

Capítulo segundo. Origen, definición, tipos y figuras aledañas de las incompatibilidades 39

 I. Origen y fines 39

 II. Definición de las incompatibilidades 50

 III. Tipos de incompatibilidades 55

 IV. Figuras aledañas a las incompatibilidades 58

CAPÍTULO SEGUNDO

ORIGEN, DEFINICIÓN, TIPOS Y FIGURAS ALEDAÑAS DE LAS INCOMPATIBILIDADES

I. ORIGEN Y FINES

Un autor de nuestros días dice que las amenazas a la independencia de los miembros de los cuerpos representativos no son patrimonio de la historia de los parlamentos liberales, y que las soluciones a los conflictos de interés de los representantes son antiquísimas; en tal sentido cita una de las peticiones elevadas al Rey de Castilla y Aragón por los comuneros en la Junta de Tordesillas, celebrada en el año de 1520, que señalaba:

Que los procuradores que fueren enviados a las cortes, en el tiempo que en ellas estuvieren hasta ser vueltos a sus casas, antes ni después por causa de haber sido procuradores y/o ser en dichas cortes, no pueden hacer receptoría por sí, ni por interpósita persona por ninguna causa ni color que sea, recibid merced de sus altezas ni de los reyes sus sucesores que fueren en estos reinos, de cualquier calidad que sea para sí ni para sus mujeres, hijos ni parientes so pena de muerte y perdimiento de bienes. Y que estos bienes sean para los reparos públicos de la ciudad o villa cuyo procurador fuere... Ítem que los procuradores de cortes solamente puedan haber el salario que les fuera señalado por sus ciudades o villas y que este salario sea competente según la calidad de la persona y lugar y para donde fueren llamados para cortes.⁵⁷

Si nos remontamos en el tiempo, en el derecho romano, la Lex Claudia prohibía a los senadores la posesión de navíos y dedicarse al comercio marítimo.⁵⁸ En esta materia, el siglo XIX fue muy relevante, en muchos países europeos como en Francia, se suscitaron escándalos financieros con ocasión de votarse la concesión de líneas de ferrocarril en las que algunos representantes tenían intereses particulares, y que darían lugar a la aparición

⁵⁷ Durán Alba, Juan Fernando, *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, p. 31.

⁵⁸ Talamanca, M., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milán, Giuffré, 1989, p. 256.

de las incompatibilidades de origen privado, que desde entonces son más importantes que las derivadas de las eventuales amenazas del Ejecutivo para la independencia de las Cámaras y la libertad de los legisladores.

Según Trevelyan, los contornos actuales de las incompatibilidades parlamentarias los encontramos en Inglaterra en el periodo de Guillermo de Orange, quién aseguró en la disposición novena del *Bill of Rights* de 1689 que “la libertad de palabra, de la discusión y de los actos parlamentarios no pueden ser objeto de examen ante tribunal alguno y en ningún lugar que no sea el Parlamento mismo”.⁵⁹ Sin embargo, que el rey no entrara en la Cámara de los comunes a arrestar a diputados maledicentes para con su persona, no quiere decir que no lo intentara más sutilmente, mediante la compra de favores, otorgamiento de cargos, dádivas y prebendas. El Legislativo inglés para irse defendiendo del monarca, desde el siglo XVII, fue intentando construir un marco normativo. Los pasos dados implicaron los siguientes esfuerzos: 1) en 1644, el Long Parliament aprobó una *Self Denying Ordinance* que impedía, durante el tiempo de la conflagración, que los parlamentarios aceptaran cualquier mando civil o militar; 2) en 1675 pasó las dos primeras lecturas un *Bill* para impedir a los Comunes la aceptación de cualquier cargo público, siendo al final desestimado; 3) en 1679 se procuró, sin suerte, prohibir la reelección de un diputado que aceptara un cargo del rey; 4) en 1680 se aprobó una resolución que obligaba a todo diputado que aceptara un cargo o función de la Corona, a someterlo a autorización parlamentaria bajo sanción de expulsión, resolución que no fue aplicada; 5) hubo en esos años otros intentos sin mayor éxito.⁶⁰ No fue sino hasta el *Act of Settlement* de 1701, apartado 3, párrafo séptimo, que se determinó: “Que nadie que tenga oficio o cargo retribuido dependiente del rey, o que goce de una pensión de la Corona, podrá servir como miembro de la Cámara de los Comunes”.⁶¹

El artículo 24 de la *The Succession to the Crown Act*, de 1707, modificó el *Act of Settlement* de 1701 y dispuso que:

Todo miembro de los Comunes que acepte un cargo retribuido de la Corona creado con posterioridad al 25 de octubre de 1705, salvo que se trate de un ascen-

⁵⁹ Trevelyan, G. M., *La Revolución inglesa (1688-1689)*, trad. de F. M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 8.

⁶⁰ *Id.*, *Historia política de Inglaterra*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 371 y ss.

⁶¹ Esteban Alonso, Jorge de, *Constituciones españolas y extranjeras*, Madrid, Taurus, 1979, p. 113.

so en el ejército, perderá automáticamente su condición a menos que sea expresamente declarado compatible con el Parlamento o dimita y a continuación resulte automáticamente reelegido por su circunscripción, en la elección subsiguientemente provocada por su dimisión.⁶²

En la actualidad, en la Gran Bretaña la norma en vigor incluye un elenco de causas de incompatibilidad y se denomina la *House of Commons Disqualification Act*, de 1975.

Políticamente, los antecedentes de las incompatibilidades en Gran Bretaña deben buscarse en las reivindicaciones de los Levellers, expresadas en el *Agreement of the People* de 1647, en donde se encuentran preocupaciones por el poder omnímodo de los parlamentarios y la manera de limitarlo. Específicamente, propusieron que determinados cargos públicos no optaran a la elección como representantes y que los representantes no aceptaran funciones diversas a las legislativas, salvo algunos cargos en el Ejecutivo con matices.⁶³ Filosóficamente y antes que Montesquieu, Locke había señalado las inconveniencias de confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas.⁶⁴

El artículo primero, párrafo segundo, sección sexta de la Constitución estadounidense dispuso que:

A ningún senador ni representante se le nombrará durante el tiempo por el cual haya sido elegido, para ocupar cualquier empleo civil que dependa de los Estados Unidos, que haya sido creado o cuyos emolumentos hayan sido aumentados durante dicho tiempo, y ninguna persona que ocupe un cargo de los Estados Unidos podrá formar parte de cualquiera de las cámaras mientras continúe en funciones.

Como puede apreciarse, a diferencia de los sistemas parlamentarios, en los sistemas presidenciales existe una lectura más rígida al principio de separación de poderes y, por ello, la incompatibilidad entre el cargo Legislativo y la condición de miembro del Ejecutivo es casi absoluta, aunque muchos autores han hecho notar que, la separación en el modelo estadouni-

⁶² García, Eloy, “Inelegibilidad política e incompatibilidad parlamentaria. Algunas consideraciones acerca de su significado actual desde la lógica de la representación democrática”, *Revista Sistema*, Madrid, núms. 118 y 119, 1994, pp. 111 y 112.

⁶³ Durán Alba, Juan Fernando, *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, op. cit., nota 57, pp. 57 y 58.

⁶⁴ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1990, pp. 183 y 184.

dense, entre las tareas administrativas y legislativas es más formal que real, pues la declaración de incompatibilidad de la Cámara —por mayoría de votos— no implica la expulsión de la misma, sino que el escaño es considerado vacante.

La Constitución francesa de 1791 en su artículo segundo de la sección IV del capítulo II, título III estableció que:

Los miembros de la Asamblea Nacional y de las legislaturas siguientes, los miembros del Tribunal de Casación, y los que sirven en el Gran Jurado, no podrán ser promovidos al Ministerio, ni recibir ninguna plaza, gracias, pensiones, tratamientos o comisiones del Poder Ejecutivo o de sus agentes, durante la duración de sus funciones, ni durante dos años después de que hayan cesado en su ejercicio.

Esta posición radical contrasta con la que algunos diputados como Mirabeau mantuvieron durante la elaboración de esa norma. Éste señalaba que el Ejecutivo no podía ser tenido como el adversario sistemático de la Asamblea, y para ello echaba mano del ejemplo británico, en donde la presencia de los ministros en la Cámara —a juicio de Mirabeau— favorecía el control al gobierno por parte del Parlamento. La posición de Mirabeau perdió, pero otras más radicales como la de Robespierre, se impusieron, con el argumento de que no debían confundirse las funciones entre los poderes, por lo que los ministros por ningún motivo podían ser parte de la Asamblea y tampoco podían tomar la palabra ante ella. Con posterioridad a la época revolucionaria, las cosas se fueron modificando. La Constitución del año X —4 de agosto de 1802— permitía a los senadores acumular su mandato con diversos cargos públicos, entre los que se encontraban los de ministro. Durante la restauración, la Carta Constitucional de 4 de junio de 1814 declaró la compatibilidad de funciones entre tareas ejecutivas y legislativas.⁶⁵

Más tarde, la Constitución francesa de 1848 proclamó la incompatibilidad de toda función pública con el mandato representativo y se impedía que los miembros de la Asamblea fueran promovidos durante la legislatura a funciones públicas retribuidas. Durante el segundo imperio napoleónico, se extendió la incompatibilidad a toda función pública retribuida. En la Constitución del Imperio de 1870, se estableció la compatibilidad entre las funciones de ministro y el mandato representativo. La compatibilidad ya

⁶⁵ Durán Alba, Juan Fernando, *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, op. cit., nota 57, pp. 94 y ss.

no desapareció de la III y IV Repúblicas, pero a partir de los escándalos financieros relacionados con las concesiones a parlamentarios de vías de ferrocarril, la lógica de la incompatibilidad ya no estuvo centrada sólo en la discusión en torno a la separación de poderes sino también se vinculó a la corrupción y a los conflictos de interés. En el proceso de gestación de la V República, De Gaulle mantuvo la posición de vedar a los ministros la pertenencia al Parlamento para proteger la estabilidad gubernamental. En la actualidad, el artículo 23 de la Constitución francesa de 1958 señala:

Las funciones de miembro del gobierno son incompatibles con el ejercicio de todo mandato parlamentario, de toda función de representación profesional de carácter nacional y de todo empleo público o cualquier actividad profesional. Una ley orgánica fijará las condiciones en que se prevea la sustitución de los titulares de tales mandatos, funciones o empleos. La sustitución de los miembros del Parlamento tendrá lugar de acuerdo con las disposiciones del artículo 25.

En el derecho iberoamericano, incluyendo al mexicano, el origen de las incompatibilidades está en la Constitución de Cádiz de 1812 que señalaba en sus artículos 95 y 97 que: “Los secretarios del despacho, los consejeros de Estado, y los que sirven empleos de la casa real, no podrán ser elegidos diputados de Cortes” y “Ningún empleado público nombrado por el gobierno podrá ser elegido diputado de Cortes por la provincia en que ejerce su cargo”. Además, ese ordenamiento determinaba en el artículo 129 que: “Durante el tiempo de su diputación, contado para este efecto desde que el nombramiento conste en la Permanente de Cortes, no podrán los diputados admitir para sí, ni solicitar para otro, empleo alguno de provisión del rey, ni un ascenso, como no sea de escala en su respectiva carrera”.

Otro de los puntos de partida del sistema de incompatibilidades se ubica en el artículo noveno del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 que determinaba que el poder se dividía para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que se pudiesen reunir dos o más de ellos en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un sólo individuo. Después de esa norma, en las principales Constituciones del país, las reglas y principios sobre incompatibilidades han estado presentes en las leyes fundamentales.

La finalidad de la figura de la incompatibilidad ha sido situarse dentro de la órbita de la representación política y más concretamente dentro de los instrumentos de defensa del mandato parlamentario, aunque también se ha

planteado para proteger al Ejecutivo de la enconada lucha partidista en su expresión parlamentaria, tal como sucedió en Francia en parte del siglo XIX y fue planteado por Schmitt para la Alemania de Weimar.⁶⁶ En sus orígenes y, aún hoy en día, se entiende que es una institución inserta en el marco de la división de poderes como medio para salvaguardar una efectiva distinción entre los mismos, es decir, para evitar la invasión de los cuerpos legislativos por otros poderes públicos. Sin embargo, el centro de gravedad de la incompatibilidad, se ha trasladado de esa idea inicial, que entre otros tiene su fundamento en Montesquieu y en el pensamiento republicano, cuando el primero decía que si “los poderes Legislativo y Ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo”⁶⁷ a la actual situación, en donde lo más importante es evitar las interferencias indebidas de los factores reales del poder y del gran capital en el trabajo y deliberación legislativa,⁶⁸ pues las principales acechanzas a la libertad e independencia del legislador no provienen hoy en día del Ejecutivo o de otras instancias públicas, sino de aquellos factores reales de poder que se colocan por detrás de los poderes y órganos formales para manipularlos, maniatarlos o convertirlos en simples correas de transmisión de mandatos o líneas obligatorias de actuación para los legisladores.

Desde nuestro punto de vista, una de las finalidades principales de las incompatibilidades debe ser la de evitar o por lo menos prevenir los conflictos de interés, entre la función parlamentaria y las materias de interés privado o de beneficio particular. En los Estados Unidos, el Código Ético de los congresistas se dirige a proteger a éstos del conflicto de intereses en sentido estricto. En Portugal, la Ley 7/1993, de 1o. de marzo de 1993 sobre el Estatuto de los Diputados, obliga a los diputados a declarar, previamente a la presentación de un proyecto legislativo o a la intervención en cualquier trabajo —ya en sede plenaria, ya en comisión—, cualquier interés particular que coincida con la materia de que se trate, y para ello cualquier asunto relacionado con conflictos de interés debe residenciarse en la Comisión parlamentaria de ética. Estas normativas ponen de manifiesto que las in-

⁶⁶ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 246.

⁶⁷ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro XI, Madrid, Tecnos, 1987, p. 107.

⁶⁸ Martínez Sospedra, Manuel, *Incompatibilidades parlamentarias en España (1810-1936)*, Valencia, Ediciones Cosmos, 1974, p. 17.

compatibilidades no son meramente orgánicas sino también funcionales, es decir, no abarcan un cargo o puesto público o privado, sino que en ocasiones algunas actividades están ligadas a los mismos, al grado de que en ocasiones la incompatibilidad se extiende a las retribuciones para impedir el cobro de dos percepciones. Por eso, Durán Alba dice que hoy en día las incompatibilidades cumplen tres funciones:

En primer término, sin perder de vista la dimensión garantista, aquélla se encuentra al servicio de la protección del mandato representativo; mas, si se tiene en cuenta la orientación que debe darse a la representación en el seno del Estado de partidos, hay que preguntarse si la incompatibilidad, en algún caso, podría operar a favor de los grupos parlamentarios más que de los representantes. En segundo lugar, de acuerdo con la vieja tesis del representante desvinculado de los intereses particulares en pro del interés general, la interdicción de que el parlamentario desempeñe determinadas actividades a la vez que el mandato puede ser uno de los mecanismos adecuados —no el único ciertamente— para que los intereses espurios a la finalidad de la labor parlamentaria no interfieran en el desarrollo de ésta. Por último, desde la idea del representante como especialista comisionado para la gestión de determinados asuntos públicos, la incompatibilidad deviene en un recurso al servicio del eficaz desempeño de la función parlamentaria.⁶⁹

Autores como Martínez Sospedra señalan los siguientes cinco fines de la institución: 1) configurar un determinado tipo de relaciones entre los poderes; 2) asegurar la independencia del Parlamento; 3) impedir el abuso del mandato por parte del parlamentario con fines de lucro personal; 4) mantener la jerarquía administrativa y salvaguardar la imparcialidad de la administración, separándola de la política, y 5) la dificultad material de desempeñar simultáneamente y de modo satisfactorio el cargo de parlamentario y el puesto de funcionario.

En los sistemas parlamentarios, el primer fin se satisface de manera diferente que en los sistemas presidenciales, puesto que el gobierno —el Ejecutivo— es una emanación del Parlamento, por lo que pueden darse excepciones a la prohibición de ocupar más de dos cargos,⁷⁰ en cambio, en los sistemas presidenciales, se produce de manera más diáfana la interdicción,

⁶⁹ Durán Alba, Juan Fernando, *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, op. cit., nota 57, pp. 151 y 152.

⁷⁰ Linz, Juan, “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿Qué diferencia implica?”, en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (comps.), *La crisis del presidencialismo. 1. Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza Universidad, 1997, pp. 25-143.

por eso la Constitución de los Estados Unidos dice en su artículo 1o., sección 6, párrafo segundo que: “Nadie que ocupare un empleo dependiente de la autoridad de los Estados Unidos podrá ser miembro de ninguna de las cámaras mientras desempeñe tal empleo”.

El segundo fin tiende a evitar que el Congreso y legislador se subordinen a los intereses del Ejecutivo o de otros poderes, en virtud que el Legislativo realiza entre sus funciones básicas la de control a los actos del Ejecutivo y de otras instancias del Estado, y poco se lograría en esta tarea si los legisladores están subordinados al Ejecutivo mediante comisiones o empleos: los objetivos de actuación del Poder Legislativo desaparecerían.

La tercera finalidad persigue que el legislador no utilice su cargo para obtener un lucro personal, para impedir que el diputado o senador convierta su cargo y voto en espacio de ganancias que mermen o menoscaben su independencia, por esta razón, en algunos países se ha impedido que el legislador obtenga empleos, comisiones, honores o condecoraciones del gobierno, porque se entiende que esas retribuciones son consecuencia de la conducta del legislador con respecto a los proyectos del Ejecutivo, aunque en la actualidad los favores que suelen recibir los legisladores son de empresas nacionales y extranjeras y de factores reales de poder como los medios de comunicación electrónica, los partidos políticos, las iglesias, etcétera y es aquí en donde la figura tradicional de la incompatibilidad fracasa porque no se suele hacer la extensión del impedimento a los favores que el legislador recibe de esos factores reales de poder.

La cuarta finalidad procura mantener la jerarquía administrativa y salvaguardar la imparcialidad de la administración pública separándola de la política, por eso en muchos países los cargos de las administraciones públicas son incompatibles con los del legislador para evitar que el legislador se sirva del escaño con el fin de soslayar la disciplina y la jerarquía administrativa o para que los prejuicios partidistas no reduzcan a la administración pública en instrumento de favores personales, de persecución o de resentimiento personales.

La quinta finalidad de la incompatibilidad se orienta a que el legislador se dedique de tiempo completo a sus tareas, para que cumpla adecuadamente con ellas; un legislador que tiene muchos empleos o comisiones descuidaría las obligaciones que tiene encomendadas, principalmente sus compromisos con el electorado que lo eligió.⁷¹

⁷¹ Martínez Sospedra, Manuel, *Incompatibilidades parlamentarias en España (1810-1936)*, op. cit., nota 68, pp. 21-27.

Para Eloy García la finalidad principal de la incompatibilidad es garantizar la autonomía de las relaciones representante-representado, es decir, salvaguardar el vínculo entre el gobernante y el gobernado de todas aquellas interferencias corruptoras que puedan impedir que el legislador represente a los ciudadanos.⁷² El objetivo es entonces proteger a la misma democracia representativa de intermediaciones que la socavan. La incompatibilidad tiene estrecha relación con la prohibición democrática del mandato imperativo. El único mandato aceptable y justificable es el del propio ciudadano, el que se refrenda durante la reelección si ésta se permite, o mediante figuras de democracia directa como la revocación del mandato si éstas son vigentes. Ningún otro mandato es aceptable ni constitucional ni democráticamente.

En el sentido de Eloy García, Fernando Santaolalla señala que las incompatibilidades persiguen la independencia de los parlamentarios en relación a otros poderes del Estado y a concretas fuerzas políticas y sociales, en modo de asegurar el correcto ejercicio de las importantes funciones puestas en sus manos.⁷³ Esto es, la única manera que tiene el Congreso y el legislador para cumplir con sus funciones de legislar, controlar al poder y orientar la acción política, es mediante la salvaguarda de su independencia y libertad. Si éstas se pierden o están a merced de instancias formales o de grupos de poder, la actuación legislativa deja de ubicarse en los parámetros del Estado constitucional de derecho. De ahí la importancia de esta institución.

Benoit Pelletier⁷⁴ indica que los fines de la institución son: evitar los conflictos de interés, la corrupción, el tráfico de influencias, la utilización de la información privilegiada por parte del legislador para enriquecerse. Este desarrollo sitúa a las incompatibilidades en un contexto más contemporáneo, pues efectivamente otra finalidad distintiva de la incompatibilidad es la de combatir la corrupción que se genera por las desviaciones de las funciones legislativas, dada la influencia de las instancias formales o

⁷² García, Eloy, “Inelegibilidad política e incompatibilidad parlamentaria. Algunas consideraciones acerca de su significación actual desde la lógica de la representación democrática”, *op. cit.*, nota 62, p. 124.

⁷³ Santaolalla, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, p. 113.

⁷⁴ Pelletier, Benoit, “Incompatibilités de fonctions et conflits d’intérêts en droit parlementaire québécois”, *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 29, núm. 3, junio de 1998, pp. 345-348.

de los factores reales de poder en estas tareas. La regulación de las incompatibilidades tiene a constituir un Estado de derecho con rendición de cuentas, con transparencia en la función política. Una forma que supera la manera tradicional de entenderlo.⁷⁵

Enrique Serrano Guirado indica que son tres los objetivos de la institución: 1) la defensa y garantía del interés público en la actuación de las autoridades; 2) la dedicación de los funcionarios al cargo público y sus exigencias; y, 3) la ordenación del mercado de trabajo.

El primero de los objetivos según Serrano es para conseguir la exclusiva dedicación al cargo público, al ejercicio de las funciones propias del mismo pues la dedicación debida a la función pública excluye la posibilidad de dedicación a otros empleos públicos o privados, de actuaciones encaminadas a la gestión en sus diversas modalidades, de modo directo o indirecto, de asuntos o intereses ajenos al servicio público cuando no opuestos al mismo.

El segundo objetivo entraña la abstención de acumulación de funciones, públicas o privadas, más cuando su ejercicio implique oposición formal o real de los intereses respectivos o limite el rendimiento a que el legislador esté obligado.

El tercer objetivo señala que el régimen de incompatibilidades implica una ordenación del mercado de trabajo, en el sector público y en el sector privado.⁷⁶

Según Silvano Tosi la ratio que inspira la figura de la incompatibilidad y por tanto su finalidad descende de la prohibición del mandato imperativo y surge con el fin de eliminar para los elegidos cualquier clase de dependencia con el Ejecutivo o de otros poderes, o bien, de grupos de interés privados que podrían hipotecar o influir, de cualquier manera, el ejercicio libre del mandato parlamentario.⁷⁷ Esto significa —como lo reitera casi toda la doctrina— que la finalidad primordial es salvaguardar la libertad y la independencia del legislador y por tanto del Congreso para que éste cumpla con las misiones que constitucionalmente tiene encomendadas.

En México, Rodríguez Lozano establece como fines de las incompatibilidades el logro de los siguientes objetivos: 1) garantizar el cumplimiento

⁷⁵ Cárdenas Gracia, Jaime y Mijangos, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, op. cit., nota 20, pp. 159-207.

⁷⁶ Serrano Guirado, Enrique, *Las incompatibilidades de autoridades y funcionarios*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, pp. 31-43.

⁷⁷ Tosi, Silvano, *Derecho parlamentario*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1996, p. 54.

del principio de división de poderes; 2) asegurar y preservar la independencia y control político que el Legislativo ejerce sobre el Ejecutivo, y 3) evitar que los representantes populares distraigan su atención en otras ocupaciones ajenas a su encargo.⁷⁸ Por su parte, Chávez Hernández insiste en que además de los objetivos que la doctrina española y mexicana enumeran, la finalidad primordial de la institución es la de impedir que intereses privados o de grupos influyan en las decisiones del máximo órgano representativo.⁷⁹

De lo expuesto queda claro que el origen de la institución, así como sus finalidades, se orientan a proteger la independencia y la libertad del legislador para que pueda cumplir con las tareas encomendadas a partir del respeto a la Constitución y a su conciencia. Si sintetizamos los fines de la institución podríamos sostener los quince siguientes:

1. Impedir cualquier tipo de mandato imperativo que no sea el de los ciudadanos.
2. Proteger la libertad y la independencia del legislador.
3. Evitar los conflictos de interés y la corrupción pública y política.
4. Garantizar el principio de división de poderes.
5. Fortalecer las atribuciones de control del Poder Legislativo sobre otros poderes formales e informales.
6. Impedir el abuso del mandato representativo con fines de lucro personal.
7. Salvaguardar la imparcialidad de las administraciones públicas separándola de la política.
8. Impedir la acumulación de ingresos en el ámbito público.
9. Ordenar el mercado de trabajo entre las esferas pública y privada.
10. Evitar la confusión entre el ejecutivo y el legislativo.
11. Rechazar que factores reales de poder determinen el funcionamiento del Poder Legislativo.
12. Fortalecer el vínculo entre representante y representado sin intermediaciones antidemocráticas.

⁷⁸ Rodríguez Lozano, Amador, “Artículo 62”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 17a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. III, p. 110.

⁷⁹ Chávez Hernández, Efrén, “Las incompatibilidades de los legisladores en México y breves referencias en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. LIV, núm. 242, 2004, p. 79.

13. Lograr la plena dedicación del legislador a sus tareas.
14. La defensa y garantía del interés público —a través de la salvaguarda de la independencia y autonomía del Congreso— por encima de cualquier interés privado o de grupo.
15. Garantizar el profesionalismo del Congreso mediante el respeto al principio de pluralidad que debe prevalecer en él.

II. DEFINICIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES

Las incompatibilidades pueden ser definidas a partir de las características que de ellas queremos destacar. En una primera categoría están las definiciones que las precisan en función de sus consecuencias jurídicas para quien se halle en sus supuestos, y así se dice que es una institución jurídica o una norma. En una segunda categoría las definiciones la entienden como prohibición, imposibilidad, impedimento, improcedencia o límite; el problema de concebirla así, radica en que en el estatuto de los legisladores existen prohibiciones que no son incompatibilidades.⁸⁰ En una tercera categoría se piensa a la incompatibilidad como incapacidad, lo que no es del todo exacto porque se impediría al parlamentario el acceso al escaño parlamentario. En una cuarta categoría, se le puede considerar como situación pública o privada prevista en la ley.⁸¹ Las anteriores categorizaciones pueden prestarse a confusión, por lo que resulta más adecuado definirla a partir de sus elementos: la prohibición para desempeñar diversos cargos, tareas o funciones a la vez; los efectos jurídicos ligados a las situaciones de incompatibilidad; la delimitación temporal de las situaciones de incompatibilidad y de sus efectos jurídicos, así como las sanciones para el caso de infracción.

Según el artículo 62 de la Constitución, las incompatibilidades consisten en las prohibiciones a diputados y senadores para que durante el periodo de su encargo no desempeñen ninguna otra comisión o empleo de la Federación o de los estados por los cuales se disfrute sueldo, sin licencia previa de la Cámara respectiva. Es decir, y a pesar de la pobreza regulativa

⁸⁰ En algunos sistemas comparados las prohibiciones se refieren a, por ejemplo, no invocar la condición de legislador para el ejercicio de actividades mercantiles, industriales o profesionales. Es decir, las prohibiciones suelen estar vinculadas al tráfico de influencias.

⁸¹ Durán Alba, Juan Fernando, *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, op. cit., nota 57, pp. 221-228.

de esa norma, las incompatibilidades siempre entrañan la prohibición para que los legisladores realicen funciones —empleos, comisiones, vínculos, etcétera— distintas a su cargo y que puedan afectar su desempeño como representantes de la nación. Por su parte, el artículo 125 de la Constitución indica —aunque no se trata exclusivamente de incompatibilidades parlamentarias— que “ningún individuo podrá desempeñar a la vez dos cargos federales de elección popular, ni uno de la Federación y otro de un estado que sean también de elección; pero el nombrado puede elegir entre ambos el que quiere desempeñar”.

En el derecho español, Eloy García define a las incompatibilidades en función de tres características: *a)* por lo que hace a su razón de ser, las incompatibilidades se configuran desde sus orígenes como un instrumento de protección del Parlamento frente a los afanes corruptores de la Corona, como una institución de defensa de la autonomía del Parlamento y la sociedad frente al poder del Estado o de otras fuerzas no formales para garantizar la independencia de la representación política y/o a *contrario sensu*, la dependencia exclusiva del representante respecto de sus mandatarios en el contexto del mandato representativo; *b)* desde el punto de vista de su naturaleza, habría que decir que se trata de un instituto de carácter específicamente parlamentario y, desde ese punto de vista, corresponde al propio Poder Legislativo —principalmente a través de los reglamentos parlamentarios— establecerla y potenciarla, y *c)* por lo que respecta a las diferencias que la separan de otras figuras análogas, las incompatibilidades protegen la representación popular del legislador, su independencia y autonomía.⁸²

Martínez Sospedra la define como “la regla que veta a un miembro de las asambleas el ejercicio de ciertas ocupaciones, o la ostentación o la aceptación de ciertas gracias, y del mandato parlamentario, obligando a optar por uno o por otro”.⁸³ Esto es, se trata de una prohibición para detentar simultáneamente el mandato parlamentario y determinados cargos profesionales. Según Martínez Sospedra, las incompatibilidades surgen con la adquisición de la cualidad de parlamentario, e implican la facultad de optar entre el empleo declarado incompatible y el mandato parlamentario y suponen la obligación de optar entre el empleo o gracia incompatible y el

⁸² García, Eloy, “Inelegibilidad política e incompatibilidad parlamentaria. Algunas consideraciones acerca de su significación actual desde la lógica de la representación democrática”, *op. cit.*, nota 62, pp. 112-114.

⁸³ Martínez Sospedra, Manuel, *Incompatibilidades parlamentarias en España (1810-1936)*, *op. cit.*, nota 68, p. 21.

mandato parlamentario, opción que puede presumirse efectuada tanto a favor del empleo o gracia incompatible, como a favor del mandato parlamentario.

En los términos de Fernando Santaolalla, las incompatibilidades de diputados y senadores son el conjunto de cargos y situaciones jurídicas que no se pueden ostentar durante el ejercicio del mandato representativo. Persiguen la independencia de los parlamentarios con relación a otros poderes del Estado y a fuerzas políticas y sociales concretas para asegurar el correcto ejercicio de la función legislativa. Las incompatibilidades son observables desde que se constituye la Cámara o toma de posesión el parlamentario y durante todo el tiempo que dure su mandato, a diferencia de otras figuras como las inelegibilidades que son observables desde que empieza hasta que termina el proceso electoral o de las incapacidades que entrañan siempre la imposibilidad de ejercicio para cualquier cargo público.⁸⁴

Pérez Serrano dice que:

es incompatible el parlamentario que, sin incapacidad, sin ser inelegible por su distrito, y habiendo logrado triunfar en las urnas, desempeña una función que no sea conciliable con la investidura. Los motivos a que ello obedece son múltiples: un diputado que sea funcionario no está en condiciones de fiscalizar al gobierno; un ministro puede ejercer enorme presión sobre una cámara; el diputado que deba prestar servicio en localidad remota no puede acudir a las sesiones; el parlamentario que tenga un cargo modesto no está en situación de conservarlo sin mermar el prestigio de su investidura parlamentaria; finalmente, el gobierno tiene medios de captar a los diputados díscolos mediante la promoción para cargos codiciables, pero entonces los representados han de sentir recelo hacia su mandatario cuya situación tanto ha variado. Por todo ello, se establece, con mayor o menor rigor, con tendencia restrictiva o generosa, el principio de incompatibilidad...⁸⁵

Bernhard Thibaut indica que las incompatibilidades se refieren a aquellas normas que definen las circunstancias en las cuales un mandato electoral legalmente adquirido por una persona no puede ser ejercido. Las incompatibilidades excluyen el desempeño simultáneo de un determinado cargo

⁸⁴ Santaolalla, Fernando, *Derecho parlamentario español*, op. cit., nota 73, pp. 113 y 114.

⁸⁵ Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de derecho político*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1984, pp. 777 y 778.

electivo y de otros cargos electivos o de nombramientos. Las incompatibilidades no impiden una candidatura electoral, sin embargo, en caso de que el candidato sea elegido, se exige de él que deje el cargo/puesto que los inhabilita para ocupar su mandato, o que prescinda de adquirirlo, o que tome una decisión por uno de los dos mandatos incompatibles entre sí.⁸⁶

Para Silvano Tosi, las incompatibilidades prohíben la acumulación del cargo electivo con otros cargos, pues presupone necesariamente que subsistan los requisitos para la validez de la decisión, ésta puede ser anterior a la elección misma, o bien, sobrevenida, y pone al elegido en la obligación de optar entre los cargos que son incompatibles. En el derecho italiano existen incompatibilidades previstas en la Constitución como las que existen entre el cargo de senador y el de diputado —pero no entre las respectivas candidaturas, obligando a la opción en el caso de la doble elección—, entre el cargo de miembro del Parlamento y el de miembro de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Magistratura, entre el cargo de senador vitalicio y la de presidente de la República o de juez constitucional. También existen incompatibilidades que derivan de los tratados, la ley y hasta de la jurisprudencia constitucional.⁸⁷

En el derecho canadiense, las incompatibilidades implican prohibiciones a los legisladores para desempeñar funciones, cargos o contar con vínculos indebidos para evitar conflictos de interés que deriven en corrupción, tráfico de influencia, o bien, la utilización de información privilegiada. La regulación de las incompatibilidades no necesariamente se detiene en la antinomia entre cargos sino principalmente entre vínculos que infringen la libertad y la independencia del legislador.⁸⁸

En el derecho mexicano las incompatibilidades se entienden como la prohibición para que un legislador desempeñe empleos o cargos distintos a los de su función, por demandarlo así el principio de separación de poderes, el de independencia de los poderes y el de la pluralidad del órgano legislativo.⁸⁹ Amador Rodríguez Lozano indica que las prohibiciones del artículo 62 no consignan excepción alguna al principio expresado en la

⁸⁶ Thibaut, Bernhard, “Incompatibilidades”, en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado electoral comparado de América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 698 y 699.

⁸⁷ Tosi, Silvano, *Derecho parlamentario*, *op. cit.*, nota 77, pp. 53 y 54.

⁸⁸ Pelletier, Benoit, *op. cit.*, nota 74, pp. 346 y 347.

⁸⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *Poder Legislativo*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 263.

norma, ya que la posibilidad de realizar una función pública distinta a la de diputado o senador sólo cabe mediante licencia de la cámara respectiva, con la consiguiente cesación en el cargo representativo e igual consecuencia opera si el senador o diputado no obtuvo previamente dicha autorización, y en este último caso, la separación de la función representativa será en forma definitiva como castigo a la infracción cometida.⁹⁰ Cecilia Mora-Donatto indica que “las causas de incompatibilidad aluden a la incapacidad para que de manera simultánea puedan ejercerse la función parlamentaria y otros cargos públicos”, pues la razón de ser de la incompatibilidad es procurar que los parlamentarios ejerzan sus funciones con el mayor grado de libertad.⁹¹ Fernández Ruiz señala que las incompatibilidades tienen por propósito la prohibición de ocupar o desempeñar simultáneamente dos o más cargos o funciones, dentro del ámbito del quehacer público, que conduce a optar por el ejercicio de una sola función o por el desempeño de un cargo único.⁹²

Nuestra definición de incompatibilidades toma en cuenta los siguientes elementos: 1) la defensa de la libertad del legislador no sólo frente al Poder Ejecutivo o los poderes y órganos formales del poder público sino también frente a cualquier poder fáctico, incluidos los partidos que limiten o condicionen la independencia del legislador; 2) la prohibición de cualquier situación pública o privada que derive en conflicto de interés con la función legislativa; 3) la imposibilidad para que el legislador realice funciones o tareas distintas a las que tienen que ver con sus cometidos constitucionales a fin de salvaguardar el principio de dedicación preponderante y fundamental; 4) la consecuencia de la incompatibilidad no debe residir en optar entre el cargo legislativo y el incompatible, sino en la pérdida del carácter de legislador y la inhabilitación para ocupar cargos públicos en un periodo de tiempo que podría ir hasta los diez años; 5) las incompatibilidades no sólo deben estar referidas al periodo del encargo de legislador sino extenderse en el tiempo al menos dos años después, en donde el ex legislador tenga obligación de informar al Congreso sobre la manera en que se gana el

⁹⁰ Rodríguez Lozano, Amador, “Comentario al artículo 62”, *op. cit.*, p. 110.

⁹¹ Mora-Donatto, Cecilia, “Estatuto de los parlamentarios”, *Reformas urgentes al marco jurídico del Congreso mexicano. Primer ciclo de conferencias*, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Comisión de Reglamentos y Prácticas Parlamentarias, México, 2004, p. 168.

⁹² Fernández Ruiz, Jorge, “Artículo 125”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1997, t. II, p. 1313.

sustento; 6) las incompatibilidades deben estar vinculadas a la declaración de bienes de los legisladores así como de sus intereses y vínculos económicos, sociales y familiares; 7) las incompatibilidades legislativas deben estar inscritas en un nuevo régimen de responsabilidades políticas, penales y administrativas para los parlamentarios; 8) las incompatibilidades deben también ser parte de un esquema de lucha integral contra la corrupción, y 9) la regulación de incompatibilidades debe orientarse al fortalecimiento del vínculo entre representados y representante mediante instituciones y normas —de transparencia y control— que abonen en la rendición de cuentas a la sociedad en su conjunto y no a intereses específicos de ésta. De esta manera, la incompatibilidad sería la institución de derecho parlamentario⁹³ que establece, durante el mandato del legislador y con efectos posteriores, las prohibiciones para usufructuar cargos, tareas, servicios o beneficios que impidan ejercer la función legislativa con libertad, independencia, y autonomía frente a poderes formales e informales y que pudiesen actualizar conflictos materiales o éticos con las tareas parlamentarias,⁹⁴ así como para que el legislador con dedicación preponderante o exclusiva, represente dentro de un marco de transparencia y control institucional y social, los intereses generales de la sociedad, indicándose las consecuencias en caso de que se presenten los impedimentos y las sanciones para los supuestos de trasgresión.

III. TIPOS DE INCOMPATIBILIDADES

Existen diversas formas de incompatibilidades. Una primera clasificación atendería a la jerarquía de la norma en donde se contienen las incompatibilidades. Así, habría incompatibilidades previstas en la Constitución, en los tratados, en las leyes orgánicas de los congresos o de los parlamentos, en los reglamentos legislativos, en los estatutos y normas de los partidos, etcétera. En México, las incompatibilidades están previstas en la Constitución, aunque algunos partidos nacionales, en sus estatutos establecen la incompatibilidad entre el cargo del partido y la función legislativa. Silvano Tosi señala para el caso italiano incompatibilidades previs-

⁹³ Fernández-Miranda Campoamor, A., “Incompatibilidades parlamentarias”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, p. 3498.

⁹⁴ Badeni, Gregorio, “Inelegibilidad e incompatibilidad parlamentarias”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Buenos Aires, t. XLVII, núm. 1, mayo de 1987, p. 16.

tas en la Constitución, en los tratados internacionales, las previstas en las leyes institutivas y en leyes especiales, en la jurisprudencia, etcétera.⁹⁵

Otra clasificación distingue entre incompatibilidades por su origen: jurídicas, materiales y éticas. Las jurídicas se encuentran previstas en normas jurídicas expresas. Las materiales son consecuencia de una imposibilidad material o física, por ejemplo, ser legislador y embajador al mismo tiempo. Las éticas entrañan la oposición entre el cargo del legislador y las normas morales dominantes, tal ocurriría cuando fuese incompatible socialmente el cargo de diputado con sus antecedentes de corrupción.⁹⁶

Las incompatibilidades pueden también distinguirse por el nivel o grado de prohibición. Así, podríamos hablar de incompatibilidades absolutas y relativas. Son incompatibilidades absolutas aquellas que establezcan en todos los casos la incompatibilidad, tal como lo establece el artículo 1o., sección sexta, párrafo segundo de la Constitución de los Estados Unidos cuando señala que nadie que ocupare un empleo dependiente de la autoridad de los Estados Unidos podrá ser miembro de ninguna de las cámaras, mientras desempeñe tal empleo, o lo que establecen los artículos 62 y 125 de la Constitución de 1917, que aluden a incompatibilidades absolutas. En cambio, las incompatibilidades relativas establecen excepciones a dicho principio en favor de algunas categorías de empleos. Ejemplo de estas últimas son las que preveía el artículo 25 de la Constitución española de 1845, que indicaba:

De la incompatibilidad del cargo de Diputado a Cortes con el ejercicio de destinos públicos, establecida en el artículo 12 de la ley electoral vigente se exceptúan: 1.- Los ministros de la Corona. 2. Los oficiales generales del Ejército y la Armada con residencia en Madrid, que desempeñen destinos cuyo sueldo consignado en el presupuesto no baje de 12,500 pesetas.⁹⁷

Las incompatibilidades puede darse al inicio del cargo legislativo o ser sobrevenidas, según si el impedimento existe al momento del acceso o surge a lo largo de la legislatura. En algunos sistemas comparados, se señala que si se tiene en cuenta la libertad del parlamento a la hora de declarar

⁹⁵ Tosi, Silvano, *Derecho parlamentario*, México, *op. cit.*, nota 77, pp. 53 y 54.

⁹⁶ Badeni, Gregorio, "Inelegibilidad e incompatibilidad parlamentarias", *op. cit.*, nota 94, p. 16.

⁹⁷ Martínez Sospedra, Manuel, *Incompatibilidades parlamentarias en España (1810-1936)*, *op. cit.*, nota 68, pp. 28-31.

como incompatibles determinadas funciones, o bien éste ha de ajustarse ineludiblemente a lo determinado por la norma, podría señalarse la existencia de incompatibilidades vinculadas o discrecionales.⁹⁸ Hay sistemas que distinguen entre incompatibilidades expresas y residuales, éstas se darían, por ejemplo, en caso de que la norma prescribiera “y cualesquiera otras actividades que por su naturaleza sean incompatibles con la dedicación y las obligaciones parlamentarias”.

También las incompatibilidades pueden clasificarse atendiendo a los valores o fines jurídicos que protegen, así, por ejemplo, habría incompatibilidades dirigidas a salvaguardar la autonomía del legislador y otras referidas a mantener la dedicación preponderante o fundamental en la función. Igualmente se pueden clasificar por sus ámbitos, es decir, incompatibilidades que prohíben el ejercicio de otras funciones públicas, privadas, sociales, nacionales, internacionales, etcétera. Hay quien las clasifica en función de si se prohíbe sólo la actividad o si lo que se prohíbe es la percepción de retribuciones económicas; de esta manera existen incompatibilidades funcionales que impiden la dualidad o pluralidad de actividades, y las retributivas, que son aquellas que no tienen inconveniente en admitir la pluralidad de actividades y prohíben la acumulación de retribuciones económicas.⁹⁹

Por el tipo de actividad corrupta que implican podemos hablar de incompatibilidades que producen conflictos de interés, tráfico de influencias, utilización de información privilegiada, etcétera.¹⁰⁰ Esto es, el tipo penal o administrativo en el que se encuadran las conductas ilícitas determinan la clase de incompatibilidades.

Desde nuestro punto de vista habría una distinción más fundamental: incompatibilidades que tienen relación con funciones en poderes y órganos del Estado distintos al Legislativo e incompatibilidades que guardan relación con funciones, empleos, retribuciones, etcétera, con los poderes fácticos. Las incompatibilidades más importantes son estas últimas y, en muy pocos países se les da la atención jurídica necesaria. En México no existen incompatibilidades de este género y es imprescindible que se contemplen para transformar el sistema jurídico y que el legislador tenga au-

⁹⁸ Galateria, L., “Incompatibilita (diritto pubblico)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1962, vol. VIII, pp. 582 y 583.

⁹⁹ Fernández-Miranda, Campoamor, A. “Incompatibilidades parlamentarias”, *op. cit.*, nota 93, p. 3499.

¹⁰⁰ Pelletier, Benoit, *op. cit.*, nota 74, pp. 345-348.

tonomía y libertad frente a poderes no formales que colonizan el aparato del Estado.

IV. FIGURAS ALEDAÑAS A LAS INCOMPATIBILIDADES

Existen un buen número de figuras jurídicas cercanas a las incompatibilidades, muchas de ellas integran lo que en la teoría constitucional y parlamentaria se denomina el estatuto de los parlamentarios, esto es, el conjunto de las garantías de independencia y autonomía del parlamentario, por ejemplo las prerrogativas o garantías clásicas de los parlamentarios: las inviolabilidades y las inmunidades, al igual que otras figuras como las incapacidades, inelegibilidades, inhabilidades, y derechos como el de asignación económica del parlamentario, facilidades materiales para el desempeño de su cargo, deber de asistir a las cámaras y a las comisiones, etcétera.¹⁰¹

Las confusiones principales y problemas de delimitación conceptual ocurren entre las incompatibilidades, incapacidades, inelegibilidades e inhabilidades. Sin embargo, también suelen darse problemas de conexión con las inviolabilidades y las inmunidades. A continuación trataremos de establecer las similitudes y diferencias más importantes entre todas estas instituciones.

Las capacidades se refieren a los requisitos positivos que son necesarios para ser elegible. En el derecho mexicano se encuentran previstos en las fracciones I, II y III del artículo 55 constitucional y en el artículo 7o. del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Su falta origina una incapacidad y, en tal sentido, son condiciones subjetivas imprescindibles para el nacimiento del propio derecho, a diferencia de lo que significan en el mismo sufragio pasivo los requisitos negativos, o más técnicamente “inelegibilidades”, que son condiciones para el ejercicio de un derecho preexistente. Las condiciones de capacidad son creadas por el ordenamiento y en este sentido son indisponibles, esto es, no pueden ser eludidas mediante la renuncia al cargo o impedimento que las origina como ocurre con las inelegibilidades.¹⁰²

¹⁰¹ Abellán, Ángel Manuel, *El Estatuto de los Parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 11 y ss.

¹⁰² Aragón Reyes, Manuel, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en Dieter, Nohlen *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Tribunal

Las capacidades tienen que ver con la cualidad de elector, la ciudadanía, la edad y la residencia. Así, las tres primeras fracciones del artículo 55 de la Constitución determinan que para ser diputado se requieren los siguientes requisitos: I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en el ejercicio de sus derechos; II. Tener veintiún años cumplidos el día de la elección —en el caso de los senadores 25 años según lo estipula el artículo 58 de la Constitución—; y, III. Ser originario del estado en que se haga la elección o vecino de él con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha de ella. En el artículo 7o. párrafo 1 inciso a) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, las capacidades tienen relación con las obligaciones de estar inscrito en el Registro Federal de Electores y contar con credencial para votar con fotografía.

De manera incorrecta el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha estimado la falta de credencial para votar con fotografía como requisito de elegibilidad y no de capacidad. En la tesis jurisprudencial que se cita a continuación, ese Tribunal señaló:

CREDECIAL PARA VOTAR CON FOTOGRAFÍA VIGENTE. CONSTITUYE UN REQUISITO PARA OBTENER REGISTRO COMO CANDIDATO Y SER VOTADO, CUYO INCUMPLIMIENTO ACARREA INELEGIBILIDAD (Legislación del Estado de México y similares).- De acuerdo con la interpretación gramatical de lo dispuesto en el artículo 16, fracción I, y 148, segundo párrafo, del Código Electoral del Estado de México, así como la sistemática y funcional de ambos preceptos en relación con el 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 29, fracción II, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, al igual que el 7o. párrafo 1, inciso a); 140, párrafo 2; 144, párrafo 5; 146, párrafo 3, incisos a) y c); 150, párrafo 2; 155, párrafo 1, y 163, párrafos 6 y 7, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, para que un ciudadano sea formalmente registrado como candidato a un cargo de elección popular estatal o municipal en la mencionada entidad federativa, entre otros requisitos, debe contar con credencial para votar con fotografía vigente. Dicho requisito, por disposición legal, está asociado con el ejercicio del derecho político-electoral de ser votado, puesto que su incumplimiento supone la imposibilidad jurídica para que válidamente sea electo. Por ello, para cumplir con la exigencia legal no basta que un ciudadano presente una credencial para votar con fotografía correspondiente a algún domicilio anterior, sino que ésta debe estar vigente, esto es, debe corresponder al registro que de la misma se ge-

neró en el padrón electoral con el domicilio actual, puesto que no puede cumplirse un requisito electoral con un documento no válido para esos efectos. Lo anterior es así, por una parte, porque los invocados artículos 16 y 148 del Código Electoral textualmente establecen que: "...los ciudadanos que aspiren a ser candidatos a gobernador, diputado o miembro de ayuntamiento, deberán satisfacer lo siguiente: Estar inscrito en el padrón electoral correspondiente y contar con la credencial para votar respectiva y la solicitud (de registro de candidaturas) de propietarios y suplentes deberá acompañarse de... copia... de la credencial para votar". Al respecto, desde una perspectiva sistemática, debe tenerse presente que el referido artículo 16 forma parte del capítulo primero, denominado: De los requisitos de elegibilidad, correspondiente al título tercero del libro primero del propio código electoral local, lo cual indica que el mencionado requisito de elegibilidad, mismo que fue establecido por el legislador ordinario en ejercicio de la facultad y competencia democrática que le confieren tanto el artículo 35, fracción II, de la Constitución federal como el 29, fracción II, de la Constitución local para fijar, a través de una ley, las calidades (requisitos, circunstancias o condiciones) necesarias para que un ciudadano pueda ser votado, sin que el mencionado requisito resulte irrazonable o desproporcionado ni, en forma alguna, haga nugatorio el derecho político-electoral fundamental a ser votado sino, más bien, atienda al principio constitucional rector de certeza electoral. Ahora bien, en aquellos casos en que, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, el Instituto Electoral del Estado de México y el Instituto Federal Electoral suscriban el convenio respectivo para que en dicha entidad federativa se utilicen los instrumentos y productos técnicos del Registro Federal de Electores para el correspondiente proceso electoral local, es importante destacar que, según una interpretación funcional de los invocados preceptos del Código Electoral Federal, si un ciudadano no cuenta con su credencial para votar con la fotografía vigente y su respectiva inclusión en la lista nominal de electores correspondiente a la sección electoral de su domicilio, no podrá ejercer su derecho de votar ni de ser votado... (*Justicia Electoral 2004*, suplemento 7, pp. 12-14; sala superior, tesis S3ELJ 05/2003).¹⁰³

Las causas de inelegibilidad constituyen impedimentos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que se fundamentan en la necesidad de garantizar tanto la libertad del elector para resguardarlo de toda coacción, directa o indirecta, como la igualdad de oportunidades de los candidatos contendientes en la elección. Según Eloy García, las características de las inelegibilidades son: 1) desde la óptica de su razón de ser, la inelegibilidad se concibe como un instituto jurídico surgido con el único propósito de

¹⁰³ *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 74-77.

proteger el libre y democrático uso del derecho de sufragio activo de la generalidad de la ciudadanía, evitando que eventualmente pudiera verse perturbado, bien por la parcialidad de los sujetos llamados a actuar como árbitros en el proceso electoral, bien por la presión que desde el Estado y en beneficio propio circunstancialmente pretendieran efectuar determinados sujetos investidos de la condición de titulares de órganos de poder. Para conjurar estos peligros se desposee a determinados sujetos del derecho al sufragio pasivo, con el propósito de proteger el libre y correcto ejercicio del derecho a la elección del representante; 2) por lo que hace a su naturaleza, la inelegibilidad se presenta, desde la óptica de los sujetos desprovistos del derecho de sufragio pasivo, como la destrucción de raíz de un derecho recogido en la Constitución para el resto de la ciudadanía y, desde la óptica de los ciudadanos la inelegibilidad, se define como un instituto de garantía, un instrumento de defensa del voto activo. La inelegibilidad tiene dos consecuencias de orden práctico, la primera señala que las causas de inelegibilidad deben estar previstas en la Constitución y cuando mucho en la ley, éstas no podrían preverse en normas administrativas y/o reglamentarias, pues se trata de la restricción de un derecho fundamental; y la segunda indica que las causas de inelegibilidad deben interpretarse en principio de manera restrictiva a menos que el caso concreto amerite que la faz de la figura como instituto de garantía o instrumento de defensa del voto activo sea potenciada; 3) la inelegibilidad se diferencia de la incapacidad, en que mientras la inelegibilidad consiste en una destrucción en sí del derecho al sufragio pasivo que, por obra y gracia de la propia Constitución, lisa y llanamente deja de existir, desaparece para ciertas categorías de sujetos, la incapacidad no sólo no ataca ni afecta al derecho al sufragio pasivo, sino que, presuponiendo su existencia, incide justamente sobre el ejercicio que de él pretenda hacerse impidiéndolo.¹⁰⁴

Es importante no confundir la inelegibilidades con las incompatibilidades. Las primeras pretenden eliminar situaciones privilegiadas, por eso se impide el derecho de voto pasivo, que podrían producir una discriminación en el proceso electoral entre los contendientes. Las causas de inelegibilidad son aplicables desde que comienza hasta que termina el proceso electoral, con la consecuencia de producir la nulidad de la elección de las personas afectadas por las mismas. En cambio, las incompatibilidades no persiguen

¹⁰⁴ García, Eloy, “Inelegibilidad política e incompatibilidad parlamentaria. Algunas consideraciones acerca de su significación actual desde la lógica de la representación democrática”, *op. cit.*, nota 62, pp. 108-111.

afectar la validez de las elecciones sino salvaguardar la independencia y autonomía del legislador; por lo tanto, se producen durante el desempeño del escaño y en ocasiones después de él.¹⁰⁵

La Constitución mexicana señala como causas de inelegibilidad las previstas en las fracciones IV a VII del artículo 55, y que son:

IV. No estar en servicio activo en el Ejército Federal ni tener mando en la policía o gendarmería rural en el distrito donde se haga la elección, cuando menos noventa días antes de ella; V. No ser secretario o subsecretario de Estado, ni ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a menos que se separe definitivamente de sus funciones noventa días antes de la elección, en el caso de los primeros, y dos años, en el caso de los ministros. Los gobernadores de los estados no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones durante el periodo de su encargo, aun cuando se separen definitivamente de sus puestos. Los secretarios de gobierno de los estados, los magistrados y jueces federales o del estado, no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones si no se separan definitivamente de sus cargos noventa días antes de la elección; VI. No ser ministro de algún culto religioso; y VII. No estar comprendido en alguna de las incapacidades que señala el artículo 59.

El artículo 59 de la Constitución indica:

Los senadores y diputados al Congreso de la Unión no podrán ser reelectos para el periodo inmediato. Los senadores y diputados suplentes podrán ser electos para el periodo inmediato con el carácter de propietarios, siempre que no hubieren estado en ejercicio; pero los senadores y diputados propietarios no podrán ser electos para el periodo inmediato con el carácter de suplentes.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en su artículo 7o. párrafo 1 incisos del b) al f), establece como causas de inelegibilidad las siguientes:

b) no ser magistrado electoral o secretario del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, salvo que se separe del cargo un año antes de la fecha de inicio del proceso electoral de que se trate; c) no ser secretario ejecutivo o director ejecutivo del Instituto, salvo que se separe del cargo un año antes de la fecha de inicio del proceso electoral de que se trate; d) no ser consejero presidente o consejero electoral en los consejos general, locales o distritales del Instituto,

¹⁰⁵ Santaolalla, Fernando, *Derecho parlamentario español*, op. cit., nota 73, pp. 113-115.

salvo que se separe del cargo un año antes de la fecha de inicio del proceso electoral de que se trate; e) no pertenecer al personal profesional del Instituto Federal Electoral; y f) no ser presidente municipal o titular de algún órgano político-administrativo en el caso del Distrito Federal, ni ejercer bajo circunstancia alguna las mismas funciones, salvo que se separe del cargo tres meses antes de la fecha de la elección.

En el artículo 8o. del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se señalan también como causas de inelegibilidad las siguientes:

1. A ninguna persona podrá registrarse como candidato a distintos cargos de elección popular en el mismo proceso electoral; tampoco podrá ser candidato para un cargo federal de elección y simultáneamente para otro de los estados, los municipios o del Distrito Federal. En este supuesto, si el registro para el cargo de la elección federal ya estuviere hecho, se procederá a la cancelación automática del registro respectivo. 2. Los partidos políticos no podrán registrar simultáneamente, en un mismo proceso electoral, más de sesenta candidatos a diputados federales por mayoría relativa y por representación proporcional distribuidos en sus cinco listas regionales.

Resulta preocupante que en nuestro derecho, muchos servidores públicos que debieran estar sujetos a las inelegibilidades no lo estén, entre ellos, los legisladores locales, a quienes ni el artículo 55 de la Constitución ni el 7o. del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, comprenden dentro de los supuestos normativos. Así, un diputado local o asambleísta del Distrito Federal puede seguir en el cargo de elección popular sin renunciar a él ni pedir licencia con tres meses de anterioridad al día de la elección. Esta circunstancia, así como la de otros servidores públicos, constituye un privilegio indebido que puede significar inequidad en las contiendas electorales, debido a la posición de privilegio del legislador local. Haríamos muy bien en revisar de manera minuciosa estos preceptos para conformar un catálogo preciso de los inelegibles.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha señalado los momentos para hacer valer una causal de inelegibilidad. El citado tribunal dice:

ELEGIBILIDAD DE CANDIDATOS. OPORTUNIDAD PARA SU ANÁLISIS E IMPUGNACIÓN. Es criterio reiterado por la sala superior del Tribunal Electoral del Poder

Judicial de la Federación, que el análisis de la elegibilidad de los candidatos puede presentarse en dos momentos: el primero, cuando se lleva a cabo el registro de los candidatos ante la autoridad electoral; y el segundo, cuando se califica la elección. En este segundo caso pueden existir dos instancias: la primera ante la autoridad electoral, y la segunda en forma definitiva e inatacable, ante la autoridad jurisdiccional; ya que, al referirse la elegibilidad a cuestiones inherentes a la persona de los contendientes a ocupar el cargo para los cuales fueron propuestos e incluso indispensables para el ejercicio del mismo, no basta que en el momento en que se realice el registro de una candidatura para contender en un proceso electoral se haga la calificación, sino que también resulta trascendente el examen que de nueva cuenta efectúe la autoridad electoral al momento en que se realice el cómputo final, antes de proceder a realizar la declaración de validez y otorgamiento de constancia de mayoría y validez de las cuestiones relativas a la elegibilidad de los candidatos que hayan resultado triunfadores en la contienda electoral, pues sólo de esa manera quedará garantizado que estén cumpliendo los requisitos constitucionales y legales, para que los ciudadanos que obtuvieron el mayor número de votos puedan desempeñar los cargos para los que son postulados, situación cuya salvaguarda debe mantenerse como imperativo esencial (*Justicia Electoral 1997*, suplemento 1, pp. 21 y 22; sala superior, tesis S3ELJ 11/97).¹⁰⁶

En el derecho mexicano, la acreditación de alguna causa de inelegibilidad, puede dar lugar a la nulidad de la elección. El artículo 76 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en materia electoral señala en el párrafo 1 inciso c) que son causales de nulidad de una elección de diputado de mayoría cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría sean inelegibles. El artículo 77 párrafo 1 inciso c) de la citada Ley, dice para el caso de los senadores de mayoría, que la elección puede ser anulada cuando los dos integrantes de la fórmula de candidatos que hubieren obtenido constancia de mayoría fueren inelegibles y, que en este caso, la nulidad afectará a la elección únicamente por lo que hace a la fórmula o fórmulas de candidatos que resultaren inelegibles. Por su parte, el artículo 73 párrafo 1 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral determina que:

Tratándose de la inelegibilidad de candidatos a diputados y senadores electos por el principio de representación proporcional, tomará el lugar del declarado

¹⁰⁶ *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, op. cit., nota 103, pp. 106 y 107.

no elegible su suplente, y en el supuesto de que éste último también sea inelegible, el que sigue en el orden de la lista correspondiente al mismo partido.

En el supuesto de que la inelegibilidad de un candidato se acredite antes de la jornada electoral, el Tribunal Electoral ha establecido:

INELEGIBILIDAD. CUANDO SE ACREDITA RESPECTO DE UN CANDIDATO, DEBE OTORGARSE UN PLAZO RAZONABLE PARA SUSTITUIRLO ANTES DE LA JORNADA ELECTORAL. Cuando en un medio impugnativo jurisdiccional queda demostrada la inelegibilidad de un candidato con posterioridad al registro, y el plazo para que el partido lleve a cabo sustituciones libremente ya concluyó, lo procedente es ordenar que la autoridad administrativa electoral conceda al partido o coalición postulante un plazo razonable y específico, para que sustituya al candidato que resultó inelegible, siempre y cuando sea antes de la jornada electoral. Lo anterior deriva de la interpretación analógica del artículo 181, apartado 2, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que permite la sustitución en caso de fallecimiento o incapacidad total o permanente, pues estas circunstancias impiden que el candidato pueda contender en el proceso electoral, sin que tal hecho sea imputable al ente político que lo postula, situación que también se presenta cuando después de registrado surge o se constata su inelegibilidad, con lo cual se actualiza el principio jurídico de la analogía, que consiste en que, cuando se presentan dos situaciones jurídicas que obedecen a la misma razón, de las cuales una se encuentra regulada por la ley y la otra no, para la solución de la segunda debe aplicarse el mismo criterio que a la primera, lo cual se enuncia como: Cuando hay la misma razón, debe haber la misma disposición (*Justicia Electoral 2003*, tercera época, suplemento 6, pp. 150 y 151; sala superior, tesis S3EL 085/2002).¹⁰⁷

En cuanto a las inhabilidades, la doctrina argentina¹⁰⁸ ha precisado que éstas entrañan la ineptitud para hacer alguna cosa; son defectos o impedimentos para ejercer u obtener un empleo u oficio. La inhabilidad impide el desempeño del cargo. La inhabilidad puede sobrevenir después de haber tomado posesión de la función, lo que provocará la separación temporal o definitiva de la misma. La inhabilidad puede ser producto de enfermedad o castigo. La enfermedad puede impedir la función de manera temporal o absoluta y generar la imposibilidad de mantener el cargo legislativo. En el

¹⁰⁷ *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, op. cit., nota 103, pp. 619 y 620.

¹⁰⁸ Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1959, p. 507.

caso del castigo, destaca la inhabilidad derivada del juicio político que puede desembocar en la sanción de inhabilitación o de destitución, en donde, según el artículo 110 de la Constitución son, entre otros sujetos del mismo, los diputados y senadores. Las inhabilidades por castigo pueden generar sanciones diversas a la destitución e inhabilitación, entre ellas, las que sean el resultado de procesos penales, civiles o administrativos.

Para cubrir, entre otras, las vacantes de los inhabilitados, el artículo 63 de la Constitución en su parte conducente señala:

Tanto las vacantes de diputados y senadores del Congreso de la Unión que se presenten al inicio de la Legislatura, como las que ocurran durante su ejercicio,¹⁰⁹ se cubrirán: la vacante de diputados y senadores del Congreso de la Unión por el principio de mayoría relativa, la Cámara respectiva convocará a elecciones extraordinarias de conformidad con lo que dispone la fracción IV del artículo 77 de esta Constitución; la vacante de miembros de la Cámara de Diputados electos por el principio de representación proporcional, será cubierta por la fórmula de candidatos del mismo partido que siga en el orden de la lista regional respectiva, después de habersele asignado los diputados que le hubieren correspondido; la vacante de miembros de la Cámara de Senadores electos por el principio de representación proporcional, será cubierta por aquella fórmula de candidatos del mismo partido que siga en el orden de la lista nacional, después de habersele asignado los senadores que le hubieren correspondido; y la vacante de miembros de la Cámara de Senadores electos por el principio de primera minoría, será cubierta por la fórmula de candidatos del mismo partido que para la entidad federativa de que se trate se haya registrado en segundo lugar de la lista correspondiente.

¹⁰⁹ Si la inhabilitación es previa a la jornada electoral para la sustitución de candidatos, los partidos políticos deben observar lo previsto en el artículo 181 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que señala: “1. Para la sustitución de candidatos, los partidos políticos lo solicitarán por escrito al Consejo General, observando las siguientes disposiciones: a) dentro del plazo establecido para el registro de candidatos podrán sustituirlos libremente; b) vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente podrán sustituirlos por causas de fallecimiento, inhabilitación, incapacidad o renuncia. En este último caso, no podrán sustituirlos cuando la renuncia se presente dentro de los treinta días anteriores a la elección. Para la corrección o sustitución, en su caso, de las boletas electorales se estará a lo dispuesto en el artículo 206 de este Código; y c) en los casos en que la renuncia del candidato fuera notificada por éste al Consejo General, se hará del conocimiento del partido político que lo registró para que proceda, en su caso, a su sustitución. 2. Sólo se podrán sustituir el o los candidatos registrados por una coalición por causas de fallecimiento o incapacidad total permanente. En estos casos, para la sustitución se tendrá que acreditar que se cumplió con lo dispuesto en los artículos 59 al 63 de este Código, según corresponda”.

Las inviolabilidades e inmunidades son las prerrogativas más importantes de los legisladores¹¹⁰ y por ningún motivo deben entenderse como garantías personales sino como garantías funcionales que protegen no la persona del legislador sino la función que éste realiza. Se trata de prerrogativas irrenunciables; en el caso de la inviolabilidad, ni las mismas Cámaras pueden disponer de ella, y en el caso de la inmunidad, le compete a la Cámara de Diputados determinar si la inmunidad permanece o no.

El primer párrafo del artículo 61 de la Constitución que se refiere a las inviolabilidades señala: “Los diputados y senadores son inviolables por sus opiniones manifestadas en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas”. La inviolabilidad tiene carácter absoluto y perpetuo porque quedan protegidas todas las opiniones vertidas en el desempeño y con motivo del cargo parlamentario y porque sus efectos se prolongan incluso después de haber perdido o concluido la función legislativa.

Los límites del privilegio previsto en el párrafo primero del artículo 61 de la Constitución se han debatido ampliamente. Manuel González Oropeza recuerda que Joseph Story, el autor más influyente en la época de Vallarta, aceptaba que un escrito publicado por un parlamentario en la prensa, sí podía constituir un libelo y podía ser responsable de su opinión, esta excepción fue confirmada a través del caso *Gravel vs. United States* 408 U.S. 606 (1972), que versó sobre la publicación de documentos clasificados sobre las tácticas y procedimientos militares en la guerra de Vietnam, dicha edición fue conocida como los “papeles del Pentágono”; los documentos fueron dados a conocer por el senador Mike Gravel y su asesor Leonard Rodberg, a los que según decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos no protegió la inviolabilidad parlamentaria.¹¹¹ En México, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 2214/98, de 24 de mayo de 2000, determinó que los legisladores jamás podrán ser reconvenidos por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos y que en esa tesitura, no proceden acciones civiles por daño

¹¹⁰ Otras de las prerrogativas tienen que ver con el derecho a recibir la dieta correspondiente, lo que deriva de los artículos 36 fracción IV, 64 y 127 de la Constitución. La dieta es irrenunciable. Un estudio que analiza el marco jurídico de las retribuciones de los parlamentarios es el de Jiménez Aparicio, Emilio, *Régimen jurídico de las retribuciones de los diputados y senadores*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

¹¹¹ González Oropeza, Manuel, “Comentario al artículo 61”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Procuraduría General de la República, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, t. I, pp. 698-701.

moral en donde la causa de pedir sean expresiones de los legisladores realizadas con motivo de su encargo.

Dentro de la inviolabilidad parlamentaria prevista en el párrafo primero del artículo 61 de la Constitución, existe un tema que en el derecho mexicano no ha sido debidamente explorado, me refiero a si la norma que protege la inviolabilidad sólo se refiere a las opiniones o si también comprende los votos de los legisladores. ¿Están también protegidos los votos, el sentido de los votos, por la inviolabilidad del párrafo primero del artículo 61 constitucional? Estimo que la respuesta es afirmativa, pues sería absurdo que un legislador pudiese ser perseguido por un voto emitido regularmente cuando simultáneamente se protege, de modo absoluto, la libertad de palabra. Éste, como puede apreciarse, es el tema de la prohibición del mandato imperativo, elemento base de la representación política, y que en el campo político tiene sus implicaciones en la disciplina de partido o del grupo parlamentario. ¿Es esta disciplina política compatible con la inviolabilidad del primer párrafo del artículo 61 de la Constitución? Mi respuesta es negativa; en caso de duda, en caso de discrepancia con el partido o con el grupo parlamentario, prevalece la libertad del legislador, dado que como lo señala el artículo 51 de la Constitución, los diputados son representantes de la nación y no de intereses particulares o sectoriales. Sin embargo, si algún sentido tiene la inviolabilidad del legislador en sus opiniones y votos, debe haber un reconocimiento constitucional al impacto de los partidos y de otros grupos de interés en las instituciones —vía la adecuada regulación de las incompatibilidades, entre otras instituciones— para que se transforme el sistema representativo en aras de mayor participación ciudadana, más deliberación en los asuntos públicos, más publicidad en el funcionamiento de cualquier estructura relevante de la sociedad o del Estado, más controles independientes y también más controles de la sociedad civil a los partidos y a otros factores reales de poder, pues sin medidas como las anteriores, la inviolabilidad del primer párrafo del artículo 61 de la Constitución puede ser una norma vacía de contenidos.

La inmunidad parlamentaria consiste en proteger la función de los legisladores de acusaciones y procesos urdidos por móviles políticos.¹¹² Así como la inviolabilidad es un privilegio de orden sustantivo, en cuanto determina la irresponsabilidad del legislador por opiniones o votaciones en el ejercicio de la función parlamentaria, la inmunidad en cambio es un privi-

¹¹² Manzella, Andrea, *Il Parlamento*, Bolonia, Il Mulino, 1977, p. 245.

legio procesal,¹¹³ pues introduce un elemento diferenciador en la forma de perseguir legalmente a un diputado, a un senador o a cualquier otro servidor público de los mencionados en el artículo 111 constitucional y protegido por este privilegio. La inmunidad parlamentaria o fuero pretende garantizar la autonomía e independencia de los legisladores, al impedir que la detención o el procesamiento de un legislador puedan instrumentarse para apartar a los parlamentarios del ejercicio de sus funciones y, con ello, que las cámaras sean privadas indebidamente del concurso de sus miembros. La inmunidad parlamentaria no busca un ámbito de exención para los posibles ilícitos cometidos por los legisladores, sino sólo permitir la comprobación de que tras una acusación penal no hay un intento político o partidista de privar a las cámaras de uno de sus miembros. Debe señalarse lo anterior porque en esto, la doctrina y el derecho comparado son unánimes, en el sentido de que la autorización para procesar o detener, nunca debe servir para que los cuerpos legislativos, en este caso la Cámara de Diputados, sustituya a los tribunales en su función juzgadora, cualquier actuación parlamentaria que vaya más allá de la determinación de si la acusación esconde o no un móvil político, constituye una extralimitación y una desviación de la institución de la inmunidad.

En el derecho mexicano esta inmunidad presenta las siguientes características: 1) no solamente protege la función de los legisladores federales, sino a funciones constitucionales relacionadas con un número muy importante de servidores públicos: ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrados de la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República, el procurador general de Justicia del Distrito Federal, el consejero presidente y los consejeros electorales del Instituto Federal Electoral; 2) el privilegio de la inmunidad parlamentaria comprende sólo el tiempo del encargo, sin embargo, en nuestro país se ha extendido esa protección a los servidores públicos arriba señalados durante periodos de licencia, según criterios del Poder Judicial federal y desde la época de un famoso amparo promovido por el político tabasqueño Carlos A. Madrazo, mismo que fue concedido; estos criterios del Poder Judicial federal han sido ampliamente cuestionados

¹¹³ García Morillo, Joaquín, "Contenido, finalidad y control de la inmunidad parlamentaria", *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 46, 1993, pp. 87 y 88.

en los ámbitos políticos y académicos porque constituyen un privilegio inaceptable que sirve más para proteger a la persona que la función, y por eso existen iniciativas de reforma constitucional para precisar que la protección es sólo a la función y durante el encargo efectivo del parlamentario y, desde luego, como dice el 112 constitucional por delitos cometidos sólo durante su encargo; 3) el órgano que concede la autorización, que declara la procedencia para que se inicie proceso penal es la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta de sus miembros presentes; 4) la Cámara de Diputados puede negar la solicitud de desafuero, pero ello no significa que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo; 5) las resoluciones de la Cámara de Diputados, dice el artículo 111 párrafo segundo de la Constitución, no prejuzgan los fundamentos de la imputación, lo que en los hechos no es cierto, pues el artículo 25 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos indica que la Cámara de Diputados determinará la existencia del delito y la probable responsabilidad; esta vulneración de la norma legal a la norma constitucional se debe a que el legislador no entendió la naturaleza jurídica del procedimiento de declaración de procedencia, que es conocer si en la solicitud de proceso o en la acusación existen móviles políticos o partidistas, por lo que la Cámara de Diputados tendría que declarar si existen o no estos móviles en la acusación, y no lo que ordena el artículo 25 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; 6) si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder, el servidor público queda a disposición de las autoridades competentes; 7) el presidente de la República sólo puede ser acusado ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110 constitucional; 8) cuando se trata de autoridades locales, como gobernadores, diputados locales, magistrados, consejeros de la judicatura, que son acusados por delitos federales, la declaración será para el efecto de que se comunique a las legislaturas locales y éstas procedan como corresponda, es decir, en este caso, la decisión corresponde a la legislatura local; el problema se presenta cuando la Constitución o la legislación estatal no prevé ni el órgano competente, ni el procedimiento ni las consecuencias jurídicas; recientemente y a raíz del procedimiento de declaración de procedencia respecto a Andrés Manuel López Obrador, ex jefe de gobierno del Distrito Federal, se discutió y de hecho se promovieron controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar si el jefe de gobierno del Distrito Federal era autoridad equivalente a un gobernador, pues si eso

era así, la legislatura local, esto es, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, debía intervenir en el procedimiento de desafuero;¹¹⁴ 9) las declaraciones y resoluciones de la Cámara de Diputados son inatacables, esto es, el juicio de amparo y cualquier otro medio de impugnación no proceden contra determinaciones de trámite y de fondo en los procedimientos de desafuero, lo que constituye una excepción al derecho de defensa e implica una cuestión política de las que los tribunales no deben conocer, situación harto criticable desde el punto de vista de un Estado de derecho;¹¹⁵ 10) si procede la declaración de procedencia uno de sus efectos será la separación del cargo de servidor público, una vez que esté sujeto a proceso penal, es decir, con el auto de formal prisión, sin embargo, el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece que la separación es inmediata, una vez que se declare la procedencia, lo que no es admisible porque la norma legal va más allá de la norma constitucional; 11) si el proceso penal culmina en sentencia absolutoria el inculpado debe reasumir su función, si fuese condenatoria y si se trata de un delito cometido durante el ejercicio del encargo, no se puede conceder al reo la gracia del indulto; 12) en demandas de orden civil no se requiere la declaración de procedencia, y 13) las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

Es particularmente grave en nuestro país, desde el punto de vista de las acusaciones políticas, que la declaración de procedencia en contra de un alto servidor del Estado, seguida de consignación y auto de formal prisión, dé lugar en los términos del artículo 38 fracción II de la Constitución, a la suspensión de derechos políticos. En el procedimiento de desafuero seguido en contra de Andrés Manuel López Obrador, jefe de gobierno del Distrito Federal, se decía que la finalidad del procedimiento no consistía en desahogarlo y agotarlo, que su finalidad era la consecuencia penal derivada del auto de formal prisión. Este hecho pone en claro cómo las distintas instituciones constitucionales están interrelacionadas. Desde luego que la norma del artículo 38 fracción II de la Constitución es aberrante, contraria al principio de presunción de inocencia, y violatoria del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones

¹¹⁴ López Obrador, Andrés Manuel, *Contra el desafuero. Mi defensa jurídica*, México, Grijalbo, 2005, pp. 151-163.

¹¹⁵ Andrade, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 60-62.

Unidas. Esperamos que las normas contenidas en el artículo 38 fracciones II y IV, sean derogadas para que nuestro sistema jurídico sea compatible con un Estado de derecho pleno.¹¹⁶

Así como los legisladores gozan de privilegios e inmunidades también están sujetos a obligaciones que en caso de incumplimiento pueden derivar en responsabilidades con las consiguientes sanciones. Aunque en nuestro país, y según las encuestas sobre el tema, el legislador no goza a los ojos de la ciudadanía de una gran respetabilidad, esas obligaciones si no son exigidas rectamente pueden desembocar en actos que presionen la independencia de los legisladores. Además de las prohibiciones que los artículos 62 y 125 establecen sobre las incompatibilidades, los legisladores tienen las siguientes obligaciones: el artículo 63 párrafo primero de la Constitución indica que si los representantes populares no concurren a las sesiones dentro de los treinta días siguientes a su inicio, se entenderá que no aceptan el cargo y se llamará a sus suplentes; el artículo 63 párrafo segundo de la Constitución establece que si los legisladores faltan a sesiones diez días consecutivos sin causa justificada o licencia del presidente de la Mesa Directiva, se entenderá que renuncian a concurrir hasta el periodo inmediato y se llamará a los suplentes; el artículo 64 establece que los representantes populares que no concurren a una sesión, sin causa justificada o el permiso relativo no tendrán derecho a la dieta correspondiente el día en que falten; y, el artículo 408 del Código Penal Federal señala que incurrirán en responsabilidad los legisladores que no se presenten a desempeñar su cargo dentro del plazo de treinta días, así como los partidos políticos nacionales que acuerden que sus miembros electos no se presenten a desempeñar sus funciones, a los representantes populares se les puede sancionar hasta con seis meses de suspensión de sus derechos políticos y a los partidos políticos puede significarles la pérdida de registro tal como lo prevén los artículos 66 y 67 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Sin lugar a dudas, el catálogo de obligaciones o deberes para los legisladores podría ser mayor. Por ejemplo, como propone Marshall para el caso británico, debería a los congresistas mexicanos exigírseles dedicación completa, sancionar severamente el tráfico de influencias, prohibir que acepten donativos u honorarios de particulares, establecer un catálogo estricto de inelegibilidades, contemplar de mejor manera las incompatibilidades entre

¹¹⁶ Cárdenas, Jaime, "Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador", *Documento de Trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 64, 2005.

la función legislativa y otras, la declaración pública de su patrimonio y de su entorno de actividades e intereses, etcétera, pero igualmente es necesario que con precisión se determine el órgano competente, los procedimientos y las sanciones en que podrían incurrir los legisladores.¹¹⁷ El Poder Legislativo necesita de una reforma profunda que: contemple a nivel constitucional la autonomía presupuestal del Congreso; consolide el servicio civil de los empleados de las cámaras; promueva una mayor transparencia en los procedimientos y decisiones del Congreso; estimule la deliberación de los asuntos; democratice los órganos e instancias legislativas; abra sus compuertas a la ciudadanía a través de la posibilidad de promoción de la iniciativa legislativa popular, la auditoría ciudadana y otras figuras de democracia semidirecta y, desde luego, permita la reelección legislativa. Lo que no puede aceptarse es que con el pretexto del rigor en la vigilancia de los deberes y obligaciones legislativas, se impongan cortapisas a la independencia y autonomía del legislador, como tantas veces ha ocurrido en el pasado histórico del país, en donde se llegó a expulsar sumariamente a aquellos integrantes del Congreso no afines a las mayorías legislativas.

¹¹⁷ Marshall, Geoffrey, “Gran Bretaña”, en López Pina, Antonio, *Democracia representativa y parlamentarismo*, Madrid, Secretaría General del Senado, 1994, pp. 185-193.