

SÍNTESIS
SUP-JDC-352/2018 Y ACUMULADO.

ACTORES: GUADALUPE GÓMEZ HERNANDEZ Y OTRO.
AUTORIDAD RESPONSABLE: INE.

Tema: Derecho al voto activo de las personas en prisión preventiva.

Hechos

Los actores, quienes se auto adscriben como “tsotsiles”, señalan que fueron aprehendidos por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas y se encuentran reclusos en el Centro Estatal de Reinserción Social “El Amate”, Cintalapa, Chiapas, derivado de diversas causas penales en las que no se ha dictado sentencia.

En ese contexto, como personas cuya inocencia no ha sido desacreditada solicitan que se garantice su derecho al sufragio en las elecciones federales y locales. **Para ello, impugnan la omisión del INE de dictar medidas que les permitan ejercer su derecho al voto.**

Agravios

- El Estado, por conducto del INE, ha sido **omiso en establecer mecanismos tendentes a garantizar el derecho a votar** de aquellas personas que se encuentran en prisión, en razón de encontrarse sujetos a un proceso penal del que aún no han sido sentenciados.
- Al no garantizar el derecho en el supuesto referido realiza una **interpretación del derecho al voto de una manera restrictiva**, lo cual se contrapone con lo señalado en el artículo 35, párrafo uno, constitucional y los tratados internacionales en los que está plenamente garantizado.
- El artículo 38, fracción II, de la Constitución **debe interpretarse de tal forma que coexista el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia**.

Consideraciones del proyecto

Conforme a la interpretación evolutiva del derecho al voto y la presunción de inocencia se considera que las personas en prisión que no han sido sentenciada y están amparadas bajo la presunción de inocencia tienen derecho a votar, lo anterior, derivado una interpretación sistemática de los artículos 1º, párrafos primeros y segundo, 35 fracción I, 38, fracción II y 20, Apartado B, fracción I, constitucionales, en relación con los numerales 14, párrafo segundo y 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De conformidad con los principios de progresividad y no regresividad debe ampliarse la aplicación, alcance y protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas es por ello, que se considera necesario implementar medidas que posibiliten el ejercicio del derecho a votar, tomando en cuenta que el voto activo es un elemento de socialización, es una herramienta que les da voz y constituye una medida de inclusión que contribuye a una democracia que no discrimina.

A partir de una interpretación evolutiva y conforme a los tratados internacionales, se advierte que en atención al principio de presunción de inocencia y el derecho al voto únicamente puede suspenderse el derecho al voto cuando exista una sentencia ejecutoriada, de lo contrario deben continuar en el uso y goce de todos sus derechos.

En consecuencia, esta Sala Superior, considera que **el INE, en plenitud de atribuciones, implementará una primera etapa de prueba**, en todas las circunscripciones electorales, varias entidades federativas y diversos reclusorios con las medidas y lineamientos necesarios, encaminados a hacer posible que dichas personas ejerzan su derecho al voto, conforme a lo siguiente:

a) La mencionada prueba será desarrollada por la autoridad electoral federal en plenitud de atribuciones, estableciendo el cómo, cuándo y dónde se ejercerá el aludido derecho a votar.

b) La primera etapa de prueba se implementará en un plazo razonable, de tal manera que el derecho de las personas en prisión preventiva se garantice para las elecciones del año dos mil veinticuatro.

c) El INE identificará si el ejercicio del derecho al voto se aplicará solamente a la elección presidencial o a otras elecciones, según las necesidades y posibilidades administrativas y financieras.

d) El INE queda en plenitud de atribuciones para fijar el mecanismo para la implementación del voto de las personas en prisión, dentro de los cuales considerará el voto por correspondencia.

e) La prueba se desarrollará en una muestra representativa que abarque todas las circunscripciones electorales; varias entidades federativas y diversos reclusorios.

f) Finalmente, el INE se podrá coordinar con las autoridades penitenciarias competentes o con aquellas que considere oportuno, para la implementación de una primera etapa de prueba en todas las circunscripciones electorales; varias entidades federativas y diversos reclusorios, para lo cual deberá atender a la normativa aplicable al momento de la ejecución de las actuaciones.

Conclusión: El INE es la autoridad facultada para implementar una primera etapa de prueba en todas las circunscripciones electorales; varias entidades federativas y diversos reclusorios, antes de las elecciones de 2024, para garantizar que las personas en prisión preventiva puedan ejercer su derecho al voto.

EXPEDIENTES: SUP-JDC-352/2018 Y
SUP-JDC-353/2018 ACUMULADO

PONENTE: MAGISTRADO FELIPE DE LA
MATA PIZAÑA¹

Ciudad de México, a veinte de febrero de dos mil diecinueve.

Sentencia que reconoce el derecho al voto activo de las personas que
se encuentran en prisión preventiva.

ÍNDICE

GLOSARIO..... 1

I. ANTECEDENTES 2

II. COMPETENCIA 3

III. ACUMULACIÓN 3

IV. REQUISITOS PROCESALES..... 3

V. ESTUDIO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA 4

 1. PROBLEMA GENERAL..... 4

 2. PLANTEAMIENTO DE LA PARTE ACTORA..... 4

 2.1 Situación jurídica de la parte actora..... 4

 2.2 Agravios..... 5

 2.3 Pretensión de la parte actora..... 6

 3. ANÁLISIS DEL CASO 6

 3.1 Tesis..... 6

 3.2 Precisión metodológica..... 6

 3.3. Justificación..... 9

 A. MARCO NORMATIVO 15

 B. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD 24

 C. OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL DERECHO AL VOTO 26

 D. DECISIÓN Y EFECTOS 42

VI. RESUELVE.....45

GLOSARIO

Actores	Guadalupe Gómez Hernández y Marcos Ruiz López.
CG INE	Consejo General del Instituto Nacional Electoral.
Constitución	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Corte Interamericana	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
INE	Instituto Nacional Electoral.
Juicio ciudadano	Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.
Ley de Medios	Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.
Ley Orgánica	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
Sala Superior	Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Secretariado: Fernando Ramírez Barrios, Roselia Bustillo Marín e Isaías Trejo Sánchez. Colaboraron: Erica Amezquita Delgado, Cruz Lucero Martínez Peña y Carlos Gustavo Cruz Miranda.

I. ANTECEDENTES

Los actores, quienes se auto adscriben como “tsotsiles”, señalan que fueron aprehendidos por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas y se encuentran reclusos en el Centro Estatal de Reinserción Social “El Amate”, Cintalapa, Chiapas, derivado de diversas causas penales en las que no se ha dictado sentencia.

En ese contexto, como personas cuya inocencia no ha sido desacreditada solicitan que se garantice su derecho al sufragio en las elecciones federales y locales. Para ello, impugnan la omisión del INE de dictar medidas que les permitan ejercer su derecho al voto.

1. Facultad de atracción.

a) Demandas. El primero de junio,² los actores presentaron ante esta Sala Superior dos escritos en los que solicitaron se ejerciera la facultad de atracción derivado de la presunta omisión del INE de emitir lineamientos que regulen el derecho a votar de las personas que se encuentran reclusas sin haber sido sentenciadas.

b) Resoluciones.³ El cuatro de junio, la Sala Superior declaró improcedente la facultad de atracción de los asuntos por actualizarse su competencia directa. En consecuencia, se ordenó integrar los expedientes SUP-JDC-352/2018 y SUP-JDC-353/2018.

2. Turno. En su oportunidad, la Magistrada Presidenta ordenó turnar a la Ponencia del Magistrado Felipe de la Mata Pizña los expedientes referidos.

3. Trámite. Posteriormente, el Magistrado Instructor radicó los expedientes, admitió a trámite las demandas y, al no existir diligencia pendiente por desahogar, declaró cerrada la instrucción.

² Salvo mención diversa todas las fechas corresponden al año dos mil dieciocho.

³ Solicitudes de facultad de atracción identificadas con las claves SUP-SFA-54/2018 y SUP-SFA-55/2018.

II. COMPETENCIA

Esta Sala Superior es competente para conocer y resolver el asunto, porque la controversia está relacionada con el derecho a votar de dos ciudadanos que impugnan una omisión atribuida al CG INE.⁴

III. ACUMULACIÓN

Procede acumular los juicios, al existir conexidad en la causa, esto es, identidad del CG INE como la autoridad responsable en ambas demandas, y del acto impugnado consistente en la omisión de emitir los lineamientos necesarios para garantizar el derecho de votar de las personas que se encuentran privadas de su libertad, sin haber sido sentenciadas.

En consecuencia, el juicio ciudadano **SUP-JDC-353/2018** se debe acumular al diverso **SUP-JDC-352/2018**, por ser éste el más antiguo.

En razón de lo anterior, se deberá glosar copia certificada de los puntos resolutivos de la sentencia, a los autos del expediente acumulado.⁵

IV. REQUISITOS PROCESALES

Los juicios ciudadanos cumplen los requisitos de procedencia.⁶

a. Forma. Las demandas se presentaron por escrito y en ellas los actores precisan: su nombre; domicilio para oír y recibir notificaciones; el acto impugnado; la autoridad responsable; los hechos; los conceptos de agravio; las pruebas, y asienta su firma autógrafa.

b. Oportunidad. Se cumple el requisito, porque en el caso aducen una supuesta omisión del INE, situación que es de tracto sucesivo, por lo que la presentación de la demanda debe tenerse de forma oportuna.⁷

⁴ Artículos 41, párrafo segundo, base VI, y 99, párrafo cuarto, fracción V, de la Constitución; 186, fracción III, inciso c), y 189, fracción I, inciso e), de la Ley Orgánica; así como 79, párrafo 1, 80 y 83, párrafo 1, inciso a), de la Ley de Medios.

⁵ Artículo 31 de la Ley de Medios, y 79 del Reglamento Interno de este Tribunal Electoral.

⁶ En términos de los artículos 4, párrafo 2, 7, párrafo 1, 8, párrafo 1, 9, párrafo 1, 12, párrafo 1, incisos a) y b), 13, párrafo 1, inciso b), 79, párrafo 1, 80, inciso f), de la Ley de Medios.

⁷ De conformidad con la jurisprudencia 15/2011, de rubro: “**PLAZO PARA PRESENTAR UN MEDIO DE IMPUGNACIÓN, TRATÁNDOSE DE OMISIONES.**”

c. Legitimación e interés jurídico. Se cumplen ambos requisitos, porque los juicios fueron promovidos por dos ciudadanos.

A su vez, los actores alegan la vulneración a su derecho de votar, porque el CG INE ha sido omiso en emitir mecanismos que garanticen ese derecho, a razón de estar privados de su libertad, sin haber sido condenados por delito alguno.

d. Definitividad. Se cumple con el requisito, ya que en la normatividad electoral no existe un medio ordinario mediante el cual se pudiera impugnar la omisión que atribuyen los actores al CG INE.

V. ESTUDIO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

En primer lugar, a fin de analizar de manera contextual los argumentos de los actores es necesario plantear el problema general y, posteriormente, se precisarán y analizarán los argumentos que los actores aducen, con relación a la presunta vulneración de su derecho a votar.

1. PROBLEMA GENERAL. Determinar si existe vulneración al derecho a votar de los actores, derivado de que la autoridad administrativa electoral no ha emitido mecanismos que garanticen ese derecho a las personas que se encuentran privadas de su libertad sin haber sido condenadas por sentencia ejecutoriada.

2. PLANTEAMIENTO DE LA PARTE ACTORA.

2.1 Situación jurídica de la parte actora.

Los actores se auto adscriben como “tsotsiles” y señalan que, desde el año dos mil dos, fueron aprehendidos por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas y reclusos en el Centro Estatal de Reinserción Social de sentenciados número catorce “El Amate”, Cintalapa, Chiapas, derivado de diversas causas penales iniciadas en su contra, en las que se les atribuyeron varios delitos.

Señalan que desde que fueron detenidos y hasta la fecha se les ha violentado su derecho de votar, primero, porque con motivo de la normatividad interna de ese lugar les retiraron su credencial para votar con fotografía.

Segundo, porque a pesar de que aún no hay una sentencia condenatoria en su contra, la autoridad administrativa electoral no ha dictado los mecanismos necesarios a efecto de que puedan ejercer su derecho al sufragio en las elecciones federales y locales.

Refieren que en la situación en que se encuentra debe imperar el principio de presunción de inocencia, puesto que, insisten, no hay una sentencia que los haya declarado culpables. Alegan que desde el momento de su detención fueron torturados y no se les informaron los motivos de su aprehensión mediante su lengua originaria, situación que se ha prolongado durante más de quince años sin tener una sentencia que haya causado ejecutoria, lo cual no está controvertido en autos.

Asimismo, señalan que viven en una situación muy precaria dentro del reclusorio, no cuentan con visitas regulares y viven en condiciones infrahumanas, procesados por un delito que no cometieron.

2.2 Agravios

- Precisan que el Estado, por conducto del INE, ha sido omiso en establecer mecanismos tendentes a garantizar el derecho a votar de aquellas personas que se encuentran en prisión, en razón de encontrarse sujetos a un proceso penal en el que aún no han sido sentenciadas.
- Al no garantizar el derecho en el supuesto referido realiza una interpretación del derecho al voto de una manera restrictiva, lo cual se contrapone con lo señalado en el artículo 35, párrafo uno, constitucional y los tratados internacionales⁸ en los que está plenamente garantizado.
- Los actores sostienen que el artículo 38, fracción II, de la Constitución

⁸ Artículos 8.2 y 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

debe interpretarse de tal forma que coexista el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia.

2.3 Pretensión de la parte actora.

Su pretensión es que este órgano jurisdiccional le ordene al INE que realice las acciones necesarias para garantizar su derecho a votar en las elecciones tanto locales como federales, desde el lugar donde se encuentran en reclusión.

3. ANÁLISIS DEL CASO

3.1 Tesis. De una interpretación sistemática de los artículos 1º, párrafos primeros y segundo, 35 fracción I, 38, fracción II y 20, Apartado B, fracción I, constitucionales, en relación con los numerales 14, párrafo segundo y 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se concluye que las personas en prisión que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, porque se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia.

Por tanto, de manera paulatina y progresiva, el INE implementará una primera etapa de prueba, antes de las elecciones de dos mil veinticuatro, a fin de garantizar el derecho a votar de las personas en prisión preventiva.

El mencionado programa será desarrollado por la autoridad electoral federal en plenitud de atribuciones, con la finalidad que en el año dos mil veinticuatro las personas en prisión preventiva puedan ejercer su derecho al voto activo.

3.2 Precisión metodológica. Del análisis de las demandas de los actores se advierte la existencia de argumentos similares; en este sentido, éstos serán atendidos de forma conjunta.⁹ Adicionalmente, para

⁹ Jurisprudencia 4/2000 “**AGRAVIOS, SU EXAMEN EN CONJUNTO O SEPARADO, NO CAUSA LESIÓN.**” Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 4, Año 2001, páginas 5 y 6.

entender de mejor manera la perspectiva desde la cual se abordan los agravios, se precisa lo siguiente.

Primero. Grupo vulnerable. La pretensión se estudiará tomando en cuenta que la parte actora pertenece a un grupo vulnerable de manera transversal, al combinarse que son personas sujetas a prisión preventiva y que, además, se auto adscriben como “tsotsiles” de Simojovel.

Al respecto, la Corte Interamericana ha determinado que las personas detenidas son vulnerables al potencial abuso de sus derechos, pues se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad ante la frecuente falta de políticas públicas y condiciones de violación sistemática de sus derechos humanos que son frecuentes en las prisiones.¹⁰

Paralelo a lo anterior, esta Sala ha determinado que, al tratarse de integrantes de comunidades indígenas, deben tomarse en consideración determinadas particularidades y obstáculos que tradicionalmente han generado una situación de discriminación jurídica, como son, la distancia y los medios de comunicación de la población donde se ubica el domicilio del actor.

Segundo. Norma constitucional a interpretar o circunscripción de la litis. Es necesario precisar que el precepto normativo que va a interpretar esta Sala Superior **se circunscribe únicamente a la fracción II del artículo 38** de la Constitución. La SCJN ha interpretado¹¹ que el artículo 38 contempla tres causas que pueden motivar la suspensión de derechos políticos, a saber:

- Fracción II, derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal la que convencionalmente podría conceptuarse como una consecuencia accesoria de la sujeción a proceso y no como pena,

¹⁰Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Consultable en <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

¹¹ En la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, emitida el veintiocho de mayo de dos mil nueve, la SCJN interpretó las fracciones II, III y VI del artículo 38 de la Constitución.

SUP-JDC-352/2018 Y ACUMULADO

sanción o medida cautelar, pues su naturaleza y finalidad no responden a la de estos últimos conceptos.

- Fracción III, derivada de una condena con pena privativa de libertad, que tiene la naturaleza de una pena o sanción accesoria.

- Fracción VI, que se impone como pena autónoma, concomitantemente o no con una pena privativa de libertad.

Así, la suspensión de derechos políticos a personas privadas de su libertad en centros penitenciarios tiene distintas vertientes de análisis de la cual **sólo se estudiará e interpretará la primera, que se refiere a personas que están sujetas a proceso penal pero no han sido sentenciadas**, y precisamente en ese supuesto se encuentran los actores.

Los siguientes supuestos son diferentes pues se refieren a personas con sentencias condenatorias que implican una pena privativa de libertad, hipótesis en la que no se ubica la parte actora en el presente juicio.

No pasa desapercibido que en otras latitudes como Canadá en el caso *Sauvé vs Canadá* (2002 SCC 68)¹², así como en Francia e Italia se ha declarado la invalidez de preceptos que impiden el derecho al voto de personas que han sido condenadas por delitos, e incluso se ha diferenciado el tipo de delito que podría llevar a una sanción adicional como la de suspensión de derechos.

En Reino Unido, se contempla la posibilidad de imponer como pena la pérdida del derecho al sufragio mediante resolución judicial¹³. Dicha práctica también fue declarada incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirst vs. Reino Unido*¹⁴.

¹² Caso *Sauvé vs Canadá* (2002 SCC 68), la Suprema Corte de Canadá declaró inválido tal artículo por contraponerse al derecho del sufragio previsto en la sección III del *Charter of Rights and Freedom*. La Suprema Corte canadiense determinó que la medida no superaba un test de proporcionalidad. Así, se afirmó: “*Section 51(e) does not meet the proportionality test. In particular, the government fails to establish a rational connection between s. 51(e)’s denial of the right to vote and its stated objectives*”.

¹³ Para un resumen del abanico de derecho comparado, véase Salazar Benítez, Octavio, *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, Comares, Granada, 1999, p. 211 y 212.

¹⁴ *Hirst vs. United Kingdom* (núm. 2) app. núm. 74025/01, ECHR, 6 de octubre de 2005.

Incluso esta Sala Superior se ha pronunciado¹⁵ en relación con el derecho al voto de personas que han sido sentenciadas con privación de la libertad y han sido beneficiadas con algún sustitutivo de la pena y ha determinado que tienen derecho a votar. En tales criterios¹⁶ ha sido protectora de este derecho, con lo cual se evidencia la interpretación progresiva de los derechos político-electorales.¹⁷

Sin embargo, en el presente caso, la parte actora únicamente solicita la interpretación del artículo 38, fracción II, que se acota al supuesto de las personas que están sujetas a proceso y en prisión, pero que no han sido sentenciadas.

3.3. Justificación. De acuerdo con la anterior precisión, esta Sala Superior sustenta la tesis de que **las personas en prisión que no han sido sentenciadas y se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia, tienen derecho a votar**, en virtud de los argumentos que serán desarrollados en la presente sentencia:

A. Marco normativo. Tanto la Sala Superior como la SCJN, la Corte Interamericana y otros Tribunales Internacionales han realizado una interpretación evolutiva del derecho al voto y la presunción de inocencia.

B. Principio de progresividad y no regresividad. La interpretación realizada por esta Sala debe ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.

C. La garantía del derecho al voto. Ante la existencia de un deber jurídico de garantizar el derecho al voto, surge la necesidad que la autoridad electoral competente implemente los estudios y programas que correspondan para hacer factible tal derecho.

¹⁵ Expediente SUP-JDC-20/2007

¹⁶ Expediente SUP-JDC-1635/2007

¹⁷ Expediente SUP-JDC-1635/2007 y expediente SUP-JDC-1642/2007

D. Acciones del INE. Implementará una primera etapa de prueba para hacer efectivo el derecho al voto de las personas en prisión preventiva antes de las elecciones que se celebren en el año dos mil veinticuatro.

El mencionado programa será desarrollado por el INE en plenitud de atribuciones, con la finalidad que en el año dos mil veinticuatro las personas en prisión preventiva puedan ejercer su derecho al voto activo.

Los anteriores argumentos se desarrollarán a la luz del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a votar, específicamente, el de las personas en prisión preventiva.

-Presunción de inocencia. Constituye un principio previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución que implica que toda persona imputada se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

La SCJN ha estimado que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que la ciudadanía no esté obligada a probar la licitud de su conducta ni tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución le reconoce tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.¹⁸

Asimismo, ha señalado que el principio de presunción de inocencia se constituye en el derecho de las personas acusadas a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales.¹⁹

¹⁸ Tesis aislada XXXV/2002, de rubro: “**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, página 14.

¹⁹ Tesis aislada XXV, de rubro: “**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENA A MENOS**”

-Derecho a votar. El derecho a votar previsto en la fracción I del artículo 35 constitucional, es una de las formas en que la ciudadanía ejerce el derecho a la participación política e implica que elija libremente y en condiciones de igualdad a sus representantes.²⁰

En ese sentido, es facultad de toda la ciudadanía elegir mediante una declaración de voluntad (el voto) a las candidaturas que habrán de ocupar cargos de elección popular en el orden federal y de las entidades federativas.

-Derecho al voto de personas en prisión.

a) Importancia del voto activo. El voto activo adquiere una dimensión distinta, en tanto que implica un reconocimiento de la ciudadanía de las personas en prisión preventiva y su participación en una democracia integral.

El reconocimiento del sufragio activo para la democracia integral constituye la manifestación real de la ciudadanía y la evidencia efectiva de su condición de pertenencia a una comunidad política.

En ese sentido, los mandatos que optimizan la protección de los derechos políticos de una sociedad dotan de elementos que garantizan a la ciudadanía el desarrollo en toda expectativa de vida a partir de un consenso entre estado y sociedad, cuya vía no es más que a través del voto activo.

El tratamiento que el estado mexicano tiene respecto al ejercicio del voto activo de las personas en prisión preventiva, posiciona a la nación en una situación de negación e invisibilidad de la existencia de este grupo de personas, viéndose afectado a su vez, un gran número de la comunidad de posibles electores que afectan el principio del ejercicio del sufragio universal.

QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, página 2295.

²⁰ Caso Yatama vs Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*).

b) Problemática de desvinculación. Suspende automáticamente a la ciudadanía procesada, privada de su libertad, ha implicado el olvido estatal y social de esta población, de sus derechos y de la expresión política que puede injerir en la toma de decisiones, tanto para políticas públicas dentro de prisión como fuera de ella.

El desconocimiento del derecho al voto activo de las personas en prisión preventiva constituye actitudes denigratorias y estigmatizantes que conllevan a la invisibilidad de personas sujetas de derechos, además, refleja la ausencia de una democracia que provee a sus habitantes de la protección máxima y efectiva de sus derechos fundamentales.

La privación preventiva de libertad es una práctica que despoja a las personas de su *status* jurídico de ciudadanía, privándolas de sus derechos políticos y de su participación en las decisiones relevantes de la nación, lo cual, termina por despojarlas y excluirlas totalmente de la comunidad.

Incontables aspectos de la vida social que no tienen que ver con el delito ni con la pena son silenciados injustificadamente por la prohibición de votar. Esta restricción que afecta a un sector de la población debilita el funcionamiento del sistema democrático, al ser un grupo invisibilizado, segregado y olvidado.

La mayor vulnerabilidad, reside en la pérdida del reconocimiento y ejercicio de los derechos, la persona ha perdido la posibilidad de tener un proyecto de vida, y queda atrapada en la lógica identificatoria que le es asignada por el entorno carcelario sin otras posibilidades de identificación social, más allá del estigma.²¹

Suspende el voto activo desvincula a las personas en prisión preventiva de la pertenencia a una comunidad, genera desigualdad en el reconocimiento de derechos políticos de un grupo en desventaja, porque

²¹ Soria, Ma. José. 2016. La construcción de subjetividad en las personas privadas de la libertad. Universidad de la República de Uruguay. Monografía. P. 12. Consultable en: https://sifp.psico.edu.uy/sites/default/files/Trabajos%20finales/%20Archivos/tfg_soria_maria_jose_31_oct.pdf

la falta de acceso a ejercer un derecho político se funda en la privación de la libertad y no en la culpabilidad por el hecho criminal en sí.²²

El voto es un medio para expresarse y es especialmente necesario, cuando la persona está privada de su libertad ya que, al ser uno de los pocos canales abiertos pueden influir en la vida de la comunidad a la cual pertenecen²³.

La prohibición de votar a las personas procesadas imposibilita participar en el debate político, decidir sobre los asuntos públicos que le perjudican, por ejemplo, sobre las políticas penitenciarias que los afectan directamente.

La restricción de los derechos electorales empobrece la deliberación hacia el interior de la sociedad, privando la escucha de las voces de quiénes podrían representar el interés de las personas en prisión preventiva.

Negar a las personas procesadas el derecho al voto, debilita el empoderamiento de la ciudadanía para decidir y participar en la creación o modificación de leyes, como aquellas que pueden mejorar las situaciones de vida dentro de las cárceles, reforzar sus vínculos sociales y su compromiso con el bien común, y esto, impide el desempoderamiento político de un segmento de la sociedad que pone en peligro la legitimidad de una democracia.²⁴

Esto es, que el objetivo sustancial del derecho al voto de las personas en prisión preventiva radica en evitar la desincorporación y alejamiento de su pertenencia a la comunidad, y, además, en la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

²² Filippini, Leonardo y Felicitas Rossi.2012. Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 13, núm. 1, noviembre. P. 203. Consultable en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/13JURIDICA_07FILIPPINI.pdf

²³ Ibidem. P. 209

²⁴ Dharni, Mandeep.2009. La política de privación del sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la democracia? Revista de Derecho, Vol. XXII-Núm. 2. Diciembre. P. 126-127. Universidad Austral de Chile.

Así, los medios o las herramientas para ejercer el derecho al voto son necesarias como forma de identificación de la ciudadanía que expresará su preferencia por alguna opción política. De ahí que, en México, contar con una credencial de elector con fotografía tiene la finalidad de reconocer la identidad de la persona que está emitiendo el voto.

Las personas en prisión preventiva pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad en el acceso a sus derechos, frente a su cultura y la sociedad, no solo por estar privados de la libertad, sino por la carencia de un reconocimiento a su identidad; ante la falta de documentos para identificarse y poder realizar otros trámites frente al estado.

En ese sentido, las personas en prisión preventiva para ser visibilizadas y ejercer el trascendente derecho a votar, deben contar con una credencial de elector vigente que les permita tener identidad, ser reconocidas como personas mexicanas que no han perdido sus derechos, puesto que no tienen una sentencia ejecutoriada.

c) Democracia integral. Un estado democrático inclusivo de derecho es aquel que impide la desvinculación de la comunidad o sociedad de las personas en prisión preventiva, así como, la pérdida de su ciudadanía, facilitando el camino de regreso a la comunidad y evitando que su retorno sea una tarea compleja.

Una democracia inclusiva y plural asume y entabla un diálogo en la comunidad que toma en serio la universalidad del voto, pues su restricción refuerza la exclusión y estigmatización de quienes todavía se presumen inocentes, y permite la desvinculación con la comunidad; al contrario, se busca ejercer las políticas de inclusión, participación, igualdad y equidad en todos los espacios de elección.

Históricamente se han establecido limitantes al derecho al voto activo en otros grupos como las mujeres, caso en el cual la actividad jurisprudencial llevó a modificar la legislación e incluso la Constitución, o casos como el de las personas migrantes (mexicanas radicadas en el

extranjero), que implicó tomar medidas para erradicar las limitaciones injustificadas en una democracia integral.

Ante la necesidad de visibilizar a las personas en prisión, se ha interpretado de manera progresiva el ámbito jurídico de protección al voto de las personas en prisión. Tanto la SCJN, como máximo intérprete de la Constitución, como esta Sala Superior, última intérprete en materia electoral, siguiendo también la Convención Americana que es obligatoria para toda autoridad mexicana en el ámbito de su competencia, han desarrollado jurisprudencia vinculante que ha ampliado e interpretado de manera evolutiva el supuesto marcado por el artículo 38, fracción II, Constitucional.

A. MARCO NORMATIVO

-Marco normativo nacional.

i) Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Esta Sala Superior ha sido pionera en la interpretación extensiva de los derechos de las personas en prisión preventiva, sobre todo para garantizarles el derecho al voto activo.

a) Caso Pedraza Longi. Derecho a votar de una persona sujeta a proceso. El veinte de junio de dos mil siete, el **ciudadano Pedraza Longi**²⁵ solicitó su credencial para votar con fotografía, la cual le fue negada porque estaba suspendido en sus derechos político-electorales, por estar sujeto a un proceso penal derivado del auto de formal prisión²⁶ dictado por autoridad jurisdiccional competente.

Al resolver, esta Sala Superior consideró que la suspensión de derechos establecida en la fracción II del artículo 38 constitucional no es absoluta ni categórica.

Se destacó que el artículo 133, de nuestra Constitución consideraba como Ley Suprema de la Unión a los tratados internacionales, por lo que,

²⁵ Expediente **SUP-JDC-85/2007**

²⁶ Conforme a lo previsto en el numeral 38, fracción II, de la Constitución.

**SUP-JDC-352/2018
Y ACUMULADO**

si los derechos y prerrogativas constitucionales son susceptibles de ampliarse en los ordenamientos que conforman la Ley Suprema de la Unión, era válido recurrir a éstos para aplicarlos cuando prevean una situación jurídica de mayor tutela de tales derechos.

A partir de ello, analizó que el actor estaba sujeto a proceso penal como presunto responsable de la comisión de diversos delitos de carácter culposos y gozaba de la libertad bajo caución; valoró que no existía una resolución condenatoria en el procedimiento penal ni razones que justificaran la suspensión en su derecho político-electoral de votar.

Determinó que las personas a las que se les priva de la libertad pero que no hayan sido condenadas, no se les debería impedir su derecho a votar.²⁷

b) Caso García Zalvidea. Posteriormente, el ciudadano García Zalvidea²⁸ también solicitó y le fue negada su credencial para votar con fotografía por considerar que había un auto de formal prisión dictado en su contra.

La Sala Superior resolvió que se debía otorgar la credencial de elector y eliminar los obstáculos para el ejercicio del derecho a votar, porque si bien el interesado estaba sujeto a proceso penal, no había sido condenado.

Lo anterior se consideró acorde con el principio de presunción de inocencia, por lo que se determinó que el interesado debía continuar en el uso y goce de todos sus derechos, incluido el de la credencial para votar con fotografía.

c) Caso Orozco Sandoval. Dando incluso un paso más, en el caso Martín Orozco Sandoval²⁹ a quien la autoridad electoral le negó el registro como candidato a gobernador a un ciudadano, por considerar

²⁷ Con base en el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y al alcance normativo fijado por el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas en la Observación General número 25 de su Quincuagésimo Séptimo período de sesiones en mil novecientos noventa y seis, en el sentido de que: "a las personas a quienes se priva de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar".

²⁸ Expediente **SUP-JDC-2045/2007**

²⁹ Expediente **SUP-JDC-98/2010**

que existía auto de formal prisión en su contra. Esta Sala Superior determinó que el ciudadano debía ser registrado como candidato a gobernador, porque si bien estaba sujeto a proceso, no estaba privado de su libertad.

En dicha resolución, la Sala Superior argumentó que **la calidad de “sujeto a proceso” no significa una condena**, conforme al principio de presunción de inocencia debe entenderse que la suspensión de los derechos es consecuencia solamente de la privación de la libertad y con ello de la imposibilidad material y jurídica de ejercer un cúmulo de diversos derechos que integran la esfera jurídica del gobernado.

Con base en lo anterior, se concluyó que no operaba la suspensión de derechos prevista en el artículo 38, fracción II, de nuestra Constitución, a pesar de estar sujeto a un proceso penal en el cual aún no se le había dictado sentencia ejecutoriada y, por ende, quedó expedito su derecho a ser registrado como candidato, si cumplía el resto de los requisitos de elegibilidad.

Los casos mencionados en los que la Sala Superior estableció criterios progresistas, con relación a la armonización del derecho a votar de las personas en prisión preventiva, permitieron la integración de la jurisprudencia 39/2013 con el 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.**³⁰

ii) Interpretación de la SCJN. La línea jurisprudencial del máximo Tribunal también ha delineado la interpretación del artículo 38, fracción II, de la Constitución.

En un primer precedente, en las acciones de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, resueltas el veintiocho de mayo de dos mil nueve; específicamente en cuanto a la fracción II, del

³⁰ Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 6, Número 13, 2013, páginas 76, 77 y 78.

artículo 38 de la Constitución, la SCJN determinó que “la suspensión derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal, convencionalmente podría conceptuarse como una consecuencia accesoria de la sujeción a proceso y no como pena, sanción o medida cautelar, pues su naturaleza y finalidad no responden a la de estos últimos conceptos”³¹.

En mayo de dos mil once, en la contradicción de tesis 6/2008-PL, realizó una interpretación sistemática de los artículos 1º, párrafos primeros y segundo, 20 Apartado B, fracción I, 35 fracción I y 38 constitucionales y los numerales 14 párrafo segundo, y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como una interpretación conforme del derecho a votar y la presunción de inocencia.

Explicó que entre la esfera de derechos fundamentales no existen contradicciones ni conflictos, sino que éstos deben ser analizados de una manera congruente mediante una interpretación armonizadora. Negó la existencia de conflictos de derechos fundamentales, pues éstos deben ser interpretados congruentemente.

Así, la SCJN determinó que el artículo 38, fracción II, de la Constitución **no puede entenderse como una prohibición absoluta y debe ser limitado e interpretado conforme el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar, que constituyen prerrogativas constitucionales en evolución.**

Concluyó que solo se puede suspender el derecho cuando la persona procesada está privada de su libertad, porque implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad; en dicho supuesto no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria ³².

³¹ Sentencia dictada por el Pleno de la SCJN en las Acciones de Inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009.

³² Criterio que se reflejó en la tesis P./J. 33/2011, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIV, septiembre de

En ese sentido, la SCJN en forma alguna desconoce el derecho a votar de las personas reclusas, sino que considera que en esa situación existe una imposibilidad material para que puedan ejercer ese derecho.

Importa precisar que el aludido criterio de la SCJN fue emitido antes de la publicación del decreto de reformas constitucionales en materia de derechos humanos, en el sentido de maximizar y garantizar los derechos humanos de las personas ³³.

Además, la aludida reforma constitucional en materia de derechos humanos se sumó al reconocimiento de la presunción de inocencia como principio esencial consagrado en la reforma penal del año dos mil ocho.

En efecto, el reformado artículo 1° de la Constitución establece en su párrafo segundo que, las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esa Ley Fundamental y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Al respecto, cabe señalar que la SCJN³⁴ determinó que todas las autoridades del país, distintas a las del Poder Judicial federal o local, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Tiene importancia lo expuesto al caso concreto, porque la línea jurisprudencial que ha establecido la SCJN a raíz de la reforma

2011, página 6, de rubro y texto. **“DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD.”.**

³³Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once. En el párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución estableció que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

³⁴ El catorce de julio de dos mil once, al resolver el denominado expediente Varios 912/2010, integrado con la finalidad de determinar cuáles eran las obligaciones concretas que corresponden al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas, establecidas en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*.

constitucional en materia de derechos humanos está encaminada a reforzar la protección de los derechos humanos de todas las personas evitando actos de discriminación.

En esa nueva línea de interpretación, posteriormente la SCJN, en la acción de inconstitucionalidad 38/2014 fallada el dos de octubre de dos mil catorce, se reiteró que el artículo 38, fracción II, no incluye a las personas que se encuentran en libertad material.

Es importante destacar que en este precedente se dio un segundo paso al realizar una interpretación progresiva, a partir de la cual determinó que sólo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar, cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada.

En efecto, explicó que las hipótesis normativas del numeral 38 obedecieron a un contexto histórico y social determinado durante la primera década del siglo XX, mismo que se encuentra diferenciado con las condiciones actuales del Estado Mexicano del siglo XXI, estableció que **no es posible leer, interpretar y aplicar la Constitución de la misma manera que se hacía en 1917 sino a partir de otros derechos que han evolucionado en ella, como el derecho al voto consagrado en el artículo 35, fracción I, constitucional.**

Tales 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 Humanos³⁵ y el numeral 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶, conforme

³⁵ "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.

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."

³⁶ "Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las 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;

con los cuales, la suspensión de derechos, entre otros, el de votar, no debe ser indebida.

Así, la SCJN determinó que una lectura actualizada de la Constitución, debe realizarla 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.** Concluyó que de una interpretación conforme se advierte que, la suspensión **del artículo 38, fracción II, de la Constitución no se justifica previo al dictado de una sentencia condenatoria.**

Los citados criterios se reiteraron en las acciones de inconstitucionalidad 88/2015 y sus acumuladas³⁷, 76/2016 y sus acumuladas³⁸, 61/2017 y acumuladas³⁹, así como 78/2017 y sus acumuladas⁴⁰, siempre bajo la premisa de que se interpretará de conformidad con la Constitución. De dicha línea jurisprudencial se advierten tres premisas principales en relación con el artículo 38, fracción II, constitucional:

- El derecho al voto activo de las personas sujetas a prisión preventiva. Se debe interpretar de manera evolutiva y conforme a los principios constitucionales de derecho al voto y presunción de inocencia.
- De acuerdo con tales principios, debe de interpretarse que sólo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar, cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada. Es decir, dicha suspensión no puede entenderse cuando no se cuenta con una sentencia ejecutoriada, como es el caso de personas en prisión preventiva.
- El hecho de que la persona esté privada de su libertad, implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho.

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."

³⁷ Dictada por el Pleno de la SCJN el diecisiete de septiembre de dos mil quince.

³⁸ Dictada por el Pleno de la SCJN el veintisiete de octubre de dos mil dieciséis.

³⁹ Dictada por el Pleno de la SCJN el veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete.

⁴⁰ Dictada por el Pleno de la SCJN el veintisiete de octubre de dos mil dieciséis.

En conclusión, **las personas en prisión preventiva, sí tienen el derecho a votar, aunque tienen una imposibilidad física para ejercer su derecho.**

No obstante, esa imposibilidad física podría ser superada con la interpretación evolutiva de un derecho, con enfoque de derechos humanos, es decir, si se reconoce la existencia del derecho, les corresponderá a los entes estatales implementar los mecanismos que sean necesarios para garantizar el derecho a votar.

-Marco normativo internacional.

iii) Convención americana. En el caso de los países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 23.2 de dicho instrumento dispone que los Estados pueden reglamentar mediante ley el ejercicio de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La ausencia de una mención específica de la sujeción simple al proceso penal, ha llevado a la Comisión Interamericana a establecer que **en el caso de las personas privadas de libertad bajo prisión preventiva el derecho al voto está garantizado por el propio artículo 23.2 de la Convención.**⁴¹ En ese sentido, ha señalado la obligación de los Estados signatarios de la Convención de garantizar el derecho al voto de las personas mantenidas en prisión preventiva⁴².

-Jurisprudencia internacional.

a) Venezuela. En el caso *López Mendoza vs. Venezuela* (2011) la Corte Interamericana sostuvo que el artículo 23.2 de la Convención señalaba

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2013, págs. 104 y 105.

⁴² "Con lo cual, de acuerdo con los artículos 23 de la Convención Americana y XX de la Declaración Americana, corresponde a los Estados adoptar las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para garantizar en la práctica que las personas mantenidas en prisión preventiva pueden ejercer su derecho al voto en condiciones de igualdad con el resto de la población electoral". *Ibidem*, parr. 276.

las causales por las que podían restringirse los derechos políticos previstos en el artículo 23.1 de la Convención. De tal suerte, en ese caso apreció la ilegitimidad de una restricción en tanto las sanciones no habían sido impuestas por juez competente ni en la forma de condena o en proceso penal.⁴³

A partir del caso Neira Alegría y otros, estableció que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”.⁴⁴

b) ONU. En la observación número 25, párrafo 14 del Comité de Derechos Humanos, se previó que a las personas a las que se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas, no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.

i) Estados Unidos. En el caso de Estados Unidos, las personas en prisión preventiva u otra forma de detención sin sentencia ejecutoria (*pretrial detention*) tienen legalmente el derecho al voto, **aunque se den dificultades prácticas para su ejercicio**. Ello se ha reflejado en el caso *Coosby vs. Osser* donde se estudió la inconstitucionalidad de una norma que no permitía a los detenidos salir a votar ni les proporcionaba papeletas para hacerlo de forma remota.

En el caso *O'Brien vs. Skinner*⁴⁵ la Suprema Corte de Estados Unidos sostuvo que es inconstitucional realizar una interpretación de los “votos a distancia” *absentee ballots* para limitar el derecho de las personas detenidas sin sentencia definitiva a votar de forma remota, determinó que ello implicaría una distinción arbitraria entre votantes iguales y dejó claro **que el derecho**

⁴³ Caso López Mendoza vs. Venezuela (párr. 107).

⁴⁴ Corte I.D.H, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60. Este criterio fundamental ha sido reiterado consistentemente por la Corte Interamericana, tanto en sus sentencias, como en sus resoluciones de medidas provisionales; con respecto a estas últimas a partir de su resolución de otorgamiento de las medidas provisionales de la Cárcel de Urso Branco, Brasil, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Considerando 8.

⁴⁵ Véase Pittman, Jared, et al, “The rights of pretrial detainees”, en AA.VV., *A Jailhouse Lawyer's Manual*, 11 ed., Nueva York, 2017, p.

al voto es existente si no se ha dictado sentencia firme a pesar de las problemáticas prácticas y deficiencias de los modelos estatales para efectivizarlo mediante diversos mecanismos como los “votos a distancia”.

ii) Ecuador. En el caso de Ecuador, el artículo 62 de su Constitución reconoce expresamente⁴⁶ el derecho de voto a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria. Desde entonces, se garantiza el sufragio a los votantes en prisión preventiva a partir de las elecciones de 2009 y 2013.

iii) Costa Rica. En el caso de Costa Rica, el artículo 30 del Código Electoral establece la instalación de juntas receptoras de votos para permitir el sufragio de los privados de libertad, con lo cual se garantiza el derecho del sufragio a las personas privadas de libertad.

iv) Colombia. Algo similar ocurre en Colombia en donde las personas detenidas (que no hayan recibido sentencia firme) pueden ejercer su derecho a sufragar si reúnen el resto de las condiciones exigidas por ley. Lo anterior fue objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia número T-324/94 de la Corte Constitucional Colombiana⁴⁷.

En otros países, no parece haber una tendencia a prohibir el sufragio activo de personas privadas de libertad sin sentencia firme por juez competente. Así, **los ejemplos de prohibición se constriñen mayormente a personas sentenciadas de forma definitiva y en casos de prisión preventiva o situaciones análogas (*pretrial detention*)**, se ha privilegiado el derecho de voto mediante distintos mecanismos.

B. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD

Tomando en cuenta los estándares de interpretación realizados por la Sala Superior, la SCJN y tribunales internacionales en relación con el contenido del artículo 38, fracción II constitucional; este Tribunal realizará

⁴⁶ “Art. 62.- Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones: 1. El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. **Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada.**”

⁴⁷ La Corte Constitucional sostuvo que “Los detenidos que aún no han sido condenados, son beneficiarios de la presunción de inocencia y, por lo tanto, para efectos políticos deben ser considerados como ciudadanos titulares de plenos derechos, que merecen un trato preferencial por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad”.

el estudio del caso concreto de conformidad con el principio de progresividad y no regresividad.

La SCJN ha establecido que el principio de progresividad,⁴⁸ previsto en el artículo primero constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México, **ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.**

En sentido positivo, la progresividad impone la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para quienes la aplican, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad.

Así, la interpretación de esta Sala debe ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, **de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.**

Por tanto, de una interpretación directa, progresiva y acorde al parámetro de regularidad constitucional, debe de interpretarse que sólo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar, cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada y, finalmente, la suspensión del derecho al voto opera cuando la persona esté privada de su libertad, porque ello **implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho.**

De acuerdo con el principio de no regresividad, de la interpretación realizada existe una **circunstancia fáctica** que impide tal derecho. Dicho de otro modo, **la circunstancia jurídica que ya ha sido interpretada de**

⁴⁸ Ver jurisprudencia de rubro "**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.**" Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia (Constitucional), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 47, octubre de 2017, Tomo I, p. 189, número de registro 2015305.

una manera amplia requiere de medidas fácticas, que no sean regresivas, sino que sean progresivas de manera activa en el sentido de posibilitar el ejercicio del derecho a votar.

C. OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL DERECHO AL VOTO

Como se adelantó, **jurídicamente**, la emisión de un auto de formal prisión o vinculación a proceso no involucra necesariamente la privación de la libertad del respectivo procesado, por lo que sólo tiene sentido reconocerse como un impedimento al ejercicio del voto cuando exista realmente un **obstáculo material** que evite a la persona procesada poder acudir a votar, como es estar efectivamente privado de su libertad.

Así, podemos entender **dos conclusiones**, primero, que las personas en prisión preventiva sí tienen derecho a votar y, segundo, para que ello suceda es necesario eliminar obstáculos a partir de medidas que hagan posible ese derecho.

1) Jurídicamente, las personas en prisión preventiva sí tienen el derecho a votar

Como se destacó, **1.1** El voto activo es un elemento de socialización y **1.2** no existe razonabilidad en la suspensión del voto a las personas en prisión preventiva **1.3** exigencia de una interpretación evolutiva y conforme a los tratados internacionales (jurisprudencia nacional), **1.4** a nivel internacional no solo se reconoce ese derecho, sino que incluso se otorga a las personas sentenciadas, **1.5** las personas privadas de su libertad como grupo en situación de vulnerabilidad, **1.6** el derecho de votar de las personas privadas de su libertad no puede negarse de manera generalizada.

1.1 El voto activo es un elemento de socialización

Como se adelantó, la importancia de que una persona se encuentre sujeta a un proceso penal y que circunstancialmente esta privada de su libertad, no le impide conservar con su ciudadanía ni ejercer su derecho.

Ese voto activo representa el ejercicio primigenio de la expresión ciudadana que permite elegir y legitimar a quienes pretenda sean sus representantes en los diferentes cargos de elección popular, y así, exigir la tutela y respeto de sus otros derechos fundamentales.

Tener credencial para votar no implica solo portar dicho documento o utilizarlo para hacer valer derechos político-electorales, sino que en México constituye un documento que acredita tu personalidad, es el principal documento por el cual se garantiza el derecho a la identidad social pues contiene referencias que definen a la persona, como el nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad, dirección, huella, firma y fotografía.

Estas referencias constituyen una imagen y una identidad conformada por atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única dentro de un grupo social. Pero, sobre todo, dicha credencial, hace que la persona sea sujeta de derechos porque se solicita para realizar trámites de protección del ejercicio de derechos fundamentales, es un documento identificativo necesario para acreditar la identidad en una multitud de procesos.

En primer término, constituye un requisito indispensable para el ejercicio del trascendente derecho al sufragio, pero su finalidad no es únicamente electoral, sino que es necesaria para la celebración válida de diversos actos jurídicos como el otorgamiento de mandatos o poder de representación para la realización de trámites administrativos, es la vía de acceso para acreditar la personalidad misma de un individuo a lo largo de sus interacciones con el Estado y los particulares.

El derecho a una credencial da identidad y facultad de ejercer derechos. Por su parte, tutelar el derecho al voto de las personas en prisión preventiva al carecer de una sentencia ejecutoriada, significa maximizar la visión externa de dichas personas, que pertenecen a un grupo vulnerable por tener la condición de estar privadas de la libertad.

De ahí que, tal como ha desarrollado la jurisprudencia, las personas en prisión preventiva sí tienen el derecho a votar.

Su voto activo es la herramienta que les da voz y constituye una medida de inclusión, contribuyendo a una democracia que no discrimina, sino que abona al reconocimiento de los derechos humanos de su ciudadanía.

1.2 No existe razonabilidad en la suspensión del voto a las personas en prisión preventiva

De acuerdo con lo narrado, es criterio de esta Sala Superior que se deben eliminar los obstáculos para el ejercicio del derecho a votar, porque las personas sujetas a proceso penal, sin ser condenadas, gozan del derecho de presunción de inocencia, por lo que se determinó que deben continuar en el uso y goce de todos sus derechos.

Así, también la SCJN determinó que el artículo 38, fracción II, no puede entenderse como una prohibición absoluta y debe ser limitado e interpretado conforme el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar, que constituyen prerrogativas constitucionales en evolución.

1.3 Exigencia de una interpretación evolutiva y conforme a los tratados internacionales

Como se explicó, de la jurisprudencia nacional e internacional se advierte que la suspensión del artículo 38, fracción II, constitucional, debe entenderse de manera evolutiva y no puede entenderse cuando no se cuenta con una sentencia ejecutoriada, como es el caso de personas en prisión preventiva, de manera que las personas que están en esta condición sí tienen derecho a votar.

Sin embargo, el hecho de que la persona esté privada de su libertad, implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho. Ante el reconocimiento del derecho existe una obligación de hacer.

A partir de una interpretación evolutiva y conforme los criterios antes reseñados la suspensión de derechos no puede entenderse cuando no se cuenta con una sentencia ejecutoriada, como es el caso de personas en prisión preventiva.

El hecho de que la persona esté privada de su libertad, implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, de manera que sí tienen el derecho a votar, aunque tienen obstáculos físicos para ejercer su derecho.

1.4 A nivel internacional no sólo se reconoce ese derecho, sino que incluso se reconoce a los sentenciados

En los criterios internacionales se reconoce ese derecho e incluso el derecho a que las personas sentenciadas voten. Existen diversos ejemplos en el derecho comparado que incluso permiten que personas que ya fueron condenadas puedan votar⁴⁹.

a) Estados Unidos. A partir de *Richardson vs. Ramírez*⁵⁰, la Suprema Corte de Estados Unidos ha sostenido la constitucionalidad de algunas leyes de diversos Estados de prohibir el voto a quienes hubieran cumplido una pena privativa de libertad.

b) Canadá. En el caso canadiense, la *Election Act* (S.C. 2000, C. 9) establecía la pérdida del derecho de sufragio a quienes cumplan penas privativas de libertad mayores a dos años. Sin embargo, en el caso *Sauvé vs Canadá* (2002 SCC 68), la Suprema Corte de Canadá declaró inválido tal artículo por contraponerse al derecho del sufragio previsto en la sección III del *Charter of Rights and Freedom*⁵¹.

c) Francia. Para el caso francés, se ha determinado que puede imponerse penas complementarias que impliquen la suspensión del derecho del voto. En el caso italiano, se limita el derecho de sufragio pasivo a personas que hayan sido condenadas por delitos como corrupción o malversación de fondos públicos. Alemania, igualmente, contempla la posibilidad de imponer

⁴⁹ Véase el análisis de Murray, C.r.g., "A perfect storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement", *Parliamentary Affairs*, vol. 66, núm. 3, Julio de 2013, págs. 511-539.

⁵⁰ *Richardson vs Ramírez* 418. U.S. 24

⁵¹ La Suprema Corte canadiense determinó que la medida no superaba un test de proporcionalidad. Así, se afirmó: "*Section 51(e) does not meet the proportionality test. In particular, the government fails to establish a rational connection between s. 51(e)'s denial of the right to vote and its stated objectives*".

como pena la pérdida del derecho de sufragio mediante resolución judicial⁵².

d) Reino Unido. Ahí se contempla la pérdida del derecho de sufragio a todos aquellos que se encuentren compurgando una pena privativa de libertad (ello recibe el nombre de “felon disenfranchisement” previsto en la Representation of the People Act desde 1983⁵³). Esta práctica fue declarada incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirst vs. Reino Unido*⁵⁴.

e) Sudáfrica. La Corte Constitucional sudafricana se enfrentó en el caso *August vs. Electoral Commission* a la falta de instalaciones y procedimientos para el voto de personas internadas en centros de detención a pesar de que la ley, en aquel momento, no les privaba del derecho al voto. Sostuvo que las personas internas en dichos centros habían sido privadas ilícitamente de su derecho al voto; por tanto, en *August*⁵⁵ la Corte Constitucional ordenó garantizar el derecho al voto de los prisioneros ante la falta de prohibición por ley.⁵⁶

f) España. No establece suspensión de derechos políticos por la mayoría de los delitos, por lo que la población penitenciaria puede votar por correo como los ciudadanos que se encuentran ausentes.

En todos los anteriores países se ha argumentado que incluso las personas que están privadas de su libertad con sentencia condenatoria tienen derecho a votar.

Con mayoría de razón, las personas que aún no están condenadas, sino que están en prisión preventiva protegidas por el derecho de presunción de inocencia, tienen derecho a votar.

2) Es necesario eliminar obstáculos e implementar medidas que

⁵² Para un resumen del abanico de derecho comparado, véase Salazar Benítez, Octavio, *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, Comares, Granada, 1999, p. 211 y 212.

⁵³ Díaz Crego, María, *Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros*, Reus, Madrid, 2009, p. 58.

⁵⁴ *Hirst vs. United Kingdom* (núm. 2) app. núm. 74025/01, ECHR, 6 de octubre de 2005.

⁵⁵ Plaxton, Michael y Lardy, Heather, “Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28:1, p. 114.

⁵⁶ Con posterioridad a esta determinación, Sudáfrica restringió por ley el derecho de voto de las personas compurgando penas privativas de libertad sin opción a fianza. Esta restricción fue sometida a escrutinio constitucional en *Minister for Home Affairs vs. Nicro* (National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders).

En *Minister for Home Affairs vs. Nicro* se estableció la inconstitucionalidad de dicha medida ante la endeble argumentación gubernamental que no logró proporcionar una razón convincente que justificara la restricción en torno a la idea de deberes civiles. Véase Behan, Cormac, *Prisoners, politics and the vote*, Manchester/Nueva York, Manchester University Press, págs. 32 y 33.

hagan posible ese derecho.

En algunos casos, las personas que sí tienen el derecho a votar porque no han sido sentenciadas, sino que tienen la presunción de inocencia, se encuentran en condiciones que materialmente les impiden votar.

Esta Sala Superior estima que en términos del artículo 1 constitucional, ante el derecho al voto, las autoridades tienen las obligaciones **de promover, respetar, proteger y garantizar ese derecho.**

Específicamente en relación con las obligaciones marcadas por el artículo 1 de la Constitución, en diferente grado de acuerdo con su naturaleza, los derechos requieren la no intervención del Estado (respetar), el reconocimiento del derecho (promoción), la protección del Estado frente a terceros para que los individuos puedan ejercer el derecho (protección) y que el Estado genere una serie de actos ya sean normativos o fácticos (garantía) que en mayor o menor medida implican **medidas de acción.**

Así, en cuanto al derecho electoral, Alexy ejemplificaría que la obligación negativa de respetar se vulneraría, por ejemplo, si las mesas de votación se ubicaran en un lugar de difícil acceso o se excluye la posibilidad del voto por correspondencia (obstaculizar).⁵⁷

Esta obligación está intrínsecamente ligada con la obligación de proteger, que implica tomar medidas para impedir que otros agentes o sujetos vulneren los derechos fundamentales de las personas, lo cual comprende desde medidas preventivas hasta creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa.

Ejemplos de la obligación de proteger se observan en la normatividad sustantiva y adjetiva en materia electoral que permite a la ciudadanía

⁵⁷ "Así, por ejemplo, la presentación de una demanda se obstaculiza cuando se liga a tasas muy elevadas y, el acto electoral, cuando las mesas de votación se ubican de tal manera que son difícilmente accesibles desde determinados barrios y se excluye la posibilidad del voto por correspondencia" ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2da ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012, pp. 167 y 165-170

exigir su voto libre e informado, así como las sanciones fijadas para casos en que se intente vulnerar tal derecho.

Por su parte, **la obligación de garantizar**, que implica acciones positivas por parte del Estado (tanto fácticas como normativas), conlleva el deber de asegurar a todo individuo el ejercicio libre y efectivo de sus derechos humanos. Respecto a esta obligación de garantizar derechos humanos, la SCJN ha establecido que:

“para proteger cualquiera de esos derechos no sólo se requieren abstenciones, sino, en todos los casos, es precisa la provisión de garantías normativas y de garantías institucionales como la existencia de órganos legislativos que dicten normas y de órganos aplicativos e instituciones que aseguren su vigencia, lo que implica, en definitiva, la provisión de recursos económicos por parte del Estado y de la sociedad.”⁵⁸

Así, el **Estado debe cumplir las obligaciones y ejercer las acciones que se requieran para garantizar el ejercicio del derecho**, por ejemplo, la organización del aparato y estructuras gubernamentales⁵⁹ para que todos los sujetos de derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos, y políticas públicas, entendidas como el conjunto de decisiones y acciones estratégicamente realizadas para solucionar problemas⁶⁰ o deficiencias pública⁶¹ mediante acciones orientadas a obtener el mayor bienestar posible y de la forma más eficiente.⁶²

Guastini sostiene que no es lo mismo atribuir un derecho que garantizarlo, para atribuirlo basta con que una norma lo haga, **para garantizarlo no es suficiente proclamarlo sino que es necesario disponer de mecanismos adecuados para ello.**⁶³

⁵⁸ AR 750/2015. Resuelto por unanimidad de votos en sesión de 20 de abril de 2016.

⁵⁹ CDHDF, Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos: *La CDHDF en el contexto de la protección de los derechos humanos en México*, 1a. edición, México, 2011, págs. 9-10

⁶⁰ ASTORGA AGUILAR, ¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?, en Contribuciones a las Ciencias Sociales. Septiembre, 2009. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm

⁶¹ LAHERA, Eugenio. *Introducción a las políticas públicas*. En Guía Metodológica para la formulación de políticas públicas regionales. División de Políticas y Estudios. Chile, 2008. pág.10.

⁶² VÁZQUEZ, Luis Daniel y DELAPLACE, Domitille, “Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción” en *SUR revista internacional de derechos humanos*, vol. 8, núm. 14, junio 2011, pág.36.

⁶³ GUASTINI, Riccardo. Op cit. pp.220

Para hacer tangible la justicia constitucional, no basta con atribuir o proclamar un derecho, sino que hay que garantizarlo con medidas que permitan su realización y con procedimientos que permitan su exigibilidad de manera eficaz.

La obligación de garantizar implica que el Estado debe tomar todas las “medidas necesarias” para procurar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan disfrutar efectivamente de sus derechos.⁶⁴ Más aún en un caso como en el presente, en el que las personas detenidas son vulnerables al potencial abuso de sus derechos, o se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad ante la frecuente falta de políticas públicas y condiciones de violación sistemática de sus derechos humanos.⁶⁵

La Corte Interamericana ha establecido que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

Tal es el caso de las personas privadas de libertad, las cuales, mientras dure el periodo de su detención están sujetas al control efectivo del Estado, quien es garante de los derechos de las personas en prisión y, por tanto, de garantizar el ejercicio de sus derechos.⁶⁶

1.5 Las personas privadas de su libertad como grupo en situación de vulnerabilidad

⁶⁴ 6 Corte I.D.H., Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34.

⁶⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. INFORME SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS. Consultable en <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

⁶⁶ Corte I.D.H., Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60. Este criterio fundamental ha sido reiterado consistentemente por la Corte Interamericana, tanto en sus sentencias, como en sus resoluciones de medidas provisionales; con respecto a estas últimas a partir de su resolución de otorgamiento de las medidas provisionales de la Cárcel de Urso Branco, Brasil, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Considerando 8.

SUP-JDC-352/2018 Y ACUMULADO

Las personas privadas de libertad que no cuentan con una sentencia firme que haya destruido su presunción de inocencia no pueden ser privadas de su derecho de votar.

Desde la perspectiva de un modelo de igualdad sustantiva⁶⁷ y estructural, en contraste con los modelos de igualdad formal, es menester considerar como relevante la situación de las personas en su individualidad y en su condición de integrantes de un grupo sistemáticamente excluido y mermado en el goce de sus derechos⁶⁸.

Las personas privadas de su libertad que no cuentan con una sentencia firme que haya destruido su presunción de inocencia, en algunos casos, como el presente, forman parte de la población carcelaria.

En una publicación reciente, Miguel Sarre⁶⁹ abordó el tema de las diferencias entre la población carcelaria que se encuentra en prisión a partir del cumplimiento de una pena derivada de una sentencia condenatoria y las personas que se encuentran en prisión como consecuencia de una medida cautelar, como la prisión preventiva, es decir, sin una sentencia condenatoria.

Sarre explica que las personas en prisión preventiva y quienes cumplen una pena de prisión se encuentran en situaciones distintas por su causa y denominación, pero similares en la aflicción y vulnerabilidad en que se ubica a toda persona en prisión. Finalmente, el resultado de la situación de prisión tiene la misma naturaleza fáctica en cuanto constituye una privación coactiva de la libertad.

Para Sarre, la situación de las personas sin sentencia podría ser considerada aún peor si se toma en cuenta que están siendo castigadas en los hechos cuando en la teoría no son culpables.

⁶⁷ Véase, tesis de rubro: "DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO".

⁶⁸ Saba, Roberto, "(Des)igualdad estructural", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, 2007, pp. 167 y ss.

⁶⁹ Sarre, M. y Manrique, G., *Manual de la ley nacional de ejecución penal*, México, Tirant lo Blanch, en prensa.

En el caso que se analiza, existe otra particularidad: las personas que acudieron al juicio ciudadano se autoadscriben como indígenas tsotsiles. Es decir, la situación de vulnerabilidad se agudiza en tanto pertenecen a un grupo históricamente discriminado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) v. Chile*, consideró que en tanto el ejercicio efectivo de los derechos políticos es un fin en sí mismo y es un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos.

La imposición de penas accesorias en las que se afecta el derecho al sufragio, la participación en la dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas es una situación contraria al principio de proporcionalidad de las penas y constituye una afectación gravísima a los derechos políticos de las personas indígenas, sobre todo cuando se trata de líderes tribales⁷⁰.

En este caso, la Corte Interamericana resaltó que la imposición de penas accesorias impidió la participación en las funciones públicas que por su propia naturaleza buscan promover, coordinar y ejecutar acciones de desarrollo y protección de las comunidades indígenas, lo cual implicó una violación directa a los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷¹.

Además, la Corte Interamericana ha dicho que los Estados deben considerar las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

Esto, pues la duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a las y los miembros de pueblos indígenas por

⁷⁰ CoIDH, *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 383.

⁷¹ Ibid, párr. 384.

sus características económicas, sociales y culturales, que puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad⁷².

Por tanto, en el caso se deben dictar las medidas pertinentes que garanticen su derecho de votar, máxime cuando de manera sistemática se le ha negado su derecho al voto activo.

1.6 El derecho de votar de las personas privadas de su libertad no puede negarse de manera generalizada.

La función primordial de este Tribunal Electoral es garantizar los derechos político-electorales de las personas con base en una interpretación constitucional, dando certeza del ejercicio de los derechos y, por mandato del artículo 1° constitucional, realizar una interpretación progresiva de dichos derechos.

Al respecto, cabe precisar que las personas privadas de su libertad se colocan como un grupo en situación de vulnerabilidad y desventaja, cuya construcción proviene, desde su origen, de la estigmatización de la población carcelaria en general. Estigmas que provocan una desaprobación generalizada desde “la normalidad”⁷³.

En efecto, el estigma se sintetiza en considerar que las personas privadas de su libertad no son “normales” y son elementos indeseables para la sociedad.

Según Goffman, estos estigmas transforman a las personas en seres inferiores, malvados, peligrosos, o simplemente desviados⁷⁴. El estigma nos lleva a definirlos a partir de sus rasgos de distorsión, así como a

⁷² Ibid, párr. 357

⁷³ Sobre la situación de las personas privadas de su libertad como grupo en situación de vulnerabilidad, véase Archundia, Eric, “Alcances del derecho a la igualdad en el sistema penitenciario”, manuscrito en poder del autor, s.a.e.

⁷⁴ Por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 29/2007, analizó el origen de la suspensión de los derechos políticos con motivo de un auto de formal prisión, en ese sentido, consideró que la justificación para que su ejercicio pueda ser restringido, obedece al comportamiento conforme a la ley, es decir, al “modo honesto de vivir”, por lo que estimó que si ello no ocurre en la forma debida, era correcto que se decretará su restricción.

anular el resto de sus atributos⁷⁵.

Las personas privadas de su libertad se encuentran en un régimen en el que generalmente son desprovistas de bienes y relaciones sociales causadas por el encierro y la separación social⁷⁶, tales como hacinamiento, falta de higiene y, en general, poco acceso a la salud⁷⁷.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017, ha documentado la situación actual de las personas privadas de su libertad en México y de los centros penitenciarios en los que pueden encontrarse, desde centros locales, federales, militares e incluso municipales.

De acuerdo con sus resultados, únicamente dos entidades federativas se encuentran en el rango de 8 a 10 en una escala de medición del 1 al 10. Al menos un tercio de las entidades federativas están calificadas, en la misma escala, en menos de 6.

El propio informe anual de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha documentado que los rubros más complejos de cumplir implican cuestiones como:

- a)** deficiente separación entre hombres y mujeres;
- b)** insuficiencia de programa para la prevención y atención de incidentes violentos;
- c)** deficiencias en los servicios de salud;
- d)** insuficiencia en las vías para la remisión de quejas de probables violaciones a derechos humanos,
- e)** insuficiencia o inexistencia de instalaciones necesarias para el funcionamiento de los centros;

⁷⁵ Goffman, E, *Estigma: la identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.

⁷⁶ Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2009.

⁷⁷ CNDH, Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria, México, 2017.

- f)** deficientes condiciones de higiene para las personas;
- g)** deficiencias en alimentación;
- h)** insuficiencia de personal de seguridad;
- i)** presencia de actividades ilícitas;
- j)** deficiente separación entre personas procesadas y sentenciadas;
- k)** insuficiencia o inexistencia de actividades laborales y capacitación;
- l)** insuficiencia o inexistencia de actividades educativas;
- m)** insuficiencia en los programas para la prevención de adicciones y desintoxicación voluntaria, y
- n)** deficiencia en la atención a mujeres y personas menores de edad que vivan con ellas⁷⁸.

Esto, desde una perspectiva sustantiva y estructural de la igualdad, permite concluir que las personas privadas de su libertad deben ser tratadas como un grupo en situación de vulnerabilidad. Por ello, la operación cotidiana de nuestro sistema jurídico ha permitido que su acceso a los procesos de participación política se haya visto históricamente mermado. En consecuencia, las medidas que pudieran restringir sus derechos deben ser revisadas por un escrutinio judicial estricto.

Ahora bien, tradicionalmente se ha considerado que cualquier persona privada de su libertad por una sentencia definitiva dictada por un tribunal competente conlleva por ese sólo hecho la suspensión de sus derechos políticos, lo anterior con base en lo establecido en el artículo 38, fracciones III y VI de la Constitución federal, que establecen la suspensión de derechos políticos durante la extinción de una pena

⁷⁸ CNDH, Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria, México, pp. 52-53.

corporal y por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión, lo cual ha sido convalidado por los órganos jurisdiccionales al considerar que al estar privado de su libertad implica una imposibilidad física para ejercer el derecho a ser votado⁷⁹.

Sin embargo, resulta necesario una reinterpretación de los supuestos de suspensión de derechos políticos, a efecto de no afectar de manera desproporcional a las personas privadas de su libertad de manera preventiva, pues se estima que no resulta conforme a derecho el que de manera generalizada e injustificada se suspenda *per se* sus derechos políticos, pues de lo contrario se estaría realizando una discriminación injustificada a dichas personas.

La jurisprudencia comparada, especialmente la de la Suprema Corte de Estados Unidos, ha considerado que cualquier forma de discriminación que pueda afectar la participación de las personas en los asuntos públicos o en la selección de sus representantes populares resta legitimidad al gobierno representativo⁸⁰.

Según la Suprema Corte de Estados Unidos, ningún derecho es más precioso en un país libre y democrático que el hecho de tener una voz valiosa en una elección en la que habrá de definirse quienes dirigirán la política pública y la creación de leyes bajo las cuales vive una sociedad.

Todos los derechos, incluso los más básicos, son ilusorios si el derecho al voto no se encuentra garantizado⁸¹.

Por esta razón, aquellas normas que limitan las posibilidades del sufragio deben analizarse, necesariamente, bajo el tamiz del escrutinio estricto de constitucionalidad.

⁷⁹ Al respecto, véase la jurisprudencia por contradicción de tesis P.J. 33/2011, cuyo rubro es DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD. La cual puede ser consultada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIV, septiembre de 2011, página 6.

⁸⁰ *Kramer v. Union Free School Dist.*, 395 U.S. at 626.

⁸¹ *Weber v. Sanders*, 376 U.S. 1, 17 (1964).

La idea de igualdad es insostenible cuando las personas son excluidas de la elección de su propia forma de vida. Filósofos como John Rawls consideran que la forma de gobierno democrática supone la idea de que todas las personas tienen la capacidad para juzgar, de manera razonable, las circunstancias como buenas o malas, justas o injustas.

Quitar voz a un sector de la sociedad implica asumir una postura desde la cual se considera que no tienen nada que aportar, que no son iguales en dignidad o suficientemente aptas para tomar decisiones que les afectan.

En este orden de ideas, una restricción al voto para las personas privadas de su libertad de manera preventiva no puede ser sino desproporcionada. Desde una concepción deliberativa de la democracia, quitarle voz y expresión a un grupo, en especial marginación social, solo implica empobrecer una discusión pública en la cual todas las personas tienen derecho a participar.

A esto se suma el hecho de que a través del voto puede determinarse un cambio en las autoridades que toman decisiones, lo que puede beneficiar eventualmente a las personas que están privadas de su libertad de manera preventiva.

Quitarle voz a la población carcelaria que se encuentra ahí por una medida cautelar, implica generalizar el trato de suspensión de derechos que la Constitución prevé para las personas que han sido condenadas por una sentencia emitida por un tribunal competente.

Además de esta consideración, la negación de su derecho a votar implica silenciar la voz de una población afectada directamente por las ramas representativas del Estado. Sería, en todo caso, tratarles como ciudadanos y ciudadanas de segunda que no merecen un trato relevante en términos constitucionales.

Los Poderes Legislativo y Ejecutivo son, esencialmente, los que tienen a

su cargo la labor del diseño de leyes y la política pública que le afecta a la población carcelaria.

Desde el ejecutivo se designa a quienes habrán de dirigir las instituciones de reinserción social. Desde el Legislativo se tipifican las conductas que merecen sanción penal, se diseñan leyes de ejecución penal y se materializan obligaciones para las autoridades.

Ello supone la posibilidad de que las personas privadas de su libertad de manera preventiva vean afectada su propia vida por decisiones de ambos poderes, cuando a pesar de ser las directamente afectadas, no fueron escuchadas.

Por estas razones, cuando se trata de los derechos políticos de las personas privadas de su libertad de manera preventiva, surge una obligación reforzada para hacer asequible a su situación el goce y disfrute de sus derechos políticos. En especial, considerando la situación de vulnerabilidad y carencias que viven debido al encierro.

En efecto, la separación del resto de la población no debe, en forma alguna, suponer un aislamiento social que implica no tener acceso a los medios de comunicación, la información de relevancia pública y a las campañas electorales para que estén en condiciones de conocer las plataformas políticas presentes en el espectro electoral.

Por estas razones, cabe cuestionar desde un inicio si realmente existe una justificación con asidero constitucional y lo suficientemente robusta para limitar los derechos políticos de una persona desde el primer momento en que pisa un centro penitenciario.

Eliminar a una persona de la toma de decisiones del Estado, ya sea como pena o como medida cautelar, implica una sanción de facto que debería, al menos, ser impuesta a partir de un análisis minucioso de razonabilidad. De lo contrario, podríamos estar ante una sanción desproporcionada y sobreinclusiva.

En efecto, votar es una forma de expresión de las personas por medio de la que deciden qué opción política será la encargada de salvaguardar, y

de qué manera, sus libertades e intereses. De ahí la importancia de la participación de este grupo de población.

Así, **ante el reconocimiento del derecho al voto de las personas en prisión preventiva**, se implementará la primera etapa de prueba que permita garantizar ese derecho antes de las elecciones del año dos mil veinticuatro.

D. DECISIÓN Y EFECTOS

En atención a lo expuesto y al haber resultado fundados los conceptos de agravio de los actores, se concluye que **las personas en prisión que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar**, porque se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia.

1.- El INE implementará una primera etapa de prueba para garantizar el voto activo de los presos no sentenciados.

De manera paulatina y progresiva, **el INE implementará un programa**, antes del año dos mil veinticuatro, a fin de garantizar el derecho a votar de las personas en prisión preventiva.

El mencionado programa será desarrollado por la autoridad electoral federal **en plenitud de atribuciones**, con la finalidad que en el año dos mil veinticuatro las personas en prisión preventiva puedan ejercer su derecho al voto activo.

Justificación

El artículo 41, párrafo segundo, de la Constitución confiere al INE la importante misión de organizar elecciones para renovar los poderes ejecutivo y legislativo, caso en el cual, éstas deben ser libres, auténticas y periódicas.

El CG del INE tiene atribuciones para implementar todas aquellas acciones que se requieran para la organización de las elecciones tanto federales como locales, en términos de su facultad reglamentaria, la cual se materializa con la emisión de reglamentos, acuerdos y lineamientos

de carácter general.

Conforme a lo expuesto, se advierte que el INE tiene atribuciones de organización y preparación de las elecciones, por lo que **si en el caso concreto se ha determinado que las personas en prisión preventiva tienen derecho a votar, esta Sala Superior arriba a la conclusión que corresponde a esa autoridad electoral implementar el ejercicio de ese derecho**, porque se trata de una facultad implícita derivada de otra explícita, relacionada con el fin constitucionalmente conferido al INE como el organismo público autónomo encargado de la organización electoral.⁸²

En el ejercicio de esa atribución tomará en consideración lo previsto en el artículo 1º de nuestra Constitución, en el que se prevé que **todas las autoridades**, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En el caso concreto, el INE implementará la primera etapa de prueba para el ejercicio de voto activo de las personas sujetas a proceso penal, privadas de su libertad, estableciendo el **cómo, cuándo y dónde se ejercerá el aludido derecho a votar**, con la finalidad que ese derecho se garantice en las elecciones de dos mil veinticuatro.⁸³

2.- Proceso electoral en el que se aplicará. Los actores pretendían que se les permitiera votar en la elección presidencial de dos mil dieciocho, sin embargo, este órgano jurisdiccional considera que, dado que dicha jornada electoral ya se celebró y dada la complejidad en la

⁸² Criterio sostenido en la tesis jurisprudencial 16/2010, de rubro **"FACULTADES EXPLÍCITAS E IMPLÍCITAS DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL. SU EJERCICIO DEBE SER CONGRUENTE CON SUS FINES"**. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 3, Número 6, 2010, páginas 26 y 27.

⁸³ Cabe mencionar, que los efectos determinados por esta Sala Superior, encaminados a que el INE implemente un programa para que las personas en prisión preventiva puedan votar, son acordes con lo establecido por la segunda sala de la SCJN, al dictar sentencia en el juicio de amparo directo 9/2018 el cinco de diciembre de dos mil dieciocho, relacionado con el reconocimiento del derecho de las trabajadoras domésticas a la seguridad social. En la aludida sentencia, la SCJN concedió el amparo solicitado y ordenó al IMSS la implementación de un "programa piloto" para diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar.

implementación, se considera que el INE implementará un programa en un plazo razonable, de tal manera que el derecho de las personas en prisión preventiva se garantice para las elecciones del año dos mil veinticuatro.

El INE identificará si el ejercicio del derecho al voto se aplicará solamente a la elección presidencial o a otras elecciones, según las necesidades y posibilidades administrativas y financieras.

3.- Mecanismo y ámbito de aplicación para la implementación del voto. Respecto al mecanismo para la implementación del voto de las personas sujetas a proceso penal con privación de la libertad, **el INE quedará en plena libertad de atribuciones para fijarlo**, en el entendido que como se ha expuesto, cuenta con los órganos capacitados y competentes para organizar los procesos electorales, así como el diseño de la captación del voto para casos extraordinarios.

Dentro de los mecanismos para la implementación del voto de las personas en prisión preventiva, el INE podrá valorar diversos sistemas conforme a los estudios y diagnósticos que realice, entre los que podrá **considerar el voto por correspondencia**.

El INE implementará esa primera etapa de prueba, tomando en consideración una **muestra representativa** de las personas en prisión **que abarque todas las circunscripciones** y diversos distritos electorales.

Para el desarrollo de la primera etapa que se ha mencionado, **el INE tomará en cuenta varios reclusorios, en distintas entidades federativas**, que abarquen una parte representativa en cada una de las circunscripciones electorales.

Además, el INE desarrollará el programa tanto en **centros de reclusión femeniles y varoniles**, con perspectiva de género e interculturalidad.

Lo anterior, con la finalidad de que la primera etapa de prueba implique una muestra representativa, plural y heterogénea, de tal manera que la

autoridad electoral tenga posibilidad de valorar la diversidad de contextos que imperan en cada centro de reclusión.

Para el desarrollo del mecanismo de votación de las personas en reclusión, el INE se coordinará con las autoridades penitenciarias y jurisdiccionales que corresponda, conforme a lo que señala en el siguiente apartado.

4.- Colaboración con otras autoridades competentes. El INE se coordinará con las autoridades penitenciarias competentes o con aquellas que considere oportuno, para la implementación de la primera etapa de prueba para garantizar el voto, para lo cual deberá atender a la normativa aplicable al momento de la ejecución de las actuaciones.

El INE podrá crear un grupo de trabajo interinstitucional y multidisciplinario, con las autoridades que considere pertinente, con la finalidad de implementar el ejercicio del voto de las personas procesadas en reclusión, con enfoque de máxima protección de derechos humanos.

5.- Vista a órganos legislativos. Tomando en consideración el reconocimiento del derecho al voto activo de las personas en reclusión sin sentencia ejecutoria, **para efectos de conocimiento** se ordena dar vista a ambas cámaras del Congreso de la Unión y a los correspondientes órganos legislativos de todas las entidades federativas.

VI. RESUELVE

PRIMERO. Se **acumulan** los juicios ciudadanos, en los términos de esta sentencia.

SEGUNDO. Es **fundada** la omisión reclamada por los enjuiciantes.

TERCERO. El Consejo General del Instituto Nacional Electoral realizará las acciones en los términos precisados en esta sentencia.

CUARTO. Dese vista a los órganos legislativos precisados en esta sentencia, para los efectos señalados.

NOTIFÍQUESE; como corresponda.

En su oportunidad, archívese el presente expediente como asunto concluido y, en su caso, hágase la devolución de la documentación exhibida.

Así, por **mayoría** de votos lo resolvieron las magistradas y los magistrados que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el voto en contra de los magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera, Indalfer Infante Gonzales y Reyes Rodríguez Mondragón, ante la secretaria general de acuerdos, quien autoriza y da fe.

MAGISTRADO PRESIDENTE

FELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA

MAGISTRADO

MAGISTRADO

FELIPE DE LA MATA PIZAÑA

**INDALFER INFANTE
GONZALES**

MAGISTRADA

MAGISTRADO

**JANINE M. OTÁLORA
MALASSIS**

**REYES RODRÍGUEZ
MONDRAGÓN**

MAGISTRADA

MAGISTRADO

**MÓNICA ARALÍ SOTO
FREGOSO**

JOSÉ LUIS VARGAS VALDEZ

SECRETARIA GENERAL DE ACUERDOS

BERENICE GARCÍA HUANTE

VOTO PARTICULAR QUE EMITEN LOS MAGISTRADOS FELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA, INDALFER INFANTE GONZÁLES Y REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, EN EL ASUNTO SUP-JDC-352/2018 Y ACUMULADO (VOTO ACTIVO DE PERSONAS EN PRISIÓN PREVENTIVA)⁸⁴

En este voto particular, que emitimos con fundamento en los artículos 187, último párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 11 del Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, exponemos las razones por las cuales estamos en desacuerdo con el criterio mayoritario adoptado en la sentencia relativa al SUP-JDC-352/2018 y acumulado. Para explicar nuestra postura, nos centraremos en dos aspectos del caso, uno meramente formal y el otro sustancial.

Primero, disentimos de la conclusión a la que se llega en la sentencia aprobada por la mayoría, ya que, a nuestro juicio y del análisis de la demanda, se aprecia que la pretensión de los actores en el presente juicio ciudadano era participar en las elecciones del primero de julio del año dos mil dieciocho.

En este sentido, consideramos que, debido a la omisión de esta Sala Superior de resolver este recurso de manera oportuna, en caso de considerar fundados los agravios que los actores hacen valer, no existe la posibilidad de restituirles los derechos vulnerados.

En segundo lugar, estimamos que, en la sentencia aprobada por la mayoría, en la que se propone declarar fundada la omisión del Instituto Nacional Electoral (INE), no se dimensiona debidamente la restricción constitucional expresa contenida en la fracción II del artículo 38 constitucional. Por lo tanto, consideramos que el problema jurídico no se aborda de manera satisfactoria.

⁸⁴ Colaboraron en la elaboración de este documento Alberto Deaquino Reyes, Augusto Arturo Colín Aguado, Alexandra D. Avena Koenigsberger, Juan Guillermo Casillas Guevara, Pedro Antonio Padilla Martínez y Rodrigo Quezada Gonce.

A continuación, se expondrá la problemática que se presentó ante esta Sala Superior, para después profundizar en los dos aspectos que justifican nuestro voto en contra.

1. Planteamiento del problema

Como se reconoce en la sentencia, los actores se autoadscriben como “tsotsiles” y señalan que, desde el año dos mil dos, fueron aprehendidos por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas y recluidos en el Centro Estatal de Reinserción Social de Sentenciados número catorce, conocido como “El Amate”, ubicado en el municipio de Cintalapa, Chiapas, por diversas causas penales iniciadas en su contra, en las que se les atribuyeron varios delitos.

Asimismo, señalan que desde que fueron detenidos y, hasta la fecha, se les ha violentado su derecho de votar. Primero, porque debido a la normativa interna del “Amate” les retiraron su credencial para votar con fotografía y, segundo, porque, a pesar de que aún no hay una sentencia condenatoria en su contra, la autoridad administrativa electoral no ha dictado los mecanismos necesarios para que puedan ejercer su derecho al sufragio en las elecciones federales y locales.

Refieren que, en su situación, debe imperar el principio de presunción de inocencia, puesto que no hay una sentencia que los haya declarado culpables.

Asimismo, los actores señalan que la restricción contenida en la fracción II del artículo 38 constitucional es contraria al principio de presunción de inocencia, por lo que debe ser interpretada de conformidad con los instrumentos internacionales, y, en consecuencia, deben prevalecer los derechos políticos del ciudadano.

De esta forma, los actores alegan que existe una omisión por parte del INE de emitir lineamientos para que puedan hacer efectivo su derecho a votar. Por lo que, a primera vista, el problema planteado ante esta Sala es si, efectivamente, existe dicha omisión por parte del Instituto.

Sin embargo, el problema es más complejo de lo que plantean los actores porque, al considerar que, efectivamente, existe una omisión por parte del INE, se asume que el derecho a votar de las personas sujetas a prisión preventiva está reconocido. Por lo que, para abordar adecuadamente los agravios hechos valer por los actores, es necesario analizar la restricción constitucional establecida en la fracción II del artículo 38 de la Constitución, y así determinar si verdaderamente existe omisión por parte del INE.

2. Posición de la mayoría

La postura que adopta la mayoría reconoce que la pretensión de los actores en su momento fue que este órgano jurisdiccional le ordenara al INE a realizar las acciones necesarias para garantizar su derecho a votar en las elecciones del 2018, tanto en las locales como en las federales, desde el reclusorio en el que se encuentran.

Asimismo, concluye que, de la interpretación sistemática de diversos artículos constitucionales y convencionales, las personas en prisión que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, porque se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia. Por tanto, se resuelve que el INE tiene la obligación de dictar medidas y lineamientos para permitir que sea materialmente posible.

Para sustentar esta tesis, la sentencia se basa en los siguientes argumentos.

2.1. Criterios jurisdiccionales nacionales e internacionales

Al respecto, la sentencia considera que, de acuerdo con los criterios emitidos en un ámbito nacional, el derecho a votar debe interpretarse de manera que coexista con el principio de presunción de inocencia.

Por lo anterior, la restricción constitucional debe ser interpretada en el sentido de que únicamente habrá lugar a la suspensión del derecho a

votar cuando exista una sentencia ejecutoriada, excluyendo de esta manera a las personas que se encuentran en prisión preventiva.

Con base en esto, en la sentencia aprobada por la mayoría se concluye que el hecho de que una persona esté privada de su libertad implica la imposibilidad física para ejercer su derecho al voto activo, mas no que no conserva este derecho. Además, se hace una aclaración respecto de que el criterio emitido por la SCJN fue emitido antes de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, por lo que debe de ser interpretado conforme a estos principios en las nuevas resoluciones.

Por otra parte, en la sentencia se considera que existe un consenso internacional en cuanto a que los casos de prohibición al sufragio activo de las personas privadas de su libertad se constriñen, en su mayoría, a personas sentenciadas de forma definitiva y que en los casos de prisión preventiva se ha privilegiado el derecho al voto mediante distintos mecanismos.

2.2. Principio de progresividad y no regresividad

En lo referente a este punto, en la sentencia se considera que la progresividad impone la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y quienes aplican esta tutela tienen el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen en lo posible jurídicamente.

Por tanto, según lo razonado en esta sentencia, debe de interpretarse que el derecho a votar se suspenderá **únicamente** cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada, pero que, ciertamente, la suspensión del derecho al voto opera cuando la persona está privada de su libertad, porque implica su imposibilidad física para ejercerlo.

En ese sentido, en la sentencia se considera que, de acuerdo con el principio de no regresividad, **la circunstancia jurídica que ya ha sido interpretada de una manera amplia requiere de medidas fácticas,**

que no sean regresivas, sino que posibiliten el ejercicio del derecho a votar.

2.3. Obligación de garantizar el derecho al voto

En este tema, en la sentencia se argumenta que el derecho al voto es jurídicamente obligatorio para el Estado por las siguientes tres razones.

En primer lugar, el voto activo es una herramienta que constituye una medida de inclusión que contribuye a la constitución de una democracia no discriminatoria.

En segundo lugar, la restricción constitucional no debe entenderse como una prohibición absoluta, sino que debe ser interpretada conforme al principio de presunción de inocencia y del derecho a votar.

Finalmente, se reitera que la restricción obedece a que los actores enfrentan una imposibilidad material, es decir no tienen la libertad de desplazarse para votar.

Ahora bien, antes de mostrar los motivos de nuestro disenso, precisamos que coincidimos con mucho de lo que se afirma en la sentencia en cuanto a los parámetros internacionales para reconocer el derecho al voto a las personas privadas de la libertad. Asimismo, coincidimos con el razonamiento que se hace respecto de que estas personas constituyen un grupo en vulnerabilidad y que no es justificable, al día de hoy, excluirlos de la sociedad al grado de privarlos de ciertos derechos.

Sin embargo, por más que se coincide con estos argumentos, consideramos que en la sentencia no se hace frente a la problemática central que es, esencialmente, la restricción contenida en el artículo 38, fracción II de la constitución. A continuación, profundizaremos en los motivos de nuestro disenso.

3. Razones de nuestro disenso

Respetuosamente disentimos de las consideraciones de la sentencia

aprobada por la mayoría por las razones que se exponen a continuación. Primero, se exponen los razonamientos de índole procesal que nos apartan de la decisión mayoritaria, y, segundo, las razones por las cuales no compartimos el tratamiento de la sentencia en el fondo.

3.1. Razones formales

3.1.1. Ausencia de acto de aplicación

En sus demandas, los enjuiciantes señalan como acto impugnado la omisión del Consejo General del Instituto Nacional Electoral de garantizar su derecho a votar en las elecciones presidenciales de 2006 y 2102, por lo su pretensión es que se les permitiera sufragar en la pasada elección presidencial de 2018, en su condición de reclusión por estar sujetos a proceso, sin condena.

Al respecto, de lo manifestado por los accionantes y del análisis de las constancias de autos, no se advierte que hubieren solicitado al Instituto Nacional Electoral, por propio derecho o por conducto de quienes los representan, que esta autoridad generara las condiciones que los permitiera votar en reclusión.

En efecto, se parte de una supuesta omisión del máximo órgano administrativo electoral, por no establecer los mecanismos para que las personas privadas de su libertad, por estar sujetas a proceso, puedan ejercer válidamente su derecho al voto; sin embargo, no se advierte que exista una petición al Instituto en ese sentido, por lo que no es viable sostener que existió una omisión por parte de esa autoridad, ya que no existe un deber constitucional o legal, que los constriña a regular dicha circunstancia.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que para la determinación de una omisión debe

considerarse si existe una condición de actualización que coloque a la autoridad en la obligación de proceder que exige el justiciable⁸⁵.

Derivado de la inexistencia de un deber específico que motivara la actuación del Instituto Nacional Electoral, se estima que no hay un acto concreto de aplicación que sea susceptible de análisis por la Sala Superior.

3.1.2. Inviabilidad de la pretensión de los actores

En relación con lo anterior, si bien la sentencia reconoce que la pretensión de los actores fue la de participar en las elecciones que se llevaron a cabo el día primero de julio de dos mil dieciocho, al momento de delimitar los efectos de la presente resolución la sentencia determina que, dado que dicha jornada electoral ya se celebró, su cumplimiento debe darse para los procesos electorales que inicien después de la emisión de la presente sentencia.

Al respecto, consideramos que este tratamiento no es el adecuado, ya que la pretensión de los actores era la de participar en el proceso electoral dos mil diecisiete-dos mil dieciocho. En ese sentido, incluso en el caso de que sus agravios se consideraran fundados, sería imposible para esta Sala Superior restituir la afectación alegada, que ya se concretó en sus derechos político-electorales.

En esa lógica, la viabilidad de los efectos jurídicos que se pretenden constituye un presupuesto procesal del medio de impugnación que, en caso de no colmarse, provoca su desechamiento o sobreseimiento, pues de lo contrario nos enfrentaríamos a la posibilidad de conocer de un juicio y dictar una resolución que jurídicamente no podría alcanzar su objetivo fundamental.

⁸⁵ Tesis: 1a. XXIV/98 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: **ACTOS DE NATURALEZA OMISIVA. PARA ESTAR EN APTITUD DE PRECISAR SU CERTEZA O FALSEDAD, DEBE ACUDIRSE EN PRINCIPIO A LAS NORMAS LEGALES QUE PREVÉN LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD PARA DETERMINAR SI EXISTE O NO LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR EN EL SENTIDO QUE INDICA EL QUEJOSO.**

**SUP-JDC-352/2018
Y ACUMULADO**

Por tanto, ya que no es posible para esta Sala Superior atender la pretensión de los actores, consideramos que el recurso se debe desechar. Precisamos que no es posible atribuirles a los actores tal situación, ya que estos promovieron el presente medio de impugnación el día primero de junio de dos mil dieciocho y esta Sala Superior se pronunció el día cuatro del mismo mes, en el sentido de que el medio de impugnación era competencia originaria de este órgano jurisdiccional. Por lo tanto, al momento de que presentaron la demanda, la pretensión era viable y la imposibilidad aconteció por una demora en la determinación de esta Sala Superior.

Se hace este razonamiento en función del tipo de control de constitucionalidad que puede realizar este Tribunal Electoral, es decir, es factible analizar la validez de una disposición normativa, únicamente cuando existe un acto concreto de aplicación. De esta manera, solamente se puede valorar el planteamiento de los promoventes – relativo a la afectación de su derecho a ser votado por la suspensión de sus derechos político-electorales con base en la fracción II del artículo 38 constitucional–, a partir del contexto fáctico al que se refieren, es decir, la imposibilidad de participar en las elecciones cuya jornada electoral se celebró en el año dos mil dieciocho.

Los efectos pretendidos con las impugnaciones son inviables en el sistema de medios de impugnación en materia electoral, ya que del análisis de las demandas, se advierte que los accionantes pretenden que se les permita votar en el centro de reclusión en el que se encuentran privados de su libertad; sin embargo, ello implicaría que se ejerciera un control abstracto de constitucionalidad, en razón de que los efectos serían generales y no particulares, derivados del análisis de un acto concreto de aplicación que pueda ser analizado a la luz de la Norma Fundamental y los Tratados Internacionales.

Acorde con lo dispuesto en los artículos 14, 17, 41 y 99, párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación únicamente se

encuentran facultadas para pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas y para llevar a cabo interpretaciones de la Norma Fundamental **en casos concretos.**

Asimismo, el artículo 84 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral establece que las sentencias que resuelvan el fondo del juicio ciudadano podrán tener como efectos:

1. Confirmar el acto o resolución impugnado; y
2. Revocar o modificar el acto o resolución reclamado y restituir al promovente en el uso y goce del ejercicio del derecho político-electoral vulnerado

En el caso, el efecto de la sentencia aprobada por mayoría es general, sin acotación al caso concreto, pues es aplicable a todas las personas sujetas a proceso privadas de su libertad, **lo que conlleva efectos erga omnes, lo cual no es propio del tipo de control de constitucionalidad** para el cual –en general–tiene atribuciones este Tribunal Electoral.

3.1.3. Falta de certeza sobre el estado procesal

Por otra parte, consideramos que, en el presente caso, no se contaban con los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento, ya que en la sustanciación del asunto no se realizaron las diligencias necesarias para atender de manera integral la pretensión de los promoventes, por las siguientes razones:

- No se tiene certeza del estado procesal de los promoventes, dado que el único sustento para afirmar que están sujetos a prisión preventiva es su dicho en el escrito de demanda. Asimismo, esta falta de información no se les puede atribuir a los promoventes, ya que, por su condición jurídica no tenían las posibilidades de ofrecer las pruebas que acreditaran que están sujetos a esa medida cautelar; más aún, los propios promoventes le solicitaron a este Tribunal requerirle a las autoridades respectivas las

constancias que le permitieran tener certeza sobre su estado jurídico.

- En ese mismo sentido, esta Sala Superior no ha podido analizar si en la resolución del juez penal se menciona específicamente la suspensión de sus derechos político-electorales, es decir, no se tiene certeza de que la suspensión provenga de una resolución judicial fundada y motivada o si, por el contrario, es producto de las prácticas propias de un centro penitenciario.
- Finalmente, dado que se alega la omisión de una autoridad, es necesario conocer las características del caso concreto para determinar quiénes son las autoridades responsables, así como la legislación que regula su actuar, de manera que se puedan precisar los efectos de la sentencia en caso de resolver que le asiste la razón a los promoventes.

3.2. Razones de fondo

Con independencia de lo anterior, consideramos que, el presente caso no es una omisión administrativa, ya que tanto a nivel constitucional como en la normativa local existe una restricción expresa al voto activo, que consiste en la suspensión de los derechos de los ciudadanos por estar sujetos a un proceso criminal por delitos que merezcan pena corporal, y que inicia desde la fecha del auto de formal prisión.

En ese sentido, la sentencia sustenta la tesis de que, a partir de una interpretación de la fracción II del artículo 38 de la Constitución conforme al derecho a votar y al principio de presunción de inocencia, se concluye que las personas que se encuentran en prisión preventiva y que, por ende, no han sido sentenciadas, tienen derecho a votar. En otras palabras, se sostiene que para que esté justificada la suspensión de los derechos político-electorales de una ciudadana o ciudadano es indispensable una sentencia mediante la cual se haya tenido por acreditada la responsabilidad penal correspondiente.

Bajo esta tesis, en la sentencia se intenta demostrar que existe una obligación para que se maximice el derecho al voto activo a las personas sujetas a prisión preventiva.

Consideramos que la interpretación aprobada por la mayoría no es viable, esencialmente por dos razones:

- a. Se aparta de la interpretación autorizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la fracción II del artículo 38 de la Constitución general; y,
- b. Produce que la restricción quede sin efectos, siendo que la técnica interpretativa empleada (interpretación conforme) no puede llevar a ese extremo.

Por lo tanto, la interpretación aprobada tendría como consecuencia que la suspensión del derecho al sufragio únicamente estaría justificada derivado de una condena con pena privativa de la libertad. Ello supondría, a su vez, que la fracción II del artículo 38 únicamente se entienda como una reiteración de la fracción III del mismo precepto, lo cual me parece inviable desde la técnica jurídica, en tanto que, en principio, no cabe suponer que la Constitución contiene normas redundantes, bajo el postulado de la legislatura racional

3.2.1. La línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la interpretación del artículo 38, fracción II, de la Constitución

En la sentencia se realiza un estudio de los precedentes en los que la Suprema Corte ha analizado la constitucionalidad de preceptos de diversas legislaciones estatales en materia electoral, en las cuales se ha establecido una restricción semejante a la prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional.

Al respecto, en la sentencia se sostiene que de la línea jurisprudencial de la Suprema Corte se advierten tres premisas en relación con ese precepto: *i)* debe interpretarse de manera evolutiva y conforme a los

principios constitucionales de derecho al voto y presunción de inocencia; **ii)** de acuerdo con tales principios, debe de interpretarse que solo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada, lo cual implica que esa medida no puede imponerse ante casos en los que las personas únicamente estén sujetas a prisión preventiva; y, **iii)** el hecho de que la persona esté privada de su libertad, implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho.

La premisa identificada con el número **ii)** es imprecisa, ya que de un análisis detallado de los diversos precedentes a los que se hace referencia en la sentencia, es posible apreciar que la Suprema Corte ha adoptado, como criterio reiterado, que el artículo 38, fracción II, de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que **la suspensión del derecho al sufragio únicamente está justificada si la persona se encuentra efectivamente privada de su libertad**, con motivo de una medida cautelar consistente en prisión preventiva.

Esto se refuerza con la circunstancia de que en todas estas sentencias se emplea como parte del fundamento la tesis de jurisprudencia, de rubro **DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD**, en el cual se establece que “[...] el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad [...]”⁸⁶.

Conforme a lo sostenido por la sentencia, es cierto que en la sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 38/2014 y acumuladas se reflexionó –entre otras consideraciones– que “[...] la restricción prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional no se justifica previo al dictado de una sentencia condenatoria” (párr. 58) y que “[...] sólo habrá

⁸⁶ Novena Época; Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, septiembre de 2011, p. 6, número de registro 161099.

lugar a la suspensión del [d]erecho [p]olítico cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada” (párr. 59). No obstante, se destaca que el aspecto central de la sentencia consistió, por una parte, en reiterar el criterio consistente en que la suspensión del derecho al sufragio está justificada únicamente si la persona se encuentra efectivamente privada de su libertad y, por otra, que también se debía excluir de la limitación a quienes tuvieran derecho a libertad bajo caución y no hubiesen podido obtenerla por razones de índole económica. Este último punto fue el aspecto en el que avanzó la postura de la Suprema Corte.

Ahora, contrario a lo establecido en la sentencia, en los asuntos resueltos con posterioridad, la Suprema Corte no reiteró las consideraciones relativas a que para la suspensión del derecho al sufragio se requiere de una sentencia condenatoria. En todas esas decisiones se limitó a mantener su postura en cuanto a que la suspensión de los derechos político-electorales solamente se justifica cuando el sujeto está privado de su libertad debido a una medida cautelar consistente en prisión preventiva. El punto es que no es factible tomar las consideraciones aisladas de la acción de inconstitucionalidad 38/2014 y acumuladas como parte de la postura consolidada de la Suprema Corte. Asimismo, consideramos que no es sostenible afirmar que la postura de la SCJN fue emitida antes de la reforma constitucional de junio de 2011 por lo que debe ser interpretado bajo estos principios, ya que la SCJN se ha mantenido en su postura en los casos emitidos aún después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

En consecuencia, consideramos que en la sentencia no se realiza una lectura adecuada de la línea jurisprudencial desarrollada por la Suprema Corte en torno a la interpretación de la fracción II del artículo 38 constitucional. A nuestra consideración, la postura de dicha autoridad jurisdiccional ha consistido en que, en atención a que se trata de una restricción dispuesta en una norma de rango constitucional, es legítimo que se limite el derecho al voto de quienes están privados provisionalmente de su libertad, con motivo de una medida cautelar en el

marco de un proceso penal, derivado de la imposibilidad física en que se encuentran para ejercer este derecho.

En otras palabras, en doctrina de los criterios de la Suprema Corte, cabe entender que se parte de que hay una restricción legítima del derecho al voto de quienes están privadas provisionalmente de su libertad con motivo de un proceso penal, que se justifica en la imposibilidad física y material para su ejercicio.

Es cierto que la Suprema Corte ha realizado una interpretación del texto constitucional que procura el mayor beneficio para el ejercicio del derecho a votar, considerando la garantía de presunción de inocencia, pero no en los términos expuestos en la sentencia.

Por esta misma razón, los argumentos elaborados en la sentencia en relación con el principio de progresividad y el de no regresividad son inexactos, ya que se parte de una premisa cuestionable. La pretensión de garantizar de la manera más amplia el ejercicio de los derechos fundamentales no lleva a desestimar por completo las restricciones adoptadas en la Constitución y en las leyes aplicables. Es indispensable realizar un análisis exhaustivo respecto a los fines que se pretenden proteger a través de esas regulaciones y al grado de incidencia sobre el derecho fundamental de que se trata.

Aunado a lo anterior, se debe destacar que, en términos de lo previsto en el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 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.

Así, al caso resulta aplicable la jurisprudencia emitida al resolver la contradicción de tesis 6/2008-PL, la cual es al tenor siguiente:

DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD. El artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los derechos o prerrogativas del ciudadano se suspenden, entre otros casos, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a partir de la emisión del auto de formal prisión. Por su parte, el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales, cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción constitucional. Ahora bien, la interpretación armónica de tal restricción con el indicado principio conduce a concluir que el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo.

La parte considerativa de la ejecutoria que dio origen a la tesis es la siguiente:

La determinación consistente en que debe imperar el principio de presunción de inocencia, con la protección que a su vez implica de otros derechos fundamentales se ajusta a los principios pro-homine en su vertiente de preferencia interpretativa, mayor protección de los derechos y fuerza expansiva de los derechos, ya que se prefiere la interpretación que más protege al ciudadano y que, además respeta los postulados que derivan del artículo 1º constitucional, el que al disponer que “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente.

[...]

Bajo ese orden de ideas, la restricción establecida en el artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal, interpretada armónicamente con el principio de presunción de inocencia, precisa de ser delimitada, pues no puede subsistir como una prohibición o restricción absoluta, es decir, restringir el ejercicio de los derechos políticos de manera lisa y llana, en el caso el derecho al voto por el sólo dictado del auto de formal prisión, sin distinguir ningún supuesto o condición.

Aunado a lo anterior, debe enfatizarse que en la interpretación de los derechos fundamentales, como los que en esta contradicción se analizan, no basta la aplicación del método literal para determinar sus extremos constitucionales, sino que, como se ha establecido, es necesario armonizar sus disposiciones, buscando además que el resultado de esa actividad interpretativa redunde en la mayor efectividad posible del bien jurídico que deba resultar protegido tras el análisis de los derechos fundamentales en juego, de manera que las restricciones constitucionalmente definidas queden reducidas a la mínima expresión.

[...]

SUP-JDC-352/2018 Y ACUMULADO

En tal virtud, una interpretación de estas normas, dentro de un ámbito de razonabilidad y de maximización de los derechos fundamentales, conduce a establecer que la recta y actual interpretación que debe darse al artículo 38, fracción II, de la Constitución, es en el sentido de que la restricción de los derechos o prerrogativas del ciudadano en su vertiente del derecho al voto, por el dictado de un auto de formal prisión, sólo tiene lugar cuando el procesado está efectivamente privado de su libertad, pues de no mediar esta circunstancia el referido derecho no debe ser suspendido, a saber, cuando tal procesado está gozando de libertad provisional.

Cabe insistir en que atendiendo las modernas corrientes humanistas cuyo anhelo es ampliar irrestrictamente los derechos y libertades de los ciudadanos, no resulta conveniente suspender en todos los casos y para todos los procesados el derecho de votar en las elecciones populares, dada la importancia de que los ciudadanos participen en los asuntos políticos del país, como lo es, por antonomasia, la elección de sus autoridades.

No pasa inadvertido que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas 34/2009 y 35/2009, transcrita en el considerando sexto de esta ejecutoria, sostuvo que el artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal, prevé una restricción constitucional y que la sujeción de un proceso penal por delito que merezca pena corporal es causa de suspensión de los derechos políticos del ciudadano y que atendiendo a lo dispuesto en la referida fracción, debe interpretarse que esta causa de suspensión de derechos políticos tiene efectos únicamente durante el proceso penal, es decir, desde la fecha del auto de formal prisión, hasta que se pronuncie la sentencia absolutoria en el proceso respectivo.

Lo anterior es así porque la interpretación de la suspensión del derecho fundamental del ciudadano de votar en las elecciones populares que prevé el artículo 38, fracción II, constitucional, desde el dictado del auto de formal prisión, que exige sólo la probable responsabilidad del inculcado, en forma concordante con el principio de presunción de inocencia, **nos obliga a atender a la razón que lleva al Constituyente a mantener la causa de la suspensión, que es de eminente orden práctico, a saber, la imposibilidad de llevar casillas electorales a prisión y de lo que ello implica, como son la dificultad de hacer campañas electorales en prisión o elegir a los funcionarios de casilla que deban realizar su función dentro de una prisión.**

Si se atiende a esta razón de orden práctico, habría que concluir que la causa de suspensión en análisis exige que el indiciado efectivamente se encuentre privado de su libertad para que no pueda hacer efectiva su prerrogativa de votar en las elecciones populares, lo que excluye a quienes obtengan libertad provisional.

En otras palabras, este Tribunal Constitucional considera que la interpretación de la fracción II, del artículo 38 de la Constitución Federal, en cuanto prevé la suspensión del derecho ciudadano a votar cuando se encuentre privado de su libertad en virtud de estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, desde la fecha del auto de formal prisión, debe llevarse a cabo en armonía con el principio de presunción de inocencia; interpretación que descansa en la necesidad de hacer congruentes esos mandamientos constitucionales, guiados, a su vez, por la preponderancia de los derechos fundamentales, ello porque una interpretación diversa impediría el ejercicio de la prerrogativa de votar a los ciudadanos por el solo hecho de estar sujeto a proceso penal a partir del auto de formal prisión, sin distinguir el hecho relativo a que el

procesado se encuentre o no efectivamente privado de su libertad, pues si se le otorgó la libertad provisional no se presentaría la razón que justifica la suspensión de tal derecho y que lleva al Constituyente a establecerla como tal en el artículo 38, fracción II, constitucional, el cual, como se señaló, nunca ha sufrido reforma alguna.

Ahora bien, no pasa inadvertido que, en lugar de un auto de formal prisión, pueda estarse en presencia de un auto de vinculación a proceso en términos del artículo 19 de la Constitución Federal, reformado por Decreto publicado el dieciocho de junio de dos mil ocho, en virtud del cual, por definición, no es precisa la privación preventiva de la libertad del indiciado. Con mayor razón, en esta otra situación jurídica resulta evidente que el procesado en libertad goza del derecho al voto, atendiendo al mismo razonamiento práctico apuntado. Por lo tanto, el artículo 38, fracción II, de la Constitución, debe interpretarse en el sentido de que en ningún caso se impide el goce del derecho al voto cuando el inculpado enfrenta el proceso penal en libertad, ya sea como consecuencia del pago de una caución que tenga verificativo con posterioridad al dictado del auto de formal prisión, o como consecuencia del dictado de un auto de mera vinculación a proceso, que, con mayor razón, permite enfrentar dicho proceso sin restricción precautoria de la libertad.

[...]

De lo anterior, se advierte que existe una línea jurisprudencial específica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la suspensión de derechos políticos-electorales prevista en el artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal, de la cual se pueden obtener los siguientes principios:

- No es una restricción absoluta y tajante, toda vez que admite interpretación a fin de garantizar, maximizar y hacer efectivos los derechos políticos y políticos-electorales.
- A partir de una interpretación evolutiva, tomando en consideración que esta restricción tiene su origen en la primera mitad del siglo XX, en las condiciones del México contemporáneo no es aplicable de manera absoluta.
- Se debe tomar en consideración que el derecho a ser votado, al ser parte de los derechos políticos-electorales, no sólo está reglado en la Constitución General, sino en diversos instrumentos internacionales de los cuales México forma parte.

- Una lectura actualizada de la restricción del artículo 38, fracción II, de la Constitución General, debe hacerse desde la perspectiva de coexistencia 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.
- La interpretación de la suspensión del derecho fundamental del ciudadano de votar en las elecciones populares que prevé el artículo 38, fracción II, constitucional, desde el dictado del auto de formal prisión, que exige sólo la probable responsabilidad del inculpado, en forma concordante con el principio de presunción de inocencia, obliga a atender a la razón que lleva al Constituyente a mantener la causa de la suspensión, que es de eminente orden práctico, a saber, la imposibilidad de llevar casillas electorales a prisión y de lo que ello implica, como son la dificultad de hacer campañas electorales en prisión o elegir a los funcionarios de casilla que deban realizar su función dentro de una prisión

Según se ve, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que, cuando el ciudadano está privado de su libertad, existe una imposibilidad de ejercer el derecho a votar y a ser votado; motivo por el cual ha concluido que únicamente cuando el ciudadano esté gozando de la libertad provisional o bajo caución, es que se podrán ejercer los derechos político-electorales de votar y ser votado. Con ello, queda claro que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que la restricción impuesta por el constituyente a ciudadanos que se encuentran privados de su libertad para ejercer el derecho al voto, a partir de circunstancias de índole eminentemente práctico, se encuentra justificada.

Cabe precisar que, de las ejecutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se aprecia que ese Tribunal Constitucional tomó en

consideración tanto los tratados internacionales de los que es parte nuestro país, como algunas sentencias emitidas por Tribunales internacionales, y aun así consideró que se encuentra justificada la restricción constitucional a que se ha hecho referencia.

3.2.2. El sentido y alcance de la interpretación conforme

Aunado a lo anterior, otra razón por la que no compartimos la línea argumentativa de la sentencia consiste en que no es adecuado técnicamente que se deje totalmente sin eficacia lo dispuesto en el artículo 38, fracción II, de la Constitución, sobre todo si se hace como un ejercicio de interpretación conforme.

Como primer punto, es pertinente reflexionar que la interpretación conforme es una técnica que tiene su justificación ordinaria en los principios de supremacía constitucional. De este modo, esta técnica interpretativa se utiliza principalmente en las disposiciones que se encuentran en ordenamientos de menor rango que la Constitución y lo que se busca es dotarlas de un sentido que las haga compatibles y congruentes con la Constitución.

Esta técnica cobra aun mayor relevancia en México a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de 10 de junio de 2011, pues en el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución se estableció como mandato que “[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

En ese sentido, una primera interrogante consiste en si es adecuado hablar de interpretación conforme cuando la norma que se analiza es de rango constitucional, o bien, si lo correcto es hablar de una interpretación sistemática y, por lo tanto, armónica entre los distintos preceptos que tienen una misma jerarquía, o bien, que se encuentran dentro de un mismo bloque de constitucionalidad. En todo caso, coincidimos en que

cabe hablar de una interpretación conforme en sentido amplio en los términos precisados por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En ese sentido, puede decirse que lo que se busca es realizar una lectura que armonice de la manera mejor manera posible los valores o bienes constitucionales en juego.

Por lo tanto, nuestra principal observación radica en que consideramos que no es viable que se sostenga que a través de una interpretación conforme se adopta un criterio que tiene como consecuencia dejar prácticamente sin efecto una determinada norma, sobre todo si ésta es de carácter constitucional.

La interpretación conforme, como herramienta de hermenéutica jurídica, no puede tener ese alcance. De ser así, se contravendría su objetivo, pues lo que se pretende con esta técnica es dotar a un precepto normativo de un sentido que lo haga compatible con otra norma que sirve de parámetro para su validez, con lo cual se evitan las implicaciones que se producirían al declarar su invalidez o al inaplicarlo en un caso concreto.

De esta manera, consideramos que, mediante esta técnica interpretativa, no es factible que se deje totalmente sin sentido o efecto la norma en cuestión. En relación con lo anterior, la Suprema Corte ha adoptado diversos criterios que sirven de respaldo:

- “Este principio se relaciona con la interpretación conforme, por la cual, antes de considerar inconstitucional una norma jurídica, deben agotarse todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, de ser posibles varias interpretaciones de la disposición, debe preferirse la que salve la aparente contradicción con la Norma Fundamental. En ese sentido, **un presupuesto indispensable para que esas técnicas**

hermenéuticas puedan aplicarse es que la asignación de significado a la norma jurídica sea fruto de una interpretación válida, es decir, la derivada de algún método de interpretación jurídica, ya sea el gramatical, el sistemático, el funcional, el histórico o algún otro. Así, la interpretación conforme o la aplicación del principio pro persona no puede realizarse a partir de atribuir a la norma un significado que no tiene conforme a alguno de los métodos de interpretación jurídica, porque en ese caso, la norma sujeta a escrutinio ya no será la misma, sino que habría sido cambiada por otra”.⁸⁷ (Énfasis añadido).

- “En el caso de la voluntad objetiva del legislador, **la interpretación conforme puede realizarse siempre y cuando el sentido normativo resultante de la ley no conlleve una distorsión, sino una atemperación o adecuación frente al texto original de la disposición normativa impugnada**; asimismo, el principio de interpretación conforme se fundamenta en una presunción general de validez de las normas que tiene como propósito la conservación de las leyes; por ello, se trata de un método que opera antes de estimar inconstitucional o inconvencional un precepto legal. En ese sentido, sólo cuando exista una clara incompatibilidad o contradicción que se torne insalvable entre una norma ordinaria y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o algún instrumento internacional, se realizará una declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, de inconvencionalidad; por tanto, el operador jurídico, al utilizar el principio de interpretación conforme, deberá agotar todas las posibilidades de encontrar en la disposición normativa impugnada un significado que la haga compatible con la Constitución o con algún instrumento internacional”⁸⁸. (Énfasis añadido).

⁸⁷ Con base en la tesis aislada de rubro INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU APLICACIÓN TIENE COMO PRESUPUESTO UN EJERCICIO HERMENÉUTICO VÁLIDO. Décima Época; Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 337, número de registro 2018696.

⁸⁸ De conformidad con la tesis de rubro INTERPRETACIÓN CONFORME. SUS ALCANCES EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Décima Época; Pleno, Tesis

- “[...] antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, **es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento**; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse”⁸⁹. (Énfasis añadido).

En el caso concreto, en la sentencia se sostiene que a través de una interpretación conforme de la fracción II del artículo 38 constitucional se llega a la conclusión de que únicamente está justificada la suspensión de los derechos político-electorales si media una sentencia ejecutoria, es decir, no es válido adoptar esa medida a las personas que se encuentran en prisión preventiva.

Desde nuestro punto de vista, no es sostenible establecer que se llega a esa conclusión a través de una interpretación conforme pues, como se ha señalado, en realidad se está dejando sin efectos lo que se dispone en el precepto constitucional bajo análisis.

Para fundamentar lo anterior, se hace énfasis en que, en la sentencia aprobada por la mayoría, se está dotando a la fracción II del artículo 38 de la Constitución de un sentido que es consecuencia de tener el mismo contenido que la fracción III del mismo precepto constitucional. Por esta razón, la sentencia propone adoptar como criterio que la primera disposición es reiterativa de la segunda, pues la fracción II del artículo 38 de la Constitución se establece –y así ha sido interpretada por la

Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 42, mayo de 2017, Tomo I, p. 161, número de registro 2014204.

⁸⁹ Sirve de apoyo la tesis de rubro INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA.

Suprema Corte– que procede la suspensión de los derechos político-electorales derivado de una condena con pena privativa de la libertad.

Con base en lo razonado, estimamos que lo que se está realizando es una inaplicación de un precepto constitucional, en tanto no se ajusta a los estándares que se han adoptado en instancias internacionales. Si esto es lo que se pretende, entonces un paso previo es problematizar en torno a si es factible que el Tribunal Electoral realice un control de constitucionalidad/convencionalidad sobre los propios preceptos que tienen esa jerarquía y en qué términos, esto es, si se puede llegar a exceptuar su aplicación. Lo anterior en un contexto de diálogo jurisprudencial con la Suprema Corte, cuya Segunda Sala, v. g., ha establecido la tesis jurisprudencial, bajo el rubro: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que también cabría reflexionar en torno a la posibilidad de realizar una interpretación conforme viable del artículo 38 constitucional, que no lleve a su inaplicación. En este sentido, ofrecemos de manera breve dos interpretaciones alternas.

3.2.2.1. Interpretación conforme con el artículo 20 constitucional para limitar la restricción bajo un criterio temporal

Sin detrimento de lo expresado respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideramos que sería posible interpretar la restricción constitucional contenida en la fracción II del artículo 38 constitucional de manera restrictiva, es decir, privilegiando el goce y ejercicio de los derechos y

libertades, de acuerdo con lo establecido por la propia Constitución, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva⁹⁰.

En ese sentido, para que la restricción constitucional, consistente en que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por estar sujetos a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal desde la fecha del auto de formal prisión, tenga sentido con el resto del texto constitucional, puede ser interpretada como una medida de carácter provisional.

Si bien la restricción constitucional podría considerarse válida *prima facie*, ésta debe de respetar los límites impuestos por la propia Constitución. En específico, el artículo 20, apartado B, fracción IX, del mencionado ordenamiento establece una tajante restricción de dos años como máximo a la prisión preventiva.

De esta manera, consideramos que, si bien la restricción constitucional impone la suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos efectivamente privados de su libertad, la misma solo debe tener validez dentro del ámbito temporal de dos años, ya que de lo contrario se estaría vulnerando la intención del constituyente que pretendía terminar con la afectación que se generaba a los individuos que permanecían en prisión preventiva por largos periodos; como lo es el caso concreto en el cual los indiciados, a su dicho, llevan quince años en espera de sentencia.

Por lo anterior, consideramos que, aunque este Tribunal no se pueda pronunciar sobre la imposición o revocación de la medida cautelar de prisión preventiva, si se puede pronunciar sobre las consecuencias que tengan una afectación en los derechos políticos-electorales de las

⁹⁰ Argumentos elaborados en la jurisprudencia de rubro “**RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES**”

personas sujetas a prisión preventiva y la forma de hacerlas menos gravosas.

3.2.2.2. Reinterpretación de la fracción II del artículo 38 constitucional

Por otra parte, también consideramos que sería posible reinterpretar la fracción II del artículo 38 constitucional en el sentido de considerar que la Constitución, cuando señala como plazo de inicio para la suspensión de derechos políticos el auto de formal prisión (auto de vinculación a proceso), no hace referencia a la medida cautelar de prisión preventiva, sino que este artículo se refiere de manera general al momento procesal- en el cual- se imponen las medidas cautelares.

Bajo esta óptica, la suspensión de los derechos políticos electorales no se debe de entender como una consecuencia natural de la imposición de otra medida cautelar, sino que se entiende como una medida cautelar autónoma. En ese sentido, y en conformidad con el artículo 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el juez de control podrá imponer la suspensión de derechos políticos únicamente cuando por las circunstancias del caso concreto se justifique su imposición.

Ahora bien, aunque esta interpretación puede ser diferente a la realizada por la SCJN en las acciones de inconstitucionalidad y contradicción de tesis citadas en la sentencia, esta diferencia se justifica al considerar a la Constitución como un documento que pretende reflejar una sociedad cambiante.

Al respecto, si bien la imposibilidad material pudo haber sido el motivo por el cual se añadió la fracción II del artículo 38 constitucional, lo cierto es que en fechas recientes no es posible afirmar que existe una imposibilidad material para ejercer el derecho al voto. La propia sentencia menciona varios ejemplos como, desde un enfoque comparado, diversos

Estados garantizan el derecho al voto a sus ciudadanos sujetos a prisión preventiva.

Por lo tanto, y con el fin de darle sentido a las diversas disposiciones de la Constitución, es justificable realizar una reinterpretación cuando las interpretaciones previas no reflejan el contexto actual.

En consecuencia, si se interpreta la suspensión de derechos políticos como una medida cautelar autónoma, independiente de la prisión preventiva, podría existir el supuesto de que existieran personas que estuvieran sujetas a prisión preventiva sin que tuvieran suspendidos sus derechos político-electorales, o viceversa. En ese sentido, sí podría existir un grupo de personas que válidamente tienen el derecho al voto activo y no puedan ejercerlo.

4. Conclusión

Por las razones expuestas a lo largo del presente voto, consideramos que, en primer lugar, el presente asunto debe de ser desechado, ya que la pretensión de los actores es inviable dado que esta Sala Superior no dictó la resolución antes de que se llevara a cabo la jornada electoral.

En segundo lugar, si este órgano jurisdiccional quiere pronunciarse sobre el fondo de la controversia, es necesario que se les requiera a las autoridades jurisdiccionales necesarias para conocer de la situación jurídica de los actores, así como de las particularidades del caso concreto.

Finalmente, consideramos que no es adecuada la interpretación que se realiza en la sentencia, ya que sustenta una interpretación errónea de la fracción II del artículo 38° constitucional, por medio de la cual pretende demostrar que existe una omisión por parte del INE. Asimismo, la herramienta argumentativa que se pretende usar en la sentencia no fue planteada para inaplicar una porción normativa.

Sin embargo, y como se señaló anteriormente, consideramos que para otros casos donde sea posible atender la pretensión de los actores, la restricción constitucional puede ser interpretada a manera de permitir que las personas sujetas a prisión preventiva puedan ejercer el derecho al voto activo.

Por lo tanto, consideramos que con la argumentación elaborada en la sentencia no es posible llegar a la conclusión de que existe una omisión administrativa.

MAGISTRADO PRESIDENTE

FELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA

MAGISTRADO

MAGISTRADO

INDALFER INFANTE GONZALES REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN