

VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 6/2008-PL, ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Al resolver la contradicción de tesis señalada, por mayoría de siete votos, el Pleno de este Tribunal determinó que la suspensión del derecho al voto activo como consecuencia del dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso sólo opera cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, conclusión que comparto, aunque disiento estructuralmente de las razones en las cuales se asienta el proyecto, no sólo en el tema de fondo, sino también en los presupuestos procesales, según se expone enseguida.

A. OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

En la sesión de siete de enero de dos mil diez, una vez que hubo consenso sobre la existencia de la contradicción de criterios entre la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al resolver el SUP-JDC 85/2007 donde sostuvo el criterio del cual se derivó la tesis aislada XV/2007 de rubro: *“SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD.”* y la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 27/2007 en la que emitió la jurisprudencia 1ª./J. 171/2207 de rubro: *“DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE*

SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”, se planteó que la contradicción habría quedado sin materia con motivo de lo resuelto por el Pleno de esta Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009 en las que, desde la perspectiva de algunos ministros, entre los cuales me incluyo, se analizó el mismo punto jurídico habiéndose reiterado el criterio de la Primera Sala.

En consecuencia, el primer tema objeto de discusión (y que incluso dio lugar a que el asunto fuera retirado a fin de ser incorporado en el proyecto) por considerarse un presupuesto de análisis necesario para el estudio de la subsistencia de la contradicción de tesis, fue el relativo a la obligatoriedad de la jurisprudencia del Pleno de esta Suprema Corte para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Ante la falta de consenso sobre los diversos aspectos planteados tales como: a) cómo se entiende la institución de la jurisprudencia en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; b) los alcances del artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional; y, c) cuál jurisprudencia de esta Corte le resulta obligatoria al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; la sentencia se constrañó a analizar la vinculatoriedad hacia dicho Tribunal de las consideraciones contenidas en las resoluciones emitidas en los procedimientos regulados en la citada Ley Reglamentaria, por una mayoría de al menos ocho votos; resolviendo que sí le resultan obligatorias.

En relación con los mencionados temas no incluidos en la sentencia, estimo necesario dejar sentado mi criterio.

Sobre qué es la jurisprudencia en términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 105, fracciones I y II constitucional, considero que no obstante que en dicho ordenamiento no se menciona ese término, los criterios obligatorios que surgen al resolver los procedimientos regulados en ella, constituyen jurisprudencia, entendida como criterios interpretativos con carácter vinculante.

A diferencia de lo que pasa en el amparo, en donde la jurisprudencia se forma por reiteración, la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional en el numeral 43¹ establece un sistema de precedentes conforme con el cual las consideraciones de la sentencia tomadas por mayoría calificada son obligatorias.

En este sentido, cuando se establece la interpretación vinculante de una disposición legal, se está creando una norma jurídica que se diferencia claramente de aquella y dicha creación normativa tiene una generalidad inmediatamente inferior a la de la norma interpretada, pero suficientemente amplia, en tanto que todos los tribunales del país, tendrán que interpretar esa norma como lo hace el órgano facultado constitucionalmente para ello.

En consecuencia, los criterios que esta Suprema Corte establece en acciones de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales por mayoría de ocho votos, constituyen jurisprudencia y, por ende, son obligatorios para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Lo anterior, no obstante que en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional no mencione a ese

¹ "Artículo 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales."

Tribunal de manera expresa, pues la obligatoriedad de la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación deriva del artículo 94 constitucional², el cual prevé que la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y las normas generales; así como del numeral 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación³, el cual establece que la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte será obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución General y en los casos en que resulte exactamente aplicable.

Asimismo, este precepto de la Ley Orgánica se encuentra dentro de las disposiciones aplicables al Tribunal Electoral (Título Décimo Primero, Del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), en la sección relativa a la jurisprudencia, sin que en dicho texto se haga distinción alguna, pues sólo se refiere a la jurisprudencia, por lo que debe entenderse que incluye a toda la jurisprudencia de la Suprema Corte, con independencia de su origen o forma de integración, pues ello debe regularse en las leyes aplicables a los distintos procedimientos de que este Tribunal conozca.

Como dato adicional, debe tomarse en cuenta que la Ley Reglamentaria del artículo 105 es previa a la reforma constitucional en que se diseñó la actual conformación del Tribunal Electoral, pues aquélla fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995, en tanto que el Tribunal Electoral como se encuentra

² “Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

(...)

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

(...)”.

³ “Artículo 235. La jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para el Tribunal Electoral, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los casos en que resulte exactamente aplicable”.

actualmente tiene su origen en la reforma constitucional de 22 de agosto de 1996, lo que explica su falta de inclusión expresa.

En estas condiciones, la jurisprudencia de esta Suprema Corte emitida en controversias constitucionales y en acciones de inconstitucionalidad le es obligatoria al Tribunal Electoral no sólo cuando se invalida la norma, supuesto en el cual es expulsada del orden jurídico, sino también cuando se reconoce su validez, pues las razones que tuvo este Tribunal para considerar constitucional una disposición legal, no pueden ser desatendidas por el Tribunal Electoral, el cual únicamente podría considerar inconstitucional una norma reconocida como válida por esta Suprema Corte, cuando existieran razonamientos, argumentos o preceptos que no hayan sido materia de análisis.

Asimismo, es necesario puntualizar que, desde mi punto de vista, de acuerdo con las normas previamente citadas, no sólo la jurisprudencia del Pleno de este Tribunal le es obligatoria al Electoral, sino también la emitida por las Salas cuando realizan funciones originarias de aquél, pues si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación sólo se refiere a ese órgano, no debe perderse de vista que con fundamento en el artículo 94 constitucional mediante Acuerdos Generales esta Suprema Corte ha delegado a las Salas el conocimiento de asuntos que corresponden de manera originaria al Pleno. Este criterio ha sido sostenido en diversos asuntos, en lo cuales hemos interpretado que cuando la Ley Orgánica dice Pleno, debemos entender que también comprende a las Salas cuando realizan funciones originarias de aquél.

Así, la posibilidad de contradicción de tesis entre el Pleno y/o las Salas de la Suprema Corte y el Tribunal Electoral prevista por el artículo 99 constitucional, únicamente es factible cuando se trate de

tesis aisladas del Pleno o de las Salas, lo que se dará cuando no se cumplan con los extremos que la Ley de Amparo (por reiteración o la resolución de contradicciones) o la Ley Reglamentaria del 105 (por no reunirse la mayoría calificada) prevén para la formación de jurisprudencia.

En efecto, cuando exista jurisprudencia de las Salas o del Pleno de este Alto Tribunal no podría existir colisión de criterios, pues nos encontraríamos ante un desacato, con la salvedad previamente enunciada de que el criterio no sea exactamente aplicable, lo que ocurriría cuando el supuesto analizado por el Tribunal Electoral no haya sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Suprema Corte.

Esto puede presentarse, por ejemplo, en el caso de una acción de inconstitucionalidad en materia electoral en el que no pueden analizarse preceptos constitucionales diferentes a los expresamente hechos valer, si el estudio de un precepto sólo se hizo a la luz de determinadas normas constitucionales y se estimó que no se vulneraban, ello no limitaría al Tribunal Electoral a que posteriormente pudiera inaplicar alguna norma, reconocida como válida por la SC, desde otro tamiz de constitucionalidad.

En estos casos, si bien pudiera haber una divergencia de resultados, no existe propiamente contradicción de criterios, en tanto que los supuestos de estudio son diversos.

B. ANÁLISIS SOBRE SI LA RESOLUCIÓN DE LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 33/2009 Y SUS ACUMULADAS 34/2009 Y 35/2009 DEJÓ SIN MATERIA ESTA CONTRADICCIÓN.

Superado el tema anterior y a fin de analizar la contradicción de criterios entre la Primera Sala de esta Suprema Corte y la Sala

Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la mayoría de los señores ministros consideró que en la sentencia dictada en las acciones de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009 no se da respuesta exacta al punto jurídico a resolver en esta ejecutoria, al no haberse hecho referencia a la variable estudiada por el Tribunal Electoral, esto es, cómo opera la suspensión del derecho a votar, cuando la persona sujeta a proceso se encuentra libre bajo caución.

Por el contrario, para mí es claro que en dicha resolución sí hay pronunciamiento sobre ese aspecto, no obstante, considero que atendiendo a los cambios de integración y a la reforma constitucional que reconoce de manera expresa el principio de presunción de inocencia, es factible hacer una revisión de los criterios de referencia y fijar el criterio que debe prevalecer.

Como señalé, en las citadas acciones de inconstitucionalidad sí se analizó el tema que ahora nos ocupa, pues si bien es cierto que en la ejecutoria del Pleno no se menciona expresamente una frase tal como: “aún estando en libertad, los sujetos a proceso, se encuentran suspendidos en sus derechos políticos”, sí fue objeto de pronunciamiento el momento a partir del cual surte efectos la suspensión originada por el auto de formal prisión, concluyendo que es desde su dictado, y se afirma de manera expresa que al tratarse de una restricción constitucional no era susceptible de ser ampliada, por lo que se declaró la invalidez de la porción normativa del artículo impugnado que decía “doloso”, que limitaba a ese supuesto los casos en que se impedía el derecho a ser elector⁴, ya que según consideró la mayoría “*el texto constitucional usa la expresión genérica delito, sin especificar si es doloso o no*”.

⁴ CÓDIGO ELECTORAL DEL ESTADO DE COAHUILA

“Artículo 7.- Son impedimentos para ser elector:

I. Estar sujeto a proceso penal por delito doloso sancionado con pena privativa de la libertad. El impedimento surtirá efecto, a partir de que se dicte el auto de formal prisión”.

(...)”.

Lo anterior, evidentemente abarca el tema de la actual contradicción, tan es así, que en las acciones de inconstitucionalidad prácticamente se retoman las consideraciones de la sentencia de la Primera Sala ahora contendiente, como se puede observar de la sentencia del Pleno en el pie de página 39, visible a foja 133, que dice:

“Esta y gran parte de las afirmaciones que se citan en el presente apartado se sostuvieron en la contradicción de tesis 29/2007-PS, resuelta por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación el treinta y uno de octubre de dos mil siete, que dio origen a la tesis jurisprudencial 1a./J. 171/2007, por contradicción de tesis, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, febrero de 2008, página 215, de rubro: “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”. (...).”

Es más, la mayoría de los conceptos que se vierten en el considerando en el cual se propone el criterio que debe prevalecer en la contradicción de tesis, fueron objeto de pronunciamiento expreso por el Tribunal Pleno, como se muestra a continuación:

En relación con la **posibilidad de interpretar la citada restricción constitucional**, en la resolución plenaria se dijo:

“En ese tenor, la suspensión de los derechos o prerrogativas ciudadanos que opera a partir del dictado

del auto de formal prisión, no es una garantía del suspenso que sea susceptible de ser ampliada pues tiene una naturaleza jurídica distinta, en razón de la que opera como una privación temporal de las prerrogativas que corresponden a la categoría política durante el tiempo que dure del proceso penal, de modo que los suspensos en esos derechos quedan excluidos del electorado y de la posibilidad de ser elegidos; esto es, de participar en la organización política nacional, sin que esto pueda ser ignorado o modificado por una ley secundaria pues ello implicaría contradecir una restricción constitucional.” (foja 145).

Por lo que hace a la **presunción de inocencia**, se afirmó:

“Deriva de lo anterior que al igual que la prisión preventiva tiene sus motivos, la suspensión de los derechos políticos tiene los propios, pero constituye de igual manera una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción, pues únicamente constituye una restricción constitucional de carácter provisional al ejercicio de un derecho, ello con finalidades precisas, en cuya atención no puede eliminarse por la legislación ordinaria.” (foja 146)

“Acorde con lo anterior, dado que lo dispuesto en el artículo 38, fracción II, constitucional es una restricción constitucional, la misma no es contraria al principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 20, inciso B, fracción I, de la propia Constitución Federal, consistente en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente, en tanto no existan pruebas suficientes que destruyan

dicha presunción, esto es, que demuestren la existencia de todos los elementos del tipo así como de su plena responsabilidad en la comisión del delito y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra” (fojas 148 y 149).

Respecto de la presunción de inocencia y **el momento a partir del cual debe surtir efectos la suspensión**, se afirmó:

“La suspensión de los derechos fundamentales de votar y ser votado como consecuencia accesoria de la privación de libertad por estar sujeto un ciudadano a proceso por delito que merezca penal corporal, **a contar desde la fecha en que se dicte el auto de formal prisión,** constituye una restricción constitucional de los derechos fundamentales de todo ciudadano que resulta compatible con el derecho de toda persona imputada a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa, toda vez que la referida suspensión no equivale ni implica que se le tenga por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación temporal de derechos, pues concluye con la resolución definitiva que ponga fin al juicio, sea absolutoria o condenatoria, y sólo en caso de que sea condenatoria se le declarará penalmente responsable.

Por lo tanto, el suspenso seguirá gozando del derecho fundamental a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia dictada por el juez de la causa”. (fojas 149 y 150).

No obstante, estimo que parte de la riqueza de la jurisprudencia es que, cuando resulte plausible, sea revisada a fin de poder hacernos cargo de nuevas consideraciones, pues a este Tribunal Constitucional corresponde la última palabra en materia de interpretación constitucional.

Así, tomando en cuenta que la integración de esta Suprema Corte va variando, y que la Constitución se va modificando de manera muy rápida, aún en el supuesto de que la acción de inconstitucionalidad a la que me he venido refiriendo, resuelve el mismo tema planteado, es viable que este Tribunal realice nuevas reflexiones sobre cuáles deben ser los alcances de la limitación establecida en este precepto constitucional.

C. CRITERIO QUE DEBE PREVALECER.

Respecto a la fijación del criterio que debe prevalecer, coincido con la sentencia, en cuanto a que de la interpretación armónica de la restricción del derecho de voto activo a partir del dictado del auto de formal prisión prevista en el artículo 38, fracción II, con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 20, apartado B, ambos de la Constitución General, es plausible concluir que aquélla sólo debe operar cuando el procesado esté privado de su libertad, pues con base en el citado principio, la suspensión sólo debe hacerse efectiva hasta que haya una sentencia condenatoria; sin embargo, no comparto los argumentos que le sirven de sustento.

La citada conclusión se basa en una teoría “no conflictivista” con la que no coincido. Esta teoría niega la existencia de antinomias en tanto sostiene que no existen conflictos entre derechos *“pues los jueces no pueden decidir cuál derecho priorizar y cuál sacrificar, sino cuál derecho está realmente presente en el caso”*, por lo que si

un derecho no se encuentra en juego no hay una contienda con el que debe efectivamente aplicarse.

Desde mi punto de vista, la idea de que un ordenamiento no tiene contradicciones sólo puede mantenerse si se asume un presupuesto metodológico propio de la dogmática jurídica decimonónica: la idea del “legislador racional”. Como se sabe, los juristas de esa época atribuían a ese imaginario legislador una serie de características que no se compadecían con la realidad, entre las que destacan el hecho de ser singular, imperecedero, único, consciente, finalista, omnisciente, omnipotente, justo, coherente, económico, operativo y preciso⁵.

Para advertir la existencia de antinomias entre derechos fundamentales o, dicho en términos más técnicos, la posibilidad de *antinomias en concreto*⁶, no hay más que prestar atención a la amplísima literatura que da cuenta de la existencia de conflictos entre principios constitucionales como un rasgo característico de los Estados constitucionales contemporáneos⁷, así como de las técnicas para resolver esos conflictos, como la ponderación o más ampliamente el juicio de proporcionalidad⁸, por no mencionar la propia práctica de tribunales constitucionales y tribunales internacionales de derechos humanos, consistente precisamente en identificar supuestos de conflicto entre derechos fundamentales y resolverlos mediante las técnicas antes señaladas.

En estas condiciones, resulta difícil la cita del “anticonflictivismo”, pues las Constituciones, al igual que cualquier otro ordenamiento,

⁵ Al respecto, véase Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, UNAM, 1989, pp. 85 y ss.

⁶ Prieto Sanchís, *op. cit.*, 178.

⁷ La referencia clásica en este tema es indiscutiblemente el libro de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., traducción Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2008.

⁸ Por todos, véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006; Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007; y Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

pueden presentar contradicciones. En este sentido, puede afirmarse que las antinomias son un fenómeno connatural al derecho positivo. En efecto, *“aunque se presenten como una patología para el jurista, las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos y también, por qué no, de un cierto déficit de racionalidad del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, bien eliminando del sistema a estas últimas”*⁹.

Incluso en esta Suprema Corte, en diversos precedentes tanto de Pleno como de Sala¹⁰ hemos reconocido que dada la estructura de

⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 200, p. 176.

¹⁰ “CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO. Dada la estructura de las normas constitucionales es posible que existan supuestos en los que éstas entren en conflicto. Esto es especialmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión porque en diversos supuestos no se contemplan expresamente todas sus condiciones de aplicación. La labor de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en precisar, a través de la resolución de casos concretos, las condiciones de precedencia de las normas constitucionales en conflicto. En este sentido, cuando tienen lugar contradicciones entre distintos principios constitucionales con motivo de situaciones concretas se utilizan distintas técnicas argumentativas, como la ponderación, que permiten resolver este tipo de problemas.”

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; Primera Sala; Tomo XXXIII, Abril de 2011; Tesis: 1a. XCVII/2010; Pág: 305.

“CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA. Los derechos fundamentales, siendo en su definición más básicas pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas, no son en sí mismos ilimitados. En efecto, su estructura normativa típica no es la propia de las reglas -normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos- sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas. Es por eso que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos. Así, en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí que el legislador es competente genéricamente para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas condiciones relacionadas tanto con fines como con medios, en tanto que su labor normativa -llegado el caso- debe ser cuidadosamente examinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para garantizar que los límites que de ella derivan estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado.”

las normas constitucionales formuladas con condiciones de aplicación abiertas, en los casos concretos es posible la existencia de conflictos entre normas constitucionales, supuesto en el cual deberá echarse mano de técnicas interpretativas, entre las cuales resulta de uso cotidiano la ponderación.

Con independencia de que como señalé no comparto la postura base de la sentencia, me parece que ni siquiera es aplicable para la solución de este caso, en el que debemos hacer el análisis abstracto de normas constitucionales a fin de fijar el alcance de una restricción a la luz de los derechos afectados y no de un caso concreto de colisión entre dos derechos que es lo que pretende remediar la doctrina en cuestión.

En el caso, la antinomia se presenta porque mientras la presunción de inocencia prohíbe que se tomen medidas durante el proceso que anticipen la pena, la fracción II del artículo 38 constitucional permite que se decrete una medida procesal que se traduce en “sanción accesoria” cuando aún no hay declaración de culpabilidad del inculpado.

Ahora bien, para la fijación del criterio que debe prevalecer, es necesario resolver la contradicción normativa a que antes me he referido, y como ha señalado la doctrina especializada, estas contradicciones se pueden resolver interpretando que una de esas normas constituye una “cláusula de excepción”¹¹. Dicho de otra forma, la manera de eliminar la antinomia consiste en interpretar que una de las normas en conflicto opera como una *regla especial* que comporta una “excepción constante” a la otra norma¹².

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época, Pleno; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Tesis: P. XII/2011; pág. 23.

¹¹ Alexy, *op. cit.*, p. 69.

¹² Prieto Sanchís, *op. cit.*, 178.

Esto es, la contradicción se soluciona considerando que el supuesto previsto en la fracción II del artículo 38 constitucional, donde se autoriza la suspensión del derecho político de votar cuando se dicte un auto de formal prisión, constituye una *excepción a la regla general* que se deriva del contenido del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal. Visto de esta forma, me parece innegable que la antinomia existe y puede ser resuelta a través del método interpretativo antes descrito. Lo que resulta menos artificioso que la idea de que simplemente no existen conflictos entre las normas constitucionales.

Ahora, para realizar ese ejercicio hermenéutico, hay otros factores a tomar en cuenta, como que la restricción prevista en la fracción II del artículo 38 se encuentra en el texto constitucional desde su promulgación; sin embargo, al día de hoy no podemos leer la Constitución de la misma manera que se hacía en 1917, por lo que haciendo una interpretación evolutiva resulta necesario tomar en cuenta las condiciones que rigen actualmente en nuestro país.

Para ello es necesario valorar la actual concepción de los derechos políticos como derechos humanos (entre ellos por supuesto el derecho al voto consagrado en el artículo 35, fracción I constitucional), al momento de la incorporación de la restricción constitucional en análisis no se consideraban con tal carácter. Siendo importante tomar en cuenta que estos derechos también se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte como el artículo 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos¹³ y el numeral 25 del Pacto

¹³ **Artículo 23. Derechos Políticos**

1. **Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos** y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) **de 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, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴, conforme con los cuales, la suspensión de derechos, entre otros, el de votar, no debe ser indebida.

Asimismo, resulta indispensable considerar la incorporación expresa al texto constitucional del principio de presunción de inocencia a que me he referido previamente como un derecho de toda persona imputada a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa, lo cual se hizo mediante reforma de 18 de junio de 2008 en la cual se implementó un nuevo sistema penal de corte acusatorio.

Así, una lectura actualizada de la restricción del artículo 38, fracción II, de la Constitución General, debe hacerse desde la perspectiva de hacerla coexistir con dos derechos fundamentales: el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia, a fin de hacer la interpretación más favorable para las personas.

En estas condiciones, la restricción prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional no se justifica previo al dictado de una sentencia condenatoria, por lo que la limitación del derecho a partir del dictado del auto de formal prisión sólo puede operar cuando se presente una imposibilidad material para la emisión del sufragio, lo que ocurrirá cuando, con ese motivo, el imputado haya sido privado de su libertad.

Por otra parte, hay otros argumentos en la sentencia que me parecen inconsistentes. Una vez que se deja sentado el canon

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

¹⁴ “Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y **sin restricciones indebidas**, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) **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;
c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

interpretativo, a fin de demostrar que ello es acorde con los criterios tendentes a maximizar los derechos fundamentales, se cita el texto de un artículo 1º constitucional aún inexistente, ya que todavía no ha ocurrido la declaratoria constitucional de la reforma, pues si bien había sido aprobada por dieciséis estados (el dieciocho de mayo pasado), lo cierto es que al momento no se trata de texto vigente.

En el caso, al haber sido aprobada la reforma por la mayoría de estados requerida, no presenta mayor problema, pero lo cierto es que ello es gracias al lento avance de la lista; sin embargo, de haberse dado alguna contingencia como el retiro o aplazamiento de asuntos no habría las seguridades sobre la aprobación del texto.

Por tanto, me parece que no es sólido apelar a un texto cuyo procedimiento de aprobación no ha concluido a fin de plantear una postura interpretativa, pues el texto vigente nos permite perfectamente realizar el mismo ejercicio interpretativo.

Finalmente, tampoco considero que sea un argumento robusto el tratar de fijar una intención en el mantenimiento de la citada restricción como se hace en la sentencia, en la que se afirma que *“se debe atender a la razón que lleva al Constituyente a mantener la causa de la suspensión, que es eminentemente de orden práctico”*, pues si bien es una técnica interpretativa aceptada acudir a la intención del creador de la norma, ello es factible mediante la consulta del procedimiento de creación normativa, sin embargo es muy complicado atribuir un significado a la falta de acción por parte del órgano reformador de la Constitución que ha mantenido inalterado el texto del artículo 38 desde 1917¹⁵, al no haber ningún elemento que permita hacerlo.

¹⁵ El motivo para su imposición obedecía a una visión decimonónica de la virtud del ciudadano para el ejercicio de los derechos, según se advierte de la cita del Diario de los Debates y de las consideraciones que se contienen en la resolución del Pleno de la acción 33/2009 y acumuladas:

En estas condiciones, si bien coincido con el criterio fijado en esta contradicción, me aparto de las consideraciones de la sentencia, en tanto me parece que no contiene argumentos que justifiquen de manera consistente la conclusión a que se arriba.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS

LIC. RAFAEL COELLO CETINA

MSD/ABZ

“Por parte del Congreso Constituyente, publicado en el Diario de los Debates, Tomo I, Número Doce, de uno de diciembre de mil novecientos dieciséis, en cuanto a la suspensión de los derechos políticos, citó:

“(...) en la reforma que tengo la honra de proponeros, con motivo del derecho electoral se consulta la suspensión de la calidad de ciudadano mexicano a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente. El que ve con indiferencia a los asuntos de la República cualesquiera que sean, por lo demás su ilustración o situación económica demuestra a las claras el poco interés que tiene por aquélla y esta indiferencia amerita que se le suspenda la prerrogativa de que se trata [...]”. (foja 139)

(...)

De igual forma refleja el numeral transcrito la preocupación social sobre las características que debe reunir un ciudadano, pues es él quien sobrelleva la responsabilidad del futuro de la Nación y quien hará posible la convivencia social, de modo que por principio debe tratarse de una persona que tenga un "modo honesto de vivir"; es decir, que respete las leyes, y que de esa forma contribuya al mantenimiento de la legitimidad y al Estado de derecho.

En ese tenor, el fundamento de los derechos políticos proporciona, a su vez, la justificación para que su ejercicio pueda ser restringido por actos cometidos por el titular que revelen su desapego a la ley, pues en esa medida los derechos de ciudadanía dependen del comportamiento, y si ello no ocurre en la forma debida, deberá decretarse su restricción.” (foja 141)