

Suspensión de derechos político-electorales de las personas privadas de la libertad

*Santiago Nieto Castillo**
*Arturo Sandria Pedraza***

SUMARIO: 1; Introducción; 2. Antecedentes; 3. Marco constitucional y su interpretación; 4. Voto activo; 5. Voto pasivo. 6. Relación con otros derechos fundamentales; 7. Interpretación de restricciones constitucionales; Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de las libertades que nos ofrece el Estado constitucional mexicano, es indispensable la expresión de nuestras inquietudes y reflexiones que detonen el debate que nos lleve a nuevas maneras de entender nuestra democracia, que se encuentra en permanente evolución. Un diálogo plural y abierto nos ayudará

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, investigador nivel II del IIJ-UNAM, profesor de la Universidad Panamericana y de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, fue magistrado presidente de la Sala Regional de Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Titular de la FEPADE-PGR. Titular de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

** Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Funcionario Público en la Secretaría de la Función Pública.

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

a generar mejores condiciones para que aquellos grupos sociales aún excluidos puedan ejercer con libertad sus derechos políticos fundamentales.

El tema que motivó esta labor conjunta es la democracia incluyente. Una democracia incluyente implica sumar a la participación política del país a personas y a grupos que históricamente han sido relegados o excluidos por diversos motivos. Incluirlos en la vida política nacional implica reducir al máximo cualquier expresión de discriminación que afecte la participación política de los ciudadanos.

Para esta labor incluyente es indispensable partir de una visión garantista de la Constitución que nos permita diseñar normas que reflejen “una imagen de una democracia impuesta por los principios constitucionales de libertad y justicia”,¹ porque los principios de igualdad y libertad previstos en nuestra Constitución son los “fundamentos axiológicos” y “ético-políticos”² a los que toda norma, incluso constitucional, debe aspirar.

En el presente análisis se pondrá especial atención en el grupo social conformado por las personas privadas de su libertad. En 2017, el país contaba con 338 centros penitenciarios, de todos los niveles, los cuales albergaban una población de 211 mil personas. Se estima que 29.6% de la población recluida está en proceso de recibir una sentencia. Es decir, más de 60 mil personas sin haber sido sentenciadas están presas.³

Este número constituye un sector de la población que ve suspendidos sus derechos fundamentales por disposición constitucional e interpretación jurisdiccional. Estas personas son un grupo social de mujeres y hombres que no pueden participar en la vida política del país.

¹ Ferrajoli, Luigi, *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, trad. de Antonio Cabo, México, UNAM, 2010, p. 70, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2840>

² *Ibidem*, p. 61.

³ INEGI, “Resultados de la primera encuesta nacional de población privada de la libertad”, México, 31 de julio de 2017, pp.1-2, disponible en http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017_07.pdf

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

Entre ellos, aquellos que se encuentran presos sin una sentencia firme deben gozar de un tratamiento diferenciado a los sentenciados, lo que significa dotarles de un tratamiento de inocentes, por virtud del principio de presunción de inocencia. No obstante esta regla, se les niega su participación en los comicios, como si por el hecho de estar presos fuesen ajenos o inmunes a las decisiones políticas tomadas en el exterior.

Si consideramos la posibilidad de que estos sean absueltos y puestos en libertad, los derechos políticos no ejercidos durante su reclusión se convierten en daños irreparables atribuibles al Estado. Así, estas mujeres y hombres recobrarán su libertad en un orden político renovado que no los tomó en cuenta.

De ahí que podamos preguntarnos: cuáles son las razones que justifican hoy esta suspensión de derechos, si es válido que la democracia prescinda de estos ciudadanos para tomar decisiones públicas, en qué casos la democracia debe incluir a este grupo social y bajo qué términos.

2. ANTECEDENTES

Claudio López-Guerra hace un buen análisis de las posibles causas teóricas que han dado origen o pretenden justificar la limitación del derecho al voto (*Disfranchise*ment). Es importante aclarar que su análisis se centra en los derechos políticos a aquellos que ya han sido condenados, mientras que la propuesta que se desarrolla en esta exposición versa sobre las personas privadas de su libertad y aún no condenadas.

Hecha esta aclaración, el análisis realizado por López-Guerra no pierde relevancia, pues las mismas causas que motivan la exclusión de los condenados a prisión son empleadas para restringir sus derechos políticos a los privados de su libertad sin sentencia condenatoria. Estas justificaciones han sido agrupadas en cinco argumentos diferentes.⁴

⁴ López-Guerra, Claudio, *Democracy and Disenfranchisement, The Morality of Electoral Exclusions*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 115.

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

El primero de los argumentos que plantea Claudio López-Guerra es el argumento *contractualista*, según el cual, la limitación del derecho al voto se funda en el *contrato social* expuesto por Jean-Jacques Rousseau. Este último afirmó que "...todo malhechor que al atacar el derecho social, se convierte por sus fechorías en rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes...".⁵ Esta referencia encuentra su paralelo en una cita de la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, específicamente en el capítulo de los Castigos y las Recompensas, donde afirmó que "un hombre desterrado es un enemigo legal del *Commonwealth* que lo exilió; para no ser más un miembro del mismo".⁶

El segundo argumento es el *epistémico*. Este argumento asegura que personas condenadas "no están calificadas para votar".⁷ Este es el mismo argumento que se emplea para motivar la limitación del derecho al voto a los menores de edad y aquellos que se ven impedidos por su salud mental, por no contar con las cualidades mínimas para ejercer este derecho. Este argumento también motivó a la doctrina penal de la escuela clásica, que concebía al delincuente como "un ser antropológicamente diferente e inferior",⁸ y como respuesta a esta visión se desarrolló "la idea de la defensa social [...] como amputación del sujeto infectado e irrecuperable del organismo social".⁹ Este argumento sostiene que existe una "relación entre la calidad de los factores, los cuales se reflejan en la calidad de los resultados".¹⁰ Haciendo una sustitución, diríamos que los factores son las personas condenadas, quienes no pueden sino producir resultados negativos en la democracia.

⁵ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Enrique López Castejón, España, EDIMAT Libros, 2000, p. 73.

⁶ "For a banished man is a lawful enemy of the common wealth that banished him, as being no more a member of the same", Hobbes, Thomas, *Leviathan* (1668), Estados Unidos, Hackett Publishing Company, 1994, pp. 207-208.

⁷ López-Guerra, Claudio, *Democracy and Disenfranchisement*, ...cit., p. 115.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana*, ...cit., p. 24.

⁹ *Idem*.

¹⁰ "... a concern with the quality of inputs reflects a concern with the quality of outputs" López-Guerra, Claudio, *Democracy and Disenfranchisement*, ...cit., p. 112.

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

El tercer argumento es identificado como el argumento del *respeto*. Este argumento sostiene que “es ofensivo considerar ciudadanos honestos a la par con criminales”.¹¹ “Según J. S. Mill, las personas que cometen crímenes graves, esto es, «crímenes que evidencian una seria insensibilidad al deber social» deben perder su derecho al voto, esto con la intención de dotar de una calidad moral al ejercicio del sufragio”.¹²

El penúltimo argumento planteado por Claudio López-Guerra nos remite al *castigo* (*punishment*). Este enfoque parte de las múltiples finalidades de las penas dentro del derecho penal, tales como incapacitar, rehabilitar, intimidar y retribuir. De ahí que la limitación del derecho al voto pueda estar justificada a partir de la finalidad de la pena.

Por último, plantea el argumento de la *identidad democrática*. Este argumento fue incluido a partir de la reflexión de Andrew Altman. Para este autor, “un pueblo tiene el derecho de limitar el voto a aquellos quienes cometan serios crímenes, como una manera de definir la identidad política de la comunidad”.¹³ Aun cuando este derecho está limitado a que las exclusiones deban estar basadas en consideraciones normativas de significado político, la objeción que López-Guerra formula a esta postura recae en su potencialidad negativa, es decir, el riesgo de que el grupo pueda libremente ejercer este “derecho” y con él pretenda excluir indiscriminadamente a otros grupos, no solo por motivos de criminalidad, sino por motivos de origen étnico, raza, color de piel, entre otros.

Estos cinco argumentos son los más comunes para excluir el derecho del voto de personas condenadas por determinados crímenes, y estos mismos argumentos suelen esgrimirse contra aquellas personas privadas de su libertad sin sentencia condenatoria. Corresponde ahora exponer el plano normativo vigente en México que sostiene esta limitación de derechos.

¹¹ “It is offensive to consider honest citizens on a par with criminals”, *ibidem*, p. 114.

¹² *Ibidem*, p. 113.

¹³ *Ibidem*, p. 116.

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

3. MARCO CONSTITUCIONAL Y SU INTERPRETACIÓN

Este debate gira en torno a los derechos fundamentales previstos en las primeras dos fracciones del artículo 35 de la Constitución Política: se trata de *i.* el derecho a votar en las elecciones populares, y *ii.* el de poder ser votado para todos los cargos de elección popular. Estos derechos han sido categorizados por la doctrina como derecho al voto pasivo y activo, respectivamente.

Estos derechos pueden ser suspendidos en términos de la propia norma fundamental, artículo 38, fracción II. Esta suspensión se aplica en contra de aquellas personas que estén sujetas a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal y, en términos de dicho artículo, comienza a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

No debemos perder de vista que el artículo en cuestión ha permanecido sin cambio alguno desde la promulgación de la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917, por ello, debemos mirar a esta disposición como “un punto de referencia en el pasado”,¹⁴ pero no como un límite hacia el futuro.

Esta disposición fue interpretada de manera literal por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2007.¹⁵ En este antecedente se estableció que, en términos del proceso penal tradicional, sería el dictado del auto de formal prisión el acto de autoridad que activaría la suspensión de esos derechos político-electORALES. Esta interpretación no distinguía si el procesado estaba en libertad o en prisión provisional, menos aún si esta orden había sido impugnada o no. En ambos casos, el mero dictado del auto mencionado activaba la suspensión de derechos,

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, trad. de Miguel Carbonell, 2^a ed., Madrid, Mínima Trota, 2005, p. 89.

¹⁵ SCJN, Novena Época, Tesis 1a/J. 171/2007 DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, febrero de 2008, p. 215.

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

mientras que la autoridad electoral procedía a materializar esta determinación con la baja del sujeto involucrado de la lista nominal de electores.

Si bien este criterio tiene fuente constitucional, no se tomó en cuenta en su construcción que, desde 1966, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del que México es parte,¹⁶ reconocía los derechos político-electorales de todos los ciudadanos en un Estado, disponiendo que estos derechos se gozarían sin restricciones indebidas.

Esta norma de fuente internacional prevé que los derechos político-electorales son una referencia al derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. También se puede incluir en este rubro el derecho de los ciudadanos a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, lo que implica además tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país de donde una persona es nacional.

4. VOTO ACTIVO

En 1996, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, a través de la observación general 25,¹⁷ se pronunció respecto del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto señaló que “a las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar”.¹⁸

¹⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 20 may 1981.

¹⁷ Véase ONU, Comité de Derechos Civiles y Políticos, “La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”, observación general 25, 57 periodo de sesiones, 1996, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI%2FGEN%2F1%2FRev.7&Lang=es

¹⁸ *Idem*.

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

Estas disposiciones fueron tomadas en cuenta por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en 2007¹⁹ y con ellas se integró un criterio que permitió darle un sentido menos restrictivo a la suspensión de derechos, limitando los efectos de la suspensión solo para aquellos casos en que efectivamente el ciudadano estuviese materialmente privado de la libertad.

Esta decisión entró en contradicción con el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte dictado ese mismo año. Luego de una contradicción de tesis resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁰ se determinó, en esencia, que prevalecería el criterio propuesto por la Sala Superior. De esta manera se transitó de un sentido literal de la norma constitucional a una armonización con el principio de presunción de inocencia.

Fue la presunción de inocencia la razón que permitió delimitar en 2011 el espectro de la norma constitucional, que originalmente concebía una “prohibición o restricción absoluta [...] al derecho al voto] por el solo dictado del auto de formal prisión, sin distinguir ningún supuesto o condición”.²¹ El nuevo criterio tomó en cuenta que, en los hechos, un imputado podría obte-

¹⁹ Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sentencia SUP-JDC-85/2007. Este criterio dio origen a la tesis aislada XV/2007 de rubro SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SOLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD, y finalmente por reiteración adquirió el grado de jurisprudencia identificada como la 39/2013, disponible en <http://portal.te.gob.mx/>

²⁰ SCJN, Novena Época, Tesis P./J. 33/2011, DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SOLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, octubre de 2011, p. 106.

²¹ Al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación había sostenido que la suspensión surtía sus efectos desde la fecha del auto de formal prisión, hasta que se pronuncie la sentencia absolutoria en el proceso respectivo.

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

ner su libertad, ya sea “como consecuencia del pago de una caución [posterior] al dictado del auto de formal prisión, o [en el sistema acusatorio penal] como consecuencia del dictado de un auto de mera vinculación a proceso [ya que en ambos casos se] permite enfrentar dicho proceso sin restricción precautoria de la libertad”.²² En estos casos, y a partir de este criterio, una persona en libertad, sin sentencia condenatoria, podría seguir gozando de sus derechos políticos.

La presunción de inocencia tiene distintas expresiones y aplicaciones, entre las que encontramos la regla de trato, que consiste en el derecho de “toda persona a ser tratada como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria”.²³ A partir de esta regla, un juez está constreñido a “impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena”.²⁴

En esta lógica, la suspensión del derecho al voto de personas no condenadas constituye una anticipación de la pena, anticipación que se encuentra prohibida en términos del desarrollo del derecho jurisprudencial de la presunción de inocencia. Si verdaderamente se reconociera al ciudadano su condición de inocente al no existir una sentencia condenatoria, entonces debería permitírselle emitir su voto.

Dada la especial situación de reclusión de estos ciudadanos, el efectivo ejercicio de este derecho se debe garantizar con las medidas idóneas. Dado que están bajo custodia del Estado, estos no podrían salir a emitir su voto a sus correspondientes secciones por un latente riesgo de fuga. En su lugar, se podrían emplear mecanismos previstos por la ley, como el voto electrónico o el voto anticipado por correo postal. Si la implementación de estos sistemas generase alguna suspicacia, también se podría optar por

²² SCJN, Novena Época, Tesis P./J. 33/2011, *supra*.

²³ SCJN, Décima época, Tesis 1a/J. 24/2014, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 497.

²⁴ *Idem*.

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

la instalación de casillas electorales al interior de las prisiones bajo las medidas de seguridad que correspondan.

Ante este límite espacial al que están confinados, y dada la posibilidad de que las personas detenidas estén recluidas en lugares distintos al de su residencia habitual, los alcances de su voto serían inevitablemente limitados respecto de una persona en libertad. Por ello, las elecciones en esos espacios se habrían de limitar a la votación de presidente de la República, como ocurre hoy en día con las casillas especiales en todo el país y del voto en el extranjero.

Otro reto consistirá en adecuar los instrumentos para ejercer el voto, pues actualmente la credencial para votar es el documento con el que un ciudadano puede ejercer su derecho al voto en la jornada electoral.²⁵ En su caso, deberán crearse los mecanismos adecuados para que las personas bajo reclusión puedan actualizar o reponer su credencial. En síntesis, el Estado estaría obligado a proporcionar todos los medios necesarios a estas personas para garantizar que su derecho al sufragio sea efectivo.

5. VOTO PASIVO

Hasta este punto, el debate solo se ha enfocado en desarrollar las bases necesarias para justificar un derecho a votar de las personas sujetas a proceso, ya sea en libertad o bajo reclusión. Sin embargo, la experiencia internacional muestra síntomas de querer ampliar este derecho hacia horizontes que podrían cambiar la manera en la que entendemos la relación entre el derecho penal y el derecho electoral.

En las últimas décadas, la elección de personas como jefes de Estado con antecedentes de haber estado en prisión no es algo nuevo, como fue el caso del Nelson Mandela²⁶ en Sudáfrica o de

²⁵ Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, art. 131, párr. 2. La credencial para votar es el documento indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de voto.

²⁶ Fundation Nelson Mandela, *Trials and prisons chronology*, 2018, disponible en <https://www.nelsonmandela.org/content/page/trials-and-prison-chronology>

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

José Alberto Mujica Cordano²⁷ en Uruguay, por citar dos ejemplos emblemáticos. La idea de que han pagado su deuda con la sociedad al haber concluido sus periodos de encarcelamiento los deja en aptitud de contender por cargos públicos de elección popular.

Recientemente, el escenario internacional ha sido testigo de dos acontecimientos relevantes para esta discusión. El primero de ellos tuvo lugar en el contexto político independentista de Cataluña, en España. Luego de la disolución del gobierno catalán por pretender convertirse en una nación independiente, el gobierno español llamó a elecciones extraordinarias en aquel territorio, además, se giró —entre otras— una orden de búsqueda y captura en noviembre de 2017,²⁸ contra Carles Puigdemont Casamajó —principal líder independentista—. En un autoexilio, y pese a tener una orden de detención en su contra acusado de rebelión, malversación de fondos, prevaricación y desobediencia,²⁹ Puigdemont encabezó las listas electorales³⁰ del Partido Demócrata Catalán —*Partit Demòcrata Català*— y después de las elecciones obtuvo un escaño en el Parlamento catalán.

Ahí, el bloque independentista, una vez cabildeada la designación de Carles Puigdemont como presidente del gobierno de la *Generalitat* de Cataluña, el presidente del Parlamento catalán convocó a sus miembros a la sesión de votación e investidura del candidato, quien, a causa de su exilio, la realizaría de manera telemática. La resolución del presidente del Parlamento catalán que convocaba a la votación de Carles Puigdemont fue suspen-

²⁷ Murray, Lorraine, “José Mujica. President of Uruguay”, Estados Unidos, *Encyclopædia Britannica*, 2011, disponible en <https://www.britannica.com/biography/Jose-Mujica>

²⁸ “La jueza acusa a Puigdemont de alentar un movimiento de insurrección activa”, España, en *20 Minutos*, 3 nov 2017, disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/3178058/0/puigdemont-orden-detencion-juez-audiencia-nacional-auto-alentado-movimiento-insurreccion-activa/>

²⁹ *Idem*.

³⁰ “La lista de Junts per Catalunya para las elecciones del 21-D”, España, en *La Vanguardia*, 20 dic 2017, disponible en <https://www.lavanguardia.com/politica/20171220/433291946861/elecciones-cataluna-lista-junts-per-catalunya-puigdemont.html>

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

dida por el Tribunal Constitucional español,³¹ y finalmente, el Parlamento catalán decidió sustituir al candidato.

Un segundo caso ocurrió con el dos veces presidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, quien fue acusado por el delito de corrupción pasiva y lavado de dinero,³² y fue condenado en julio de 2017. Esta condena fue impugnada en segunda instancia, quien decidió no solo confirmarla, sino aumentarla en enero de 2018.³³ Lula se entregó voluntariamente y fue puesto en prisión en abril de 2018. Pese a estar en prisión y condenado, Lula da Silva fue nombrado por el Partido de los Trabajadores (*Partido dos Trabalhadores*) como candidato a la presidencia de Brasil en agosto de 2018.³⁴ Un mes más tarde, esta candidatura fue revocada por el Tribunal Superior Electoral de Brasil,³⁵ por causa de inelegibilidad.³⁶

Estos dos fenómenos tienen algo en común: un contraste directo entre las normas que diseñan las reglas de participación política en un Estado y la fuerza y respaldo popular de líderes sociales. Ante este enfrentamiento, es natural que los movimientos populares que defienden la validez de este tipo de candidaturas cuestionen la legitimidad democrática de aquellas normas que

³¹ Tribunal Constitucional de España, Pleno, sentencia 492//2018, 20 de junio de 2018, disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_058/2018-492ATC.pdf

³² “Está decidido: Lula no puede ser candidato a presidente”, Uruguay, en *El Observador*, 1 sep 2018, disponible en <https://www.elobservador.com.uy/nota/esta-decidido-lula-no-puede-ser-candidato-a-presidente-20189195917>

³³ “Un tribunal ratifica por unanimidad la condena a Lula da Silva por corrupción: ¿qué opciones tiene de volver a la presidencia de Brasil?”, Reino Unido, en *BBC News*, 24 ene 2018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42809535>

³⁴ Darlington, Shasta, “Lula, desde una prisión brasileña, es nombrado candidato presidencial”, Brasil, en *The New York Times*, 6 ago 2018, disponible en <https://www.nytimes.com/es/2018/08/06/lula-brasil-pt-candidato/>

³⁵ “Lula: Tribunal Superior Electoral de Brasil veta la candidatura del expresidente en las elecciones de octubre”, Reino Unido, en *BBC News*, 21 sep 20018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/amp/noticias-america-latina-45380587>

³⁶ Véase principio de moralidad art. 14, párr. 9 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, disponible en <http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution>

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

excluyen de la participación política a sus líderes por razones de índole penal.

En estas condiciones, ¿qué habría sido de ellos y de sus países si se les hubiese permitido ser candidatos durante su estancia en prisión? ¿Qué pasaría si estos hubiesen ganado? ¿Qué respuestas tiene el derecho y la democracia a estas interrogantes? ¿Se hubiese continuado con el proceso penal hasta la condena? Para aquellos condenados, ¿se suspendería la condena en tanto terminasen su mandato? ¿Se les sometería a juicio de procedencia para removerlos del cargo? ¿Se les perdonarían sus delitos por voluntad popular? Estas y otras preguntas empezarán a plantearse si más fenómenos como estos siguen presentándose.

6. RELACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ahora bien, cuando nos referimos a los derechos político-electORALES, es obligada su relación con la libre asociación como una forma de participación política. Si se pretende defender el voto pasivo de alguien privado de la libertad, también se debe defender y garantizar su derecho a la libre asociación, pero ello no significa que dichas personas privadas tengan derecho a asociarse libremente al interior de un centro de reclusión, sino tomar en consideración que tal derecho se relaciona con los estatutos de algunos partidos políticos cuyas candidaturas están condicionadas a la militancia activa en la organización política, de ahí la importancia de este derecho.

Por otra parte, la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos fundamentales nos obliga a conectar el derecho al voto activo con otros derechos que son condición para su ejercicio libre e informado. Por ello, el derecho a la información previsto en el artículo 6, párrafo segundo constitucional, es indispensable en cualquier debate que se proponga reivindicar el derecho al voto de personas privadas de su libertad. Esto es así porque, sin los medios de información adecuados o mínimos, la ciudadanía en general se vuelve más vulnerable a condicionamientos y propagandas que no reflejen un ejercicio libre y consciente, y esto se agrava en personas privadas de la libertad.

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

7. INTERPRETACIÓN DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

¿De dónde debe provenir el siguiente paso en relación con los límites a los derechos políticos a votar y ser votados? El poder reformador de la Constitución sería el medio idóneo para remover este límite constitucional a los derechos políticos a votar y ser votados. Por otra parte, el Tribunal Electoral también cuenta con facultades para realizar interpretación constitucional en materia electoral, dada su especialización; sin embargo, por razón de orden y coherencia del sistema jurídico, se debe acotar a lo ya resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La inaplicación de la norma constitucional no es una medida viable para resolver la problemática, porque el sistema jurídico impide que una norma contenida en la ley fundamental sea sometida a un control de “constitucionalidad” o de “convencionalidad” con efectos de inaplicación. Sin embargo, esto no impide que las restricciones constitucionales sean susceptibles de ser interpretadas de la manera más favorable a las personas, en términos de los propios postulados constitucionales.³⁷

Así, migrar a una interpretación que acepte que donde la Constitución dice “orden de aprehensión” debe entenderse “sentencia definitiva” o “sentencia ejecutoriada”, implica una reinterpretación del texto expreso para sustituirlo por otro. Al respecto, Gustavo Zagrebelsky considera que la legitimidad de la Constitución depende “no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo”,³⁸ para él, “la Constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir”.³⁹

³⁷ SCJN, Décima Época, Tesis 2^a/J. 163/2017, LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. 49, t. I, diciembre de 2017, p. 487.

³⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, ...cit, p. 88.

³⁹ *Idem*.

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

De esta forma, los argumentos jurídicos deberían centrarse en maximizar la participación política de los ciudadanos, evitando que se vean suspendidos de su derecho al voto activo y pasivo, porque ello representa hoy adelantar los efectos de una pena, cuando estos aún no han sido condenados por autoridad judicial competente.

Los únicos derechos que se han de suspender durante una reclusión sin sentencia condenatoria deben estar sustentados en razones de seguridad y prevención. De ahí la viabilidad de poder garantizar el derecho al voto activo sin comprometer la seguridad personal de los participantes al interior o al exterior del centro de reclusión. Experiencias en otros países confirman la posibilidad de que esta medida sea aplicable sin mayores complicaciones, como es el caso de Costa Rica,⁴⁰ Colombia⁴¹ y España.⁴²

El voto activo es por autonomía el que se ejerce el día de la jornada electoral y es ese el derecho que debe ser defendido.

Tratar a este grupo minoritario “como nuestros iguales políticos podría verse como [un gesto] que eleva nuestra calidad moral como electores”,⁴³ en un ambiente de reconocimiento mutuo, pluralidad, tolerancia y respeto a los derechos fundamentales que contribuyen a mantener la cohesión de nuestra sociedad.

⁴⁰ Art. 30, párr. 1, “El Tribunal Supremo de Elecciones reglamentará la instalación de las juntas receptoras de votos, para permitir el sufragio de los privados de libertad y de los ciudadanos costarricenses en el extranjero”, Código Electoral (Ley 8765 de 2 de septiembre de 2009), disponible en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoelectoral.pdf>

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-324/94, 14 de julio de 1994, “2.3.1. Los detenidos privados de la libertad —aún no condenados— pueden ejercer el derecho al sufragio siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas por la ley para tal efecto”, disponible en <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1994/t-324-94.htm>

⁴² Ley del Régimen Electoral General, art. 3, párr. 1, inc. a: “Carecen de derecho de sufragio: Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento”, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672>

⁴³ López-Guerra, Claudio, *Democracy and Disenfranchisement, The Morality of Electoral Exclusions*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 114.

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

BIBLIOGRAFÍA

Ferrajoli, Luigi, *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, trad. de Antonio Cabo, México, UNAM, 2010, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2840>

Hobbes, Thomas, *Leviathan* (1668), Estados Unidos, Hackett Publishing Company, 1994.

López-Guerra, Claudio, *Democracy and Disenfranchisement, The Morality of Electoral Exclusions*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014.

Murray, Lorraine, “José Mujica. President of Uruguay”, Estados Unidos, Encyclopædia Britannica, 2011, disponible en <https://www.britannica.com/biography/Jose-Mujica>

Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Enrique López Castellón, España, EDIMAT Libros, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución* (1996), trad. de Miguel Carbonell, 2^a ed., Madrid, Mínima Trota, 2005.

Artículos

“La lista de Junts per Catalunya para las elecciones del 21-D”, España, en *La Vanguardia*, 20 dic 2017, disponible en <https://www.lavanguardia.com/politica/20171220/433291946861/elecciones-cataluna-lista-junts-per-catalunya-puigdemont.html>

“Está decidido: Lula no puede ser candidato a presidente”, Uruguay, en *El Observador*, 1 sep 2018, disponible en <https://www.elobservador.com.uy/nota/esta-decidido-lula-no-puede-ser-candidato-a-presidente-20189195917>

INEGI, Resultados de la primera encuesta nacional de población privada de la libertad, México, 31 de julio de 2017, pp. 1-2, disponible en http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017_07.pdf

Suspensión de derechos político electorales de las personas privadas de la libertad

“La jueza acusa a Puigdemont de alentar un movimiento de insurrección activa”, España, en *20 Minutos*, 3 nov 2017, disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/3178058/0/puigdemont-orden-detencion-juez-audiencia-nacional-auto-alentado-movimiento-insurreccion-activa/>

“Lula: Tribunal Superior Electoral de Brasil veta la candidatura del expresidente en las elecciones de octubre”, Reino Unido, en *BBC News*, 21 sep 20018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/amp/noticias-america-latina-45380587>

“Un tribunal ratifica por unanimidad la condena a Lula da Silva por corrupción: ¿qué opciones tiene de volver a la presidencia de Brasil?”, Reino Unido, en *BBC News*, 24 ene de 2018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42809535>

Darlington, Shasta, “Lula, desde una prisión brasileña, es nombrado candidato presidencial”, Brasil, en *The New York Times*, 6 ago 2018, disponible en <https://www.nytimes.com/2018/08/06/lula-brasil-pt-candidato/>

Fundation Nelson Mandela, *Trials and prisons chronology*, 2018, disponible en <https://www.nelsonmandela.org/content/page/trials-and-prison-chronology>

Jurisprudencia y normatividad

Constitución de la República Federativa de Brasil, disponible en <http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Electoral, Ley 8765, de 2 de septiembre de 2009, Costa Rica, disponible en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoelectoral.pdf>

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-324/94, 14 de julio de 1994, “2.3.1. Los detenidos privados de la libertad —aún no condenados— pueden ejercer el derecho al sufragio siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas por la ley para tal efecto”, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-324-94.htm>

SANTIAGO NIETO CASTILLO Y ARTURO SANABRIA PEDRAZA

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, México.

ONU, Comité de Derechos Civiles y Políticos, “La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”, observación general 25, 57 periodo de sesiones, 1996, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI%2FGEN%2F1%2FRev.7&Lang=

SCJN, Décima Época, Tesis 1a/J. 24/2014, Presunción de inocencia como regla de trato procesal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 497.

—, Décima Época, Tesis 2a/J. 163/2017, Las interpretaciones de la manera más favorable a las personas, en términos de los propios postulados constitucionales, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. 49, t. I, diciembre de 2017, p. 487.

—, Novena Época, Tesis 1a/J. 171/2007, Derechos políticos. Deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, febrero de 2008; p. 215.

—, Novena Época, Tesis P./J. 33/2011, Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, octubre de 2011, p. 106.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Superior, sentencia SUP-JDC-85/2007, 20 de junio de 2007, disponible en <http://portal.te.gob.mx/>

Tribunal Constitucional de España, Pleno, sentencia 492//2018, 20 de junio de 2018, disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_058/2018-492ATC.pdf