamientos, síndicos y diputados[31]

Asimismo, no debe pasar por alto que el municipio es la célula básica territorial, política y administrativa de los estados[32], y por tanto es el primer nivel de gobierno que entra en contacto con la ciudadanía asentada en él. Además de que están investidos de personalidad jurídica propia, al ser un nivel de gobierno, tal y como lo señala la Carta Magna y se reitera en la tesis de jurisprudencia de rubro **"MUNICIPIOS, EL ARTÍCULO 115, FRACCIONES I Y II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN JURÍDICO PROPIO"**[33]. Así como, los diputados de las entidades federativas, son los encargados de emitir la normatividad en el territorio estatal acorde a la Constitución, integrando el poder legislativo del Estado.

Por lo anterior, los cargos electorales deben reservarse a ciudadanos mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad, a fin de proteger la identidad y libertad municipal, así como la soberanía del Estado del cual forman parte, evitando interfieran en el desarrollo del proceso electoral, autoridades electorales con una identidad nacional distinta a la mexicana. Ello debido a que no hay mayor expresión soberana del pueblo que el establecimiento de bases sobre las cuales se desarrollaran los mecanismos de representación política y la elección de los integrantes del poder público[34].

La materia electoral y por ende los cargos electorales, resultan de especial cuidado y trascendencia, es por ello que el legislador en la Ley Federal de Consulta Pública, excluye de las materias objeto de consulta popular la correspondiente a la electoral[35], ello toda vez que ésta requiere de un mayor estudio y protección, a fin de conservar la forma de gobierno, identidad y soberanía nacional.

Es así que, la nacionalidad permite que los ciudadanos protejan la soberanía de su Nación en los momentos que lo ameriten, por lealtad, nacionalismo, soberanía y democracia.

Por ello, es congruente que el acceso a los cargos públicos que desarrollan tareas de nivel amplio, deban estar restringidos a ciudadanos que sean mexicanos de nacimiento y que no adquieran otra nacionalidad.

Inclusive, es la propia Constitución Federal la que expresamente exige la nacionalidad mexicana por nacimiento y sin que se adquiera otra nacionalidad, tratándose de los depositarios de los Poderes de la Unión[36], el Fiscal General de la República[37], los Secretarios de Despacho[38], los gobernadores de los Estados, los magistrados de los Poderes Judiciales estatales[39], y los magistrados del Tribunal Superior de Justicia[40] de la Ciudad de México, por citar los ejemplos más representativos; y en el mismo artículo 32 constitucional exige dicha reserva para el Ejército mexicano, la Armada y la Fuerza Aérea, así como determinados cargos de la Marina mercante.

Ello, atendiendo a que, como se advierte del procedimiento de la reforma al artículo 32 constitucional, la razón o los fines que tuvo en cuenta el órgano reformador para exigirlo así, deriva de que el ejercicio de tales cargos se relaciona con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional, esto es, se trata de cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacionales, respecto de los que debe evitarse toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros.

Con ese mismo sentido, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 38, numeral 1, establece que los Consejeros Electorales deberán reunir entre otros requisitos, el de ser ciudadano por nacimiento que no adquiera otra nacionalidad, además de estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos, es decir, protege el desarrollo de los procesos democráticos al depositar su función en ciudadanos que cumplan con dicho requisito.

Así mismo, en otros cargos de autoridades electorales se establece esta restricción a su ejercicio, como lo son: funcionarios

31 Artículo 77 de la Ley Estatal Electoral.

32 Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

33 Tesis: P./J. 134/2005, Pleno, novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, p. 2070Jurisprudencia.

34 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, p. 811.

35 Artículo 11, fracción III de la Ley Federal de Consulta Popular.

36 Artículos 55, 58, 82, 95, 99 y 100 de la CPEUM.

37 Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

38 Ibídem, artículo 91.

39 Ibídem, artículo 116..

40 Ibídem, artículo 122, apartado A, fracción IV, en relación con el 95 fracción I, y 32.

de mesa directiva de casilla[41], consejos locales[42] y distritales[43] del Instituto Nacional Electoral, Consejeros de Organismos Públicos Locales Electorales[44] y Magistrados de Sala Regional[45].

Por tanto, considero que se satisface una razonabilidad en función del cargo –consejero de Asamblea Municipal-, toda vez que se busca alcanzar un objetivo constitucionalmente válido, encaminado a asegurar la soberanía y seguridad nacional, bajo la salvaguarda de la lealtad e identidad nacionales, sin que, ello se traduzca en una transgresión a los principios de igualdad y no discriminación.

Además, la previsión de la Ley Electoral en comento, como ya ha quedado señalado, no resulta discriminatoria para el actor, toda vez que tal y como lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, si bien se trata de una restricción para quienes tengan doble nacionalidad, no se trata de una total "prohibición" para acceder al mismo, ya que, conforme a los artículos 16 y 17 de la Ley de Nacionalidad, aquellos mexicanos por nacimiento que pretendan acceder al ejercicio de algún cargo o función para el que se requiera no tener otra nacionalidad, deberán presentar el certificado de nacionalidad mexicana, el cual se podrá solicitar a la Secretaría de Relaciones Exteriores, únicamente para los efectos en comento; debiendo formular renuncia expresa de la nacionalidad que les sea atribuida, a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Estado extranjero, especialmente la de aquel que le atribuya la otra nacionalidad, a toda protección extraña a las leyes y autoridades mexicanas, y a todo derecho que los tratados o convenciones internacionales concedan a los extranjeros. De igual forma, protestarán adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas y se abstendrán de realizar cualquier conducta que implique sumisión a un Estado extranjero; estableciendo, la misma ley, que el certificado de nacionalidad mexicana se expedirá una vez que el interesado haya cumplido con los requisitos que señalan la propia ley y su reglamento. Por tanto, satisfecho dicho procedimiento, el actor sí podría acceder al cargo en cuestión.

Por consiguiente, el artículo 78, numeral 1, inciso a) de la Ley Electoral del Estado, así como su aplicación en el Acuerdo referido no infringe derechos humanos del actor, ya que la medida correspondiente a "no adquirir otra nacionalidad", se justifica en cuanto que se trata de un cargo o función de suma relevancia , toda vez que los Consejeros de una Asamblea Municipal son los encargados de organizar, dirigir y vigilar el proceso democrático en un municipio, en el cual se eligen miembros de ayuntamientos, síndicos y diputados y tal reserva lo que pretende es evitar conflictos por doble o múltiple nacionalidad y su efecto negativo en el desempeño de tal cargo.

Además de que el precepto legal en cita se encuentra reconocido, toda vez que busca proteger el interés general y los propósitos constitucionales, sobre los intereses particulares que pudiesen poner en riesgo la estabilidad democrática, política y social, al ser los procesos electorales, la base de organización del Estado, toda vez que mediante dichos procesos el pueblo elige a sus representantes.

Así mismo, debe justificarse la disposición en el sentido de que su objeto debe ser preservar y salvaguardar la identidad y seguridad nacional, protegiendo la base territorial del Estado, para evitar conflictos por doble o múltiple nacionalidad y su efecto negativo en el desempeño del cargo. Por tanto, la norma se justifica toda vez que debe haber certeza de que no existe sumisión hacia otro Estado Nacional. Además de que, como se ha quedado señalado no se trata de una restricción total para acceder al mismo, ya que, conforme a los artículos 16 y 17 de la Ley de Nacionalidad, el actor puede renunciar a la otra nacionalidad que le es atribuida y cumplir con el procedimiento que dicha ley señala, para acceder al cargo en cuestión.

Por tanto, difiero del proyecto ya que a mi concepción resulta proporcional y por ende válida la restricción establecida en el artículo en comento, en virtud de que se trata del ejercicio de la democracia a través del poder público y de funciones electorales que inciden en la soberanía del Estado.

Por lo cual, mi voto es en contra del proyecto de la mayoría.

JOSÉ RAMÍREZ SALCEDO
MAGISTRADO

41 Artículo 83, numeral 1, inciso a) de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

42 Ibídem, artículo 66, numeral 1, inciso a).

43 Ibídem, artículo 77, numeral 1.

44 Ibídem, artículo 100, numeral 2, inciso a).

45 Artículo 213, en relación con el 106 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¿UN CIUDADANO CON DOBLE NACIONALIDAD PUEDE INTEGRAR UNA MESA DIRECTIVA DE CASILLA?

SUP-JDC-894/2017

¿QUÉ DICE EL ARTÍCULO 83 DE LA LEGIPE? Establece que para ser integrante de mesa directiva de casilla se requiere ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no adquiera otra nacionalidad.

¿QUÉ SUCEDIÓ?

- Con base en el artículo citado, el INE aprobó un acuerdo para integrar mesas directivas de casilla en el cual se excluye automáticamente a los ciudadanos que tengan doble nacionalidad.

¿QUÉ SE IMPUGNÓ?

- Un ciudadano con doble nacionalidad quiere tener la posibilidad de integrar una mesa directiva de casilla.
- Por ello impugnó el acuerdo del INE al considerar que es discriminatorio.

¿QUÉ DECIDIÓ SALA SUPERIOR?

- Modificar el acuerdo del INE para que no se excluya automáticamente al actor de participar en la conformación de las mesas directivas de casilla, por tener doble nacionalidad.
- Para ello se inaplicó una parte del artículo 83 de la LGIPE, es decir se determinó que el requisito en cuestión es inconstitucional.

¿POR QUÉ DECIDIÓ ESTO?

- No se trata de un encargo prioritario y estratégico.
- La función electoral se trata de salvaguardar el voto el día de la jornada electoral. Es temporal, con ámbito de territorio limitado y funciones muy específicas.

facebook:Felipe de la Mata Pizaña
twitter e instagram: @fdelamata

QUID IURIS

Lineamientos QUID IURIS

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 revista *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 Público. Desde su creación, la revista ha publicado artículos relacionados con el derecho político, electoral, constitucional, entre otras ramas del derecho público, distribuyéndose gratuitamente tanto a nivel nacional como internacional. 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 revista 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 33», Núm. 1510, Col. Santo Niño, C.P. 31320, 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: el nombre del autor, una breve reseña biográfica, así como su afiliación institucional y su dirección postal.
- RESUMEN DEL DOCUMENTO. Se solicita además acompañar un resumen (de 150 palabras) en que se sinteticen los propósitos y conclusiones principales del trabajo (abstract). 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 que han obtenido los permisos del titular o titulares del material que no les es propio. El Consejo 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.
- 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 cortesía 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 1.5 de interlínea, en letra arial de doce 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.
2.Título de la publicación (entrecomillado y en letras itálicas).
3.Edición (la primera no debe indicarse).
4.Lugar de publicación.
5.Editorial.
6.Colección (si es el caso)
7.Volumen o tomo (si es el caso)
6.Año de publicación.
7.Página.

Ejemplo Un autor:

GÓMEZ Lara, Cipriano. *"Teoría General del Proceso"*. 10a. ed. México, Oxford University Press, 2004. p. 54

Dos autores:

HERNÁNDEZ Estévez, Sandra Luz y LÓPEZ Durán, Rosalío. *"Técnicas de investigación jurídica"*. 2» ed. México, Oxford University Press, 1998. p. 54

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 (es) del capítulo.
2.Título del capítulo (entrecomillado y 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.Lugar de publicación.
6.Editorial.
7.Año de publicación.
8.Página.

Ejemplo:

DE LA PEZA, José Luis. *"Notas sobre la justicia electoral en México"*. En: OROZCO Henríquez, Jesús J. (Comp.) Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Tomo III, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1999, pp. 827-863.

C. *Cuando se refiere a libros electrónicos*

Fecha de consulta. Debido a que los documentos electrónicos son constantemente actualizados, 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.

Ejemplo:

[fecha de consulta: 18 Octubre 2005].

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.

Ejemplo:

Disponible en: http://www.fao.org/DOCREP/003/V8490S/v8490s07.htm

La cita se construye con los siguientes datos:

1.Autor(es), ya sea institucional o personal.
2.Nombre del documento (entrecomillado y 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).

Ejemplo:

ESTRADA Michel, Rafael. *"El Caso Juárez y la Jurisdicción en el Estado Constitucional Democrático: La Resolución SUP-JRC-196/200"* [en línea]. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, [fecha de consulta: 12 de marzo de 2008] Disponible en: http://www.trife.org.mx/todo2.asp?menu=15

D.*Cuando se refiere a un capitulo de un libro electrónico*

La cita se construye con los siguientes elementos:

1.Autor(es), ya sea institucional o personal.
2.Título del documento (entrecomillado y 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).

Ejemplo:

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *"La interpretación argumentativa en la justicia electoral mexicana"* [en línea]. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006 [fecha de consulta: 12 de marzo de 2008]. Capítulo VII. Una propuesta de interpretación de las disposiciones sobre la interpretación, especialmente en materia electoral.

Disponible en: http://www.trife.org.mx/todo2.asp?menu=15

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 (entrecomillado y en letras itálicas)
3.Edición (excepto la primera).
4.Lugar de publicación.
5.Editorial.
6.Año.
7.Páginas

Ejemplo:

NOHLEN, Dieter. *"Diccionario de Ciencia Política"*. México: Porrúa-El Colegio de Veracruz, 2006. 785 p.

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.

Ejemplo:

COMUNITARISMO. En: NOHLEN, Dieter. Diccionario de Ciencia Política. México: Porrúa- E l Colegio de Veracruz, 2006. p. 238

Citas hemerográficas

A.Cuando se refiere a revista impresa

La cita se construye con los siguientes elementos:

1.Título de la revista
2.Lugar de publicación
3.Volumen
4.Número (anotar entre paréntesis)
5.Fecha (indicar mes y año)

Ejemplo:

ÁGORA, Órgano de difusión del Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo. México, (32), Mayo-Julio 2008.

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 (entrecomillado y en letras itálicas).
3.Título de la revista (en letra cursiva o subrayada) .
4.Volumen (cuando la revista lo incluye).
5.Número (anotar entre paréntesis).
6.Paginación (precedida de dos puntos).
7.Fecha (indicar mes y año).

Ejemplo:

GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. *"La nueva justicia electoral"*. Ágora, Órgano de difusión del Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo. (32):19-23, Mayo-Julio 2008.

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.Fecha de publicación.
7.Fecha de consulta (requerida para documentos en línea; entre corchetes).
8.Serie (opcional).
9.Notas (opcional).
10.Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).
11.Número internacional normalizado (ISSN).

Ejemplo:

ELEMENTOS DE JUICIO. Revista de Temas Constitucionales [en línea]: Colombia, Publicaciones y Medios EUA, (5): Abril-Junio 2007, [fecha de consulta: 12 de marzo 2008].

Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=juicio&n=5 ISSN 1900-8376

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 (entrecomillado y 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).

Ejemplo:

HERNÁNDEZ Galindo, José Gregorio. *"Anverso y reverso sobre la protección constitucional de los derechos"*. Elementos de juicio. Revista de Temas Constitucionales [en línea]: (5): Abril-Junio 2007, [fecha de consulta: 12 de marzo 2008].

Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=juicio&n=5 ISSN 1900-8376

E.Cuando se refiere a un periódico.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1.Autor
2.Título del artículo (entr ecomillado 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.

Ejemplo:

HERNÁNDEZ López, Julio. "Mullen: la contrainsurgencia". La Jornada, México, 12 de marzo de 2009, p.5, col. Astillero.

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:

Ejemplo:

GUERRA Cabrera, Ángel. *"La democracia en América Latina"*. La Jornada; México, 12 de marzo de 2008, p. 45, (En sección: Mundo).

Citas (Legislación, jurisprudencia, tesis relevantes y resoluciones)

A.Cuando se refiere a un ordenamiento jurídico

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 (indicar día, mes y año).

Ejemplo:

Ley Electoral del Estado de Chihuahua. Periódico Oficial del Estado, 28 de diciembre de 1994.

Ley N° 19.366. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 26 de Enero de 1996.

B.Cuando se refiere a tesis de jurisprudencia o relevantes

1.Si en el trabajo ya se ha citado el número de tesis y el rubro, únicamente se especificará:

Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 28-29.

2.Si en el trabajo no se ha citado el número de tesis y el rubro, se especificará:

Sala Superior, tesis S3ELJ 01/2005. APELACIÓN. CASO EN QUE LA PUEDEN INTERPONER LOS CIUDADANOS (Legislación de Michoacán). Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 28-29.

C.Cuando se refiere a una resolución judicial

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave SUP-JDC-69/2009 y acumulados, de fecha 11 de marzo de 2009.

ACLARACIONES FINALES

- Si son dos o tres autores, se unen los nombres con la conjunción 'y', y si son más de tres se ingresará sólo el primer autor, seguido de la abreviatura "et al." entre corchetes
- El primer apellido de los autores va siempre con mayúsculas
- El orden en que se escriben los nombres de los autores corresponde al orden en que aparecen en la portada del libro.
- Cuando la obra es una compilación de varios artículos y el nombre del editor o compilador es nombrado en el documento, su nombre se pondrá en el lugar del autor, acompañado con la abreviación *"ed"* o *"comp."* según corresponda.
- 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 expresiones "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.
- Si no aparece ninguna fecha de publicación, distribución, etc. puede mencionar una fecha aproximada.

Ejemplos:

Fecha probable [2004?]
Década segura [199-]
Década probable [197-?]
Siglo seguro [19--]
Siglo probable [19--?]

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 et allis 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 Ibid. En cambio, si el número de páginas es diferente, se utilizará Ibid. y a continuación el número de páginas.
Ídem	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 locus citatum, 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 "opus citatum", 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: Op. Cit., y el número de páginas.
Passim	En varias partes.
s. a.	Sin año de publicación.
s. e.	Sin editorial.
f.	Sin fecha de edición.
s.l.	Abreviatura del término latino sine locus. 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 sine nomine. Quiere decir que se desconoce el nombre de la editorial, editor o distribuidor de la obra.
ss.	Siguientes.
Trad.	Traductor.
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.

Colaboradores

Jorge Emilio Sánchez-Cordero Grossman
Licenciado en Derecho por el ITAM, Maestro en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad de Columbia. Magistrado de la Sala Regional de la Segunda Circunscripción con sede en Monterrey, Nuevo León, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Alejandro de Jesús Scherman Leaño
Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Vocal Ejecutivo de la Junta Local Chihuahua del Instituto Nacional Electoral.

Camilo Andrés Blanco López
Abogado y Magister en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Políticas Públicas, Derecho y Desarrollo Territorial, Universidad Pierre Mendès Francia. Candidato a doctor en Derecho Público por la Universidad de Grenoble II, Francia. Profesor de Derecho Público en la Universidad Nacional de Colombia.

Ludolfo Paramio Rodrigo
Periodista, político y sociológo español. Doctor en Ciencias Físicas por la Universidad Autónoma de Madrid.

José Luis Caballero Ochoa
Licenciado en Derecho por el ITESM Campus Chihuahua, Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, y Doctor en derecho por la UNED de España, cuenta con el nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores. Académico Investigador Titular en la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, Director del Departamento de Derecho, de la misma universidad.

Christian Yaneth Zamarripa Gómez
Maestra en Derecho. Secretaria de Estudio y Cuenta del TEE Chihuahua.

Nancy Lizeth Flores Bernés
Licenciada en Derecho. Secretaria Auxiliar del TEE Chihuahua.

Audén Rodolfo Acosta Royval
Licenciado en Derecho. Secretario de Estudio y Cuenta del TEE Chihuahua.

ELECCIONES 2018