

El derecho al sufragio del presunto delincuente. El Caso Facundo*

The Disenfranchisement of suspected criminal: The Facundo's Case

Luis Efrén Ríos Vega**

RESUMEN

En este trabajo se presenta la polémica de la suspensión del sufragio a los presuntos delincuentes a partir de un caso mexicano. Ofrece, en primer lugar, un panorama comparativo de diferentes precedentes de cortes internacionales, para luego desarrollar las fórmulas de solución que en el caso mexicano se puede ensayar para resolver por qué, cuándo y cómo se puede limitar la libertad electoral de una persona sujeta a un proceso penal. El punto central es justificar que la suspensión de la ciudadanía como medida cautelar se puede racionalizar a partir de los principios de estricta legalidad y proporcionalidad. El artículo, al final, propone una reformulación de la doctrina judicial del Caso Facundo, para orientar el modelo constitucional motivado, proporcional y casuístico de la privación preventiva de la ciudadanía por la formal prisión.

PALABRAS CLAVE: suspensión de derechos políticos por causa penal, ciudadanía política, muerte ciudadana y sufragio.

* Ponencia (corregida y aumentada) para el I Observatorio Judicial Electoral, Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal, con residencia en Toluca de Lerdo (en adelante SR-Toluca), 11 de noviembre de 2009, Toluca, Estado de México.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Coahuila.

ABSTRACT

This paper presents the Felony Disenfranchisement debate from a Mexican case. Firstly, offers a comparative overview of different precedents of international courts, to then develop solution's formulas in the Mexican case try to resolve why, when and how the electoral freedom of a person subject to criminal proceedings can be limit (restrict). The central point is probe the suspension of citizenship as a precaution measure (injunction) that could be rationalized from rule of law and proportionality principles (*balancing test*). The article, in the end, proposes a restatement of the judicial doctrine from the Facundo's Case to guide the constitutional model motivated, proportional and casuistic of citizenship's preventive deprivation by an Judicial act that pronounce a formal detention.

KEYWORDS: felon disenfranchisement, political citizenship, civil death and right to vote.

Premisas

En México, la Constitución¹ establece cuatro casos de suspensión de derechos políticos (SDP): fuga (Ríos 2010a), formal prisión (Ríos 2010c), condena (Ríos 2010b) y ejecución de la prisión (Ríos 2010d). Estas categorías de suspensión de la ciudadanía por un hecho sancionado como delito, implican un concepto general: la SDP es una pena o “medida cautelar” de ésta que tiene por objeto tutelar la sociedad democrática por la violación a la ley penal. La suspensión preventiva, en consecuencia, es una “restricción constitucional directa” al derecho a la “ciudadanía política”² que opera como medida privativa, provisional o definitiva, de la libertad electoral con motivo de un proceso o condena de un delito que merece la privación del sufragio.

En este trabajo analizaré el Caso Facundo (ST-JDC-22/2009)³ que plantea el tópico del derecho a la ciudadanía política del presunto responsable sujeto a un proceso por delito sancionado con prisión. La cuestión principal consiste en determinar si una persona en libertad bajo caución debe tener o no restringida en forma cautelar su calidad ciudadana por el solo dictado de la formal prisión, sin importar el delito o su privación preventiva. La respuesta de la SR-Toluca fue no suspender el sufragio de una persona que disfruta de libertad provisional dentro de un juicio criminal, porque la aplicación favorable de la presunción de inocencia permite sostener que las personas que están en libertad personal deben gozar igualmente de su libertad electoral, en tanto que la falta de una sentencia que declare de manera irrevocable la culpabilidad penal significa, en clave garantista, que resulta inaceptable tratar anticipadamente a un inocente con la pérdida provisional de sus derechos políticos.

¹ Véase el artículo 38, fracciones II, III, V y VI, de la Constitución.

² Por “ciudadanía política” entiendo la posibilidad de participar en el ejercicio del poder público representativo. Se trata del derecho a la participación electoral: votar, ser votado y participar en la afiliación y asociación de un partido.

³ Sentencia dictada por la SR-Toluca el 5 de marzo de 2009.

El punto de partida. Es correcta la respuesta de la SR-Toluca de no tener por suspendida la calidad ciudadana por el mero dictado de un auto de formal prisión, pero sus razones para llegar a esta conclusión me parecen incompletas e inadecuadas. Mi tesis: la formal prisión, en el sistema constitucional mexicano, es una “condición necesaria pero insuficiente por sí misma” para justificar la restricción de la libertad electoral que se basa más bien en el hecho sancionado como delito que merece la privación de la ciudadanía política. El punto clave para desarrollar una mejor fórmula de solución de los problemas de la suspensión de derechos políticos por la formal prisión, no reside, a mi juicio, en la presunción de inocencia entendida como la no privación de derechos políticos por falta de una sentencia definitiva como criterio orientador, sino sobre todo en los principios de “estricta legalidad” y “proporcionalidad” de las penas que obligan a toda autoridad a motivar, de manera estricta, proporcional y de modo individual, la privación de cada uno de los derechos políticos por causa penal como medida provisional, según las circunstancias del caso, siempre que exista la presunción razonable de un daño o riesgo claro y presente a evitar (peligrosidad electoral) durante el juicio, a fin de tutelar el ejercicio de la participación política en el gobierno representativo.

Por lo tanto, la sentencia de condena como un elemento que se colige del debate universal de la presunción de inocencia, es el argumento que, a mi juicio, distorsiona en el caso mexicano la solución de los problemas de la suspensión preventiva del sufragio del presunto responsable. En una cuestión de suspensión de ciudadanía por causa penal como medida provisional, en efecto, no se trata de resolver si es necesaria o no una sentencia definitiva para justificar la privación de la libertad electoral, sino, por el contrario, lo que importa saber es si la medida cautelar resulta o no constitucional conforme a criterios razonables, pertinentes y objetivos que justifiquen el acto de molestia de privar los derechos de ciudadanía política a un procesado que amerite esa medida provisional. Ese es el problema a desarrollar.

Dividiré el trabajo en cinco partes. En primer lugar, delimitaré el tema como uno de los problemas actuales que enfrenta el sufragio como derecho universal en el contexto comparado. En seguida, describiré la discusión conceptual que se puede construir para entender el sentido de la norma constitucional mexicana que suspende los derechos políticos por el dictado de un auto de formal prisión, a partir de tres soluciones diferentes que ha ensayado la justicia constitucional. Expondré, en tercer lugar, los tres axiomas fundamentales para tratar este tipo de cuestiones. Justificaré luego el modelo constitucional más adecuado, a mi juicio, de privación del sufragio por causa penal. Presentaré, por último, una línea crítica al argumento principal en que se apoya el precedente judicial, para desarrollar, al mismo tiempo, una tesis argumentativa diferente para solucionar la cuestión del caso.

Notas del panorama actual

El Caso Facundo (2009) forma parte del elenco de asuntos que la justicia electoral mexicana ha resuelto a partir de la doctrina Pedraza (SUP-JDC-85-/2007),⁴ el cual plantea una fórmula garantista para resolver la suspensión de los derechos políticos bajo un modelo concreto, proporcional y específico que pretende evitar restricciones indebidas a la categoría de la ciudadanía política como base de la libertad electoral (votar, ser votado y participación política). La “fórmula Pedraza Ríos”, por tanto, es el camino a desarrollar para orientar soluciones más adecuadas a los problemas de privación de la ciudadanía: los derechos fundamentales no son absolutos ni categóricos porque están condicionados, por lo que las limitaciones a los derechos tampoco son absolutas en tanto que la regla a operar es la interpretación estricta y no extensiva para evitar restricciones indebidas a los derechos fundamentales.

⁴ Sentencia dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de fecha 20 de junio de 2007.

En efecto, para el caso mexicano, la suspensión indebida de la ciudadanía política puede generar situaciones de injusticia evidentes. En primer lugar, sin credencial para votar se dificulta la prueba de la identidad.⁵ Los cheques no se pueden cobrar, las solicitudes de empleo no se pueden requisitar y, por ende, el presunto delincuente tiene grandes problemas para vivir en sociedad: no es un igual. En segundo lugar, la interpretación extensiva de la privación de derechos políticos⁶ que predomina en la Corte, implica una restricción indebida a un gran número de personas: todos los procesados, sin importar el delito ni por ende su conducta reprochable. Por tal razón, el tópico resulta relevante para configurar los límites del sufragio que, sin duda, constituye una divisa para la dignidad humana: el sufragio hace que todos cuenten por igual, por lo que cuando se discute una restricción es necesario justificar la causa legal.

Se trata, por tanto, de un caso interesante cuya reflexión puede servir de referencia comparada, sobre todo para entender el panorama mexicano que, sin duda, es parte del debate contemporáneo de los límites al sufragio que se plantea en diferentes contextos internacionales.⁷

Una problemática del siglo XXI

La lucha por el sufragio de las clases peligrosas —léase, entre otros, los delincuentes— es uno de los temas que ocupan la agenda problemática del sufragio en el siglo XXI (Véase: Behrens 2004, 231-75; Ewald 2002, 1045-137; Hull 2006; Karlan 2004, 1147-70; Manza y Uggen 2008; Reiman 2005, 3-18; Robben 2007, 14-34). Sin embargo, el derecho a votar y ser votado

⁵ En México, la credencial de elector funciona como documento nacional de identidad.

⁶ Véase la tesis aislada IV.2o.P.35 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Enero de 2007, p. 2372, en la cual se sostiene que no sólo un auto de formal prisión sino también el de sujeción a proceso, implican la suspensión de la ciudadanía, con lo cual todo procesado, por cualquier delito, merezca o no prisión, debe tener suspendida la ciudadanía. Es, sin duda, la interpretación más excesiva e injustificada.

⁷ En Alemania, Argentina, Bélgica, Canadá, Colombia, EEUU, España, Guatemala, Holanda, Israel, Italia, Letonia, Reino Unido, Sudáfrica, Turquía, entre otros, se ha discutido este tema de privar el sufragio por causa penal o antidemocrática bajo diferentes matices, problemas y soluciones.

de los delincuentes es un tópico tradicionalmente tratado más en forma restrictiva que expansivamente, por las legislaciones y jueces de los estados nacionales —no es una cuestión ordinaria de reivindicación de derechos—. Suele ser, asimismo, un tema con mala prensa que rara vez tiene un editorial a favor,⁸ por lo que en el mundo de la política se califica ante todo como “políticamente incorrecto” por tener que asumir posturas incómodas e impopulares, poco o nada rentables ante el electorado, aunque la idea de remover las restricciones del sufragio a los detenidos pudiera repercutir en las tendencias electorales según el número de inhabilitados.⁹ En muchas ocasiones, en definitiva, proponer el sufragio de los delincuentes suele leerse hasta sospechoso: no es razonable permitir que la delincuencia organizada pueda influir en las elecciones en la medida en que el control del sufragio pueda construir una representación política a favor de intereses corruptos e ilegales.¹⁰

Por lo tanto, el sufragio como base de la democracia es un derecho que hoy se reivindica más a favor de categorías débiles o clases minoritarias más visibles de injusticia, que a categorías peligrosas —aunque muchas de ellas son minorías discriminadas por la criminalización de sus razas: latina, negra, indígena, gitana, etc.—.¹¹ Ciertamente, por un lado, existen debates

⁸ Véase *The Economist*, “Prisoners: Let them vote”. Unsigned editorial, 31 de octubre de 2009.

⁹ Existe el debate en la elección Bush-Gore en donde los prisioneros inhabilitados para sufragar en Florida constituyeron, según algunos estudios empíricos, un número relevante de electores que podían modificar los resultados presidenciales, a partir de la hipótesis de la preferencia del voto demócrata. Es decir: ¿los prisioneros tenían derecho a la última palabra para elegir al presidente de los EEUU?

¹⁰ La defensa de los derechos políticos de los criminales pudiera imaginar la idea, incluso, de que sus defensores también son parte de la “madera torcida de la humanidad” de la que habla Isaiah Berlín, justamente, porque pretenden que aquéllos se apoderen del gobierno representativo para tutelar los fines perversos de la organización criminal: la existencia de un bloque anti-contralección (la “teoría del voto subversivo”).

¹¹ La película *American Violet* (2008) basada en hechos reales acontecidos en EEUU durante las elecciones del 2000, demuestra el problema de la exclusión indebida del sufragio por la criminalización de una minoría en la guerra contra las drogas: un fiscal blanco que persigue los delitos bajo criterios racistas presenta acusaciones arbitrarias que obligan a la mayoría de los acusados (raza negra) a aceptar las penas negociadas (*plea bargain*), lo cual hace que pierdan sus derechos políticos, entre otros. Por consiguiente, la raza negra pierde su condición de igualdad para decidir la elección de un fiscal racista porque la mayoría no puede votar por condenas penales.

actuales para reconocer el sufragio activo de algunos colectivos, tales como el voto de minorías oprimidas (raza negra en Sudáfrica), de nacionales en el extranjero (mexicanos en Estados Unidos) o de los inmigrantes (extranjeros residentes en España), o bien, la polémica se orienta a facilitar el voto (sufragio de discapacitados); pero, por el otro, los movimientos políticamente más abiertos e intensos tienen que ver con las luchas del derecho a ser votado (sufragio pasivo), a través de políticas de igualdad que se diseñan en las llamadas cuotas electorales (ley de cupos) a favor de las mujeres, primero, pero ahora extendiendo la garantía de acción afirmativa para acceder al cargo popular a otros sectores: indígenas, migrantes, jóvenes, etcétera. Hablar, en suma, de un discurso emancipador de los derechos políticos de los criminales, suena, consecuentemente, un tanto raro y utópico. Más aún en la era del terror y de la inseguridad, en donde hemos pasado de la “Venus kantiana” que apuesta por la “paz perpetua” y rechaza las guerras humanitarias y preventivas en el marco del “pacifismo jurídico”, a la reflexión del paradigma del “Marte hobbessiano” que defiende el “derecho penal del enemigo” que plantea la idea de un nuevo “derecho electoral del enemigo” para restringir la ciudadanía a las clases peligrosas (Nieto 2009, 131-40).

Existe, no obstante lo anterior, una tendencia internacional, cada vez más sólida y mejor argumentada, que tiende a reconocer el sufragio de los criminales como derecho fundamental (Ewald y Rottinghaus 2009). En efecto, el voto de los peores delincuentes puede ser la referencia más clara para universalizar el sufragio a todos los que delinquen. Por ejemplo, el caso de Igal Amir, el asesino de Isaac Rabin, entonces primer ministro de Israel (1995), resulta ilustrativo. La Suprema Corte de Israel, efectivamente, enfrentó un delito grave que conmocionó a la comunidad, pero decidió, en primer lugar, separar el contenido del acto violento respecto del fundamento de los derechos ciudadanos, de tal suerte que dicha Corte asumió como suficiente el castigo penal, pero improcedente la suspensión del sufragio porque no sólo lo perjudicaría a Igal Amir, sino a la democracia misma de Israel: cuando se

priva del voto de manera injustificada, dijo la Corte israelí, “la base de todos los derechos fundamentales se ve afectada” (H.C. 2757/69). Hoy en día, los prisioneros de Israel tienen derecho a votar en las prisiones.

Ahora bien. Cada país tiene sus peligrosos a evitar y me parece, desde luego, que muchos Estados nacionales tienen buenas razones para limitar, en forma estricta y limitativamente, la ciudadanía política en casos muy excepcionales. En Argentina, por ejemplo, el debate está en los presuntos delincuentes por crímenes de lesa humanidad.¹² En Colombia,¹³ la “parapolítica” presenta el problema del maridaje de los congresistas con los grupos paramilitares, lo cual ha planteado el debate de reformas legales para suspender derechos políticos por vinculación con los grupos de la delincuencia organizada. En España, las candidaturas pro terroristas implican casos en que se limitan los derechos políticos a personas relacionadas con el partido ilegalizado para evitar listas electorales contaminadas.¹⁴ En Guatemala, el problema se ubica en los golpistas o dictadores que quieren regresar al poder (CIDH 1993). En Italia, por el contrario, la cuestión se presenta en los presuntos mafiosos que son señalados en procedimientos de investigación de la mafia.¹⁵ En Turquía, las candidaturas fundamentalistas representa un problema para la laicidad que socava al Estado constitucional.¹⁶ En fin, cada país, al final de cuentas, tiene sus razones contextuales para proponer la limitación de la ciudadanía electoral por causas penales o antidemocráticas,

¹² Véanse los casos Bussi (2007) y Patti (2008) resueltos por la Corte Suprema de la Justicia de Argentina, en donde se permitió acceder y mantener el cargo público representativo a presuntos dictadores, no obstante la acusación en su contra de delitos de lesa humanidad, lo cual ha planteado el debate de una reforma constitucional para inhabilitar los derechos políticos a los presuntos autores de actos de fuerza contra el sistema democrático. La razón, desde la perspectiva de la justicia transicional, es obvia: muchos dictadores no pueden ser juzgados porque siguen en el poder, por lo que una regla que se discute es justamente su inhabilitación política. Véase mi trabajo Ríos Vega (2010a).

¹³ *El País*, “La ‘parapolítica’ ensucia Colombia”, 1 de junio de 2008.

¹⁴ Véanse los casos ANV (2007): 10 de mayo de 2007; Iniciativa internacionalista-La solidaridad entre los pueblos (2009): 21 de mayo de 2009, resueltos por el Tribunal Constitucional de España.

¹⁵ Véanse los casos Labita v. Italy (2004): 1 de julio de 2004; y Vito Sante Santero v. Italy (2000): 6 de abril de 2000, resueltos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

¹⁶ Véase el Caso Sobaci v. Turkey (2007): 9 de noviembre de 2007, resuelto por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

pero en todo caso deben justificarse plenamente las causas de restricción en el marco del discurso de los derechos. Es aquí donde el “precedente judicial comparado” nos aporta algunas orientaciones para el caso mexicano.

Una reflexión de casos comparados

Una premisa pro derechos. Hay que tener claro que la privación preventiva de la libertad electoral por causa penal es una norma un tanto inaceptable en los sistemas constitucionales modernos. En 1996, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, mediante su Observación General número 25 de su 57 periodo de sesiones, estableció en interpretación del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que “a las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar”. El argumento indica, por tanto, que la prisión preventiva es insuficiente para justificar los grilletes preventivos a la ciudadanía. En consecuencia, por regla general las leyes más razonables no deben permitir la restricción de la ciudadanía a las personas sin condena (Aragón 1998), salvo casos muy excepcionales que la realidad actual obliga a reflexionar en el marco de un contexto social determinado.

Los casos judiciales son ilustrativos. En Estados Unidos, por ejemplo, el caso *O'Brien v. Skinner* (1974) revela cómo la Suprema Corte de los Estados Unidos echó abajo, por la cláusula de igualdad, las reglas privativas del sufragio del estado de Nueva York que negaban a los detenidos antes de juicio el voto en ausencia.¹⁷ De igual manera, el Caso Sindoni (1996)¹⁸ plantea en Italia una visión absoluta de la no suspensión preventiva en materia electoral, al justificar la anulación de la inelegibilidad cautelar de una persona sin condena por razones de delincuencia organizada. En este asunto la cuestión constitucional consistió en que la ley establecía la imposibilidad de ser candidato para aquellos que son llevados al juez por un crimen de

¹⁷ 414 U.S. 524, 531 (1974).

¹⁸ Corte Constitucional Italiana, 141, 1996.

delitos graves. El marco constitucional se fundó en los principios contenidos en los artículos 2º, 3º y 51 de la Constitución italiana. La Corte Constitucional de ese país sostuvo, en primer lugar, que la finalidad de las legislaciones contra las organizaciones criminales, como la mafia, radica en que las medidas excepcionales tienen por objeto la protección de valores vitales de la democracia: salvaguardar la salud y transparencia del gobierno, el orden y la seguridad, así como la libre determinación de elecciones, línea consolidada por dicha Corte.¹⁹ Sin embargo, la regla cuestionada impactaba directamente en el derecho a participar en la vida pública, así como en los mecanismos que dan sustancia a la representación democrática en el gobierno de las autoridades locales. En tanto que la legislación que previene la inelegibilidad a un cargo de elección popular a aquellos que no han sido sentenciados definitivamente, afecta el ejercicio del derecho a ser electo. La Corte, por tanto, partió del supuesto de que el derecho previsto en el artículo 51 constitucional italiano garantiza el contenido inviolable a ser electo, porque sólo se puede limitar como último extremo para proteger otros intereses de rango constitucional. Esto es, la elegibilidad es la regla y la inelegibilidad es la excepción. En consecuencia, la sanción de inelegibilidad de una persona sometida a una acusación penal, contraviene la presunción de inocencia porque aún no ha sido juzgada finalmente la persona suspendida en su ciudadanía, en tanto que el restringirle su derecho a ser votado significaría sancionarlo anticipadamente. Por tal razón, la Corte italiana sostiene que la libre competencia en las elecciones hace irrazonable y desproporcionado el efecto de impedir participar en las elecciones a los presuntos delincuentes, pues si bien las conductas criminales pueden justificar algunas medidas suspensivas en el ejercicio del cargo para proteger las funciones públicas, ello no es válido para la participación electoral. Sólo con un juicio irrevocable se puede excluir a un ciudadano que desea participar en la elección. En Argentina, por último, destaca igualmente el Caso Mignone

¹⁹ Corte Constitucional Italiana, 118, 1994; 197, 1993; y 407, 1992.

(2002)²⁰ en donde, a partir de la doctrina aplicada en el Caso Alianza Frente a la Unidad (2001),²¹ la Corte Suprema de ese país declaró inconstitucional, por el principio de presunción de inocencia y de estricta proporcionalidad, la regla electoral que excluía del padrón electoral a todo aquel detenido sin condena mientras no recuperara su libertad.

Pues bien, la regla de la suspensión de derechos políticos por sentencia definitiva también plantea excepciones en las democracias constitucionales. No es absoluta como sugieren los fallos citados. En España, por ejemplo, existe el artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, modificado por el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, que dice: Son inelegibles: "... b) los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo en los términos previstos en la legislación penal". Esta norma ha sido cuestionada por la doctrina por el principio de presunción de inocencia que debe prevalecer en el derecho a la participación política (Bastida 1986). Pero existe también la posición contraria: considerar la sentencia de un presunto delincuente, aunque no sea firme, como una medida objetiva y razonable que se justifica en la teoría de las medidas cautelares que reconoce el Tribunal Constitucional de España, dado que la restricción se basaría ya en una presunción de culpabilidad que es la sentencia (Salazar 1999). En México, el auto de prisión equivale a una presunción de culpabilidad. Las reglas excepcionales, por tanto, plantean un debate actual. ¿El presunto terrorista, mafioso o narcotraficante vinculado con una organización criminal tiene derecho a presentarse libremente a las elecciones? ¿Pueden justificarse medidas cautelares a los derechos políticos de los enemigos de la democracia? O, dicho de otra manera, ¿es razonable permitir que Slobodan Milošević se hubiera presentado a las elecciones de su país cuando

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1486. XXXVI. y M. 1491. XXXVI., 9 de abril de 2002.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, A.671.XXXVII. 27 de septiembre de 2001.

estaba siendo juzgado por delitos de lesa humanidad? ¿Es aceptable que las personas vinculadas a la banda terrorista ETA puedan aparecer en las listas electorales? ¿Sería razonable que el líder del cártel de Medellín, Pablo Escobar, se hubiese presentado a las elecciones en Colombia? En estos casos resulta intuitivo el no permitir que este tipo de personas que pueden estar sujetas a procesos penales por este tipo de delitos tengan la oportunidad de llegar al poder, aunque también es cierto que en nombre de la lucha contra el crimen organizado se pueden cometer muchas arbitrariedades con cálculos políticos para descalificar indebidamente al adversario de la contienda electoral.²² Las intuiciones morales, por tanto, son difíciles de traducir en cargos legales que permitan justificar restricciones razonables a la ciudadanía política por causa penal.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha enfrentado a estas cuestiones de la suspensión preventiva del sufragio —aunque no con la gravedad que plantean los casos citados—, a partir de la doctrina de la proporcionalidad. En el Caso Labita v. Italy (2004), por ejemplo, una persona fue suspendido en su derecho de voto por la autoridad electoral, que impuso dentro de un procedimiento administrativo una medida de vigilancia policial especial. La razón: la policía, a partir de las declaraciones hechas por un arrepentido, encontró que se le

²² En México, el Caso López v. Fox (2005) planteo el problema de la “democracia excluyente”: no es aceptable descalificar a los adversarios políticos por medio de acusaciones penales (véase Cárdenas Gracia, J. 2006. “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 116, año XXXIX. México: IJ-UNAM), lo cual provocó en la Cámara de Diputados el debate de la reforma constitucional del 38 (2007-2008), a fin de permitir sólo la privación del sufragio por sentencia definitiva, prohibiendo, por ende, la privación de la ciudadanía sin condena penal, iniciativa no obstante pendiente de dictaminar en el Senado. En las elecciones federales de 2009, por otra parte, el gobierno federal realizó uno de los operativos más impactantes en el curso de una elección: detuvo a 27 personas supuestamente vinculadas con el narcotráfico, entre las que destacaban alcaldes y altos funcionarios del gobierno de Michoacán. Después de un año, la justicia federal ha dejado libre a la mayoría de los detenidos por falta de pruebas. Por tal razón, las acusaciones deficientes o insuficientes por delitos de delincuencia organizada, pueden dejar fuera de la contienda a los adversarios políticos. ¿Se debe pagar el costo de los errores de la justicia penal que pueden ser aprovechados por oportunismos políticos para descalificar el derecho a la participación política? Es el dilema.

acusaba de ser sospechoso mafioso, porque supuestamente pertenecía a una organización mafiosa, y de dirigir presuntamente una compañía financiera en nombre del líder de la principal banda mafiosa del lugar. La norma en la que se restringió el voto al presunto sospechoso es el artículo 2 del decreto presidencial 223/1967 en Italia, el cual establece que serán privados de sus derechos electorales aquellos a quienes, a través de una declaración judicial o administrativa, se le hayan impuesto medidas cautelares de suspensión de ciudadanía, entre las que puede ser la baja del censo electoral. La Junta Electoral Municipal, en acatamiento de la resolución administrativa, consideró que simplemente había aplicado la ley al caso, sin que mediase ningún tipo de discrecionalidad. El gobierno italiano, ante el TEDH, consideró que la medida aplicada tenía por objeto evitar a la mafia ejercer alguna influencia sobre los cuerpos electos, de tal manera que estimaba razonable impedir que una persona sospechosa de pertenecer a la mafia pudiera votar a favor de otros miembros de la mafia. Es el argumento del “voto subversivo”: los mafiosos no tienen derecho a votar porque generan el peligro de un bloque de votación anti o contra la ley, lo cual tiene desde la doctrina refutaciones conceptuales y empíricas porque son poco probables sus hipótesis.²³ Esta misma norma fue aplicada previamente en el caso *Vito Sante Santoro v. Italy* (2000), en el que también a una persona se le dio de baja del censo electoral por una medida de vigilancia policial que se le impuso como consecuencia de las numerosas detenciones que se le practicaron entre 1991 y 1993. Si bien la medida se le impuso en 1994, se le mantuvo fuera del censo electoral hasta 1996, más de dos años después, por lo que no pudo participar en la elección de representantes regionales ni nacionales en 1995 ni

²³ La crítica sostiene que los mitos del bloque contra ley o el votante inclinado a los intereses perversos, no tienen ninguna evidencia empírica, por el contrario, los estudios sociológicos del voto de los delincuentes no revelan el móvil del voto subversivo. Pero, además, conceptualmente se argumenta el significado del voto: el ciudadano condenado por crimen, si vota, hace lo que todos los votantes: confirmar (autorizar) el sistema político. Votar por definición, en conclusión, no puede ser subversivo desde el momento en que cada voto generalmente legitima el sistema electoral (Ewald 2004, 114 y ss).

1996. En ambos casos se produce una suspensión abstracta y automática del sufragio activo de los sometidos a la medida especial de vigilancia policial. La finalidad de la medida cautelar, según el gobierno italiano, es evitar que la mafia ejerza alguna influencia perversa sobre la representación política. Se trata de prevenir, por tanto, el voto subversivo y garantizar, al mismo tiempo, la pureza en las urnas.

No obstante, según el TEDH, el test de la proporcionalidad falla en los dos casos. El TEDH constata en *Vito Sante Santoro v. Italy* (2000), que la suspensión electoral tardó en aplicarse casi dos años. Nueve meses transcurrieron entre la fecha en que se dictaron las medidas preventivas y la fecha en que fue privado de su derecho electoral, con lo cual el retraso debe mantenerse en el mínimo por un principio de seguridad jurídica en la ciudadanía. Pero, además, no sólo se prolongó la medida especial de forma excesiva, innecesaria e ilegal, sino que se trató de una restricción desproporcionada del derecho a ser votado, pues de haberse aplicado correctamente el test de la medida, el señor Sante Santoro podría haber participado tanto en las elecciones regionales de 1995 como en las parlamentarias de 1996. El retraso en aplicar la medida especial privó injustificadamente el derecho a sufragar. En *Labita v. Italy* (2004), de igual manera, la suspensión de los derechos políticos fue desproporcionada. Se produjo una vez que había acabado el juicio penal que absolvió al sujeto por falta de prueba de cargo. Luego entonces, la persona fue eliminada del censo electoral sin que hubiese prueba alguna de que fuese culpable de pertenecer a la mafia; por el contrario, existía sentencia en contrario, a favor de su inocencia, por lo que el testimonio aislado rendido ante la policía era insuficiente para restringir la ciudadanía a un mero sospechoso declarado inocente.

El caso mexicano plantea una problemática diferente. A diferencia de los sistemas europeos para los que la causa antidemocrática es un elemento fundamental para ilegalizar un partido y, por ende, suspender derechos de participación política a personas aún no juzgadas (constituir partidos, integrar grupos parlamentarios o presentarse a las elecciones), así como, por

regla general, imponer la privación de la ciudadanía sólo cuando exista sentencia definitiva por un delito que merezca dicha sanción, en México, por el contrario, la categoría de “presunto delincuente” es una de las bases para suspender durante el juicio derechos políticos por ser éste un prófugo de la justicia o procesado por una formal prisión.²⁴ Existe, pues, una presunción de “democracia excluyente” (Morlino 2005), en este modelo de ciudadanía peligrosa: se conceptualiza al ciudadano con base en el “modo honesto de vivir”, con lo cual se pueden dejar fuera del *demos* a los desobedientes ciudadanos, presuntos delincuentes, vagos o ebrios consuetudinarios.²⁵ Esta norma aplicable a cualquier presunto delincuente a quien se le haya dictado un auto de formal prisión, hace, por tanto, más necesaria la delimitación razonable del contenido, alcance y límites de esta regla de privación del sufragio en la persecución del delito para evitar afectaciones indebidas a la libertad política. El problema aquí es determinar por qué, cuándo y cómo se debe suspender la ciudadanía política del presunto delincuente. Me referiré, única y exclusivamente, a la causal de suspensión de derechos políticos por la formal prisión como parte de la discusión del Caso Facundo (2009).

La suspensión del sufragio por auto de formal prisión

¿Cómo se justifica la suspensión de los derechos políticos al procesado por un auto de formal prisión? Existen tres fórmulas que, a partir del diálogo de los casos judiciales, se pueden reconstruir bajo los argumentos siguientes:

- F1. La formal prisión justifica la suspensión de la ciudadanía.
- F2. La prisión preventiva justifica la suspensión de la ciudadanía.
- F3. El delito justifica la suspensión de la ciudadanía.

²⁴ Véanse las fracciones II y III del artículo 38 de la Constitución mexicana.

²⁵ Véanse los artículos 34 y 38 de la Constitución mexicana.

La primera tesis es la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN). La fórmula es: independientemente del delito grave o no, la suspensión de los derechos políticos opera de manera automática con el dictado del auto de formal prisión por la aplicación directa de la supremacía constitucional.²⁶ Esta interpretación que asume como correcta una parte de la doctrina mexicana conforme al principio de supremacía constitucional (Salazar, P. 2009, 59 y ss),²⁷ me parece conforme a ese mismo principio, deficiente e incompleta por tres razones.

1. La reserva legal en material penal. En material penal, las restricciones a los derechos de un inculpado están sujetos a una estricta legalidad. En un juicio penal no hay privación de derechos, provisional o definitiva, sin causa legal que la justifique, como lo exigen los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana. En tal sentido, la suspensión de la ciudadanía opera en dos momentos: como pena preventiva o como pena definitiva. En el primer caso es un acto de restricción cautelar, en el segundo, implica un acto de restricción definitiva, pero en ambos supuestos se parte de una premisa conceptual: la suspensión de la ciudadanía es una pena por el delito objeto del juicio. Por tanto, en el caso de la suspensión de la ciudadanía por causa penal, el principio de legalidad penal opera bajo el principio de estricta legalidad. No basta que se enuncie en la Constitución, es necesario, por ser un acto privativo por causa penal, que exista una reserva legal de exacta aplicación. No es válido, por tanto, señalar que en aplicación directa de la Constitución se puede privar de la ciudadanía por el mero dictado de un auto de formal prisión sin importar el delito, senci-

²⁶ Véase jurisprudencia 171/2007.

²⁷ En esta postura se plantea la idea de que el precedente Pedraza (2007) implica un garantismo por frivolidad, cuando, a mi juicio, la falta de seriedad en la interpretación de la norma constitucional se advierte justamente en la tesis que Pedro Salazar defiende como correcta bajo una interpretación paleopositivista del imperio de la ley. El método garantista difícilmente justificaría, conforme a la propia constitución, medidas cautelares absolutas, categóricas y generales, tal como lo propone la jurisprudencia de la SCJN. Los principios de estricta legalidad y proporcionalidad penal ofrecen una lectura diversa del problema, a partir de criterios de coherencia constitucional, como lo trataré de argumentar aquí.

llamente porque dicho acto de molestia es idóneo y suficiente para decretar el formal procesamiento por un delito, pero no implica necesariamente la justificación de la privación preventiva de la ciudadanía. La pérdida anticipada de la ciudadanía requiere justificarse por separado como cualquier medida cautelar de un juicio penal.

La Constitución, por ejemplo, establecía que al “salteador de caminos” se le podía imponer la pena de muerte, pero hasta donde entiendo a ningún juez se le ocurrió aplicar la privación de la vida en aplicación directa de la Constitución. Ésta, igualmente, señala que con una orden de cateo se puede entrar a un domicilio para aprehender a las personas, pero sin la orden de aprehensión, por más que se tenga el cateo, no se debe detener a la persona en su domicilio. La Constitución, por tanto, dice que desde que se dicta un auto de formal prisión se puede suspender la ciudadanía, pero si el delito no está sancionado con pena de suspensión de derechos políticos por ley, resulta inusitado privar anticipadamente la ciudadanía, si al final del juicio no se podrá imponer dicha suspensión por falta de pena en la ley. Esto es: si no hay pena de suspensión del sufragio, resulta inútil e innecesaria la privación cautelar porque no hay materia a asegurar.

La reserva legal, en suma, resulta necesaria en toda privación de la ciudadanía: si el delito no está sancionado con pena de suspensión ciudadana, no hay suspensión preventiva por más que exista un auto de formal prisión. De ahí que la tesis categórica y automática de la privación resulta deficiente; un paleopositivismo que opera de manera absurda y mecánica. Pongamos un ejemplo. Supongamos que el delito de lesiones graves merece prisión preventiva pero no está sancionado con la pena de suspensión de derechos políticos en la ley. Si aplicamos el criterio de la Corte, ¿el mero auto de formal prisión implicaría la suspensión de la ciudadanía? Sí ¿Para qué? No habría ninguna utilidad. Aun cuando fuera responsable de lesiones, no se le podría imponer la suspensión de sus derechos políticos por falta de pena en la ley. Entonces, la suspensión preventiva resultaría una medida inusitada: privar anticipadamente de la ciudadanía sin ningu-

na necesidad, porque la sentencia de condena conllevaría la posibilidad de votar por inexistencia de pena. Es un absurdo.

2. La motivación del acto de molestia. Si la suspensión es automática, la restricción a la libertad electoral resulta, por ende, inmotivada. Toda privación provisional de derechos a un inculpado requiere del acto de autoridad motivado. La formal prisión, por ejemplo, no justifica que se prive de manera automática al procesado su derecho a la inviolabilidad del domicilio o a sus comunicaciones privadas. Es necesaria una orden judicial de arraigo o de escucha que, en cada caso concreto, justifique la molestia. Pues bien, si se le pretende molestar su ciudadanía por estar sujeto a un proceso penal, debe existir la causa que la motive suficientemente. En consecuencia, aun cuando la ley sancione al delito con pena de suspensión de derechos políticos, el juez debe motivarlo, expresar por qué es necesaria la suspensión preventiva. No puede aplicarse de manera automática la suspensión por el mandato abstracto de la Constitución. De lo contrario, la privación de la ciudadanía sería sin motivación alguna. No se expresarían las razones por las cuales es útil e idóneo dictar como medida preventiva la suspensión del sufragio como un requisito indispensable para el acto de molestia.

Esta interpretación, de igual forma, se constata en la suspensión de la ciudadanía como pena. Ordinariamente basta la sentencia de condena para que se estime actualizada de manera automática la privación de la ciudadanía por el modelo de pena accesoria a la prisión, tal como se reconoce en el Caso Hernández (2007),²⁸ aunque en la sentencia penal no exista ninguna motivación de la privación de la ciudadanía (Ríos 2010b). Es un caso extraño que rompe el sentido común penal. Se estima impuesta la pena sin individualización. Por ejemplo, en algunos códigos penales la reparación del daño es también accesoria de la prisión, pero si el juez penal no impuso la reparación del daño de manera expresa, por más que resulte

²⁸ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 28 de febrero de 2007, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JDC-20/2007.

accesoria de la prisión, no puede haber condena de daños y perjuicios. Si aplicamos el criterio jurisprudencial de la Corte, la suspensión opera durante la extinción de la prisión de manera automática, aunque no se haya impuesto de manera concreta. Es otro absurdo.

Por lo tanto, si no hay individualización de la privación del sufragio, como medida preventiva o definitiva, no puede haber suspensión de la ciudadanía por falta de motivación. Ese es el estándar mínimo constitucional.

3. La proporcionalidad de la suspensión de la ciudadanía. Las penas, por disposición constitucional, no pueden ser inusitadas. Esto es, se prohíbe imponer privaciones de derechos no acordes a una usual proporcionalidad en razón de la conducta a reprochar y el bien a tutelar. Dicho de otra manera, la suspensión de la ciudadanía como pena preventiva o definitiva debe ser proporcional al hecho a juzgar. Este principio ha quedado claro en el Caso Constantino (2006)²⁹, en donde el TEPJF ha dicho que la suspensión de derechos políticos “debe ser útil, idónea y necesaria en razón de la presunta conducta reprochable”. Luego entonces, el delito sí importa porque no hay pena sin proporcionalidad, menos aún medida cautelar de la pena sin idoneidad, utilidad y necesidad. Resulta, por tanto, contradictorio imponer *ipso facto* la suspensión sin tener en cuenta la pena a merecer por el hecho que motiva la suspensión de la ciudadanía.

Pongamos un ejemplo. El que conduce en estado de ebriedad ¿merece la privación del voto? No. Por más que la ley establezca que ese delito está sancionado con privación de derechos políticos, es obvio que no pasa el *test* constitucional de la proporcionalidad penal. La conducta a reprochar no daña ni pone en riesgo el sufragio de las personas, ni tampoco ningún bien a tutelar por el principio del gobierno representativo. No es útil ni necesario, por tanto, privar del sufragio al que ha conducido en estado de ebriedad, con lo cual toda medida provisional de suspensión de ciudadanía es también notoriamente inusual.

²⁹ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 11 de enero de 2007, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JDC-1776/2006.

Por consiguiente, la estricta legalidad y la proporcionalidad de las penas exigen que la suspensión de la ciudadanía por causa penal no pueda ser categórica ni automática por el mero dictado de la formal prisión. Lo que hay que evaluar, por tanto, es la necesidad de la suspensión preventiva por el riesgo claro y presente del hecho y de las circunstancias del caso concreto, para asegurar la pena definitiva de la suspensión ciudadana por el delito. De ahí que esta forma de interpretación no es fiel a la propia literalidad del principio de legalidad; permite suspender la ciudadanía sin fundamentación ni motivación del principio de proporcionalidad.

Ahora bien. La segunda tesis, en cambio, es más acorde a la literalidad constitucional. No hay suspensión preventiva sin prisión preventiva, la cual es la fórmula del Caso Pedraza (2007) que la SR-Toluca aplica en el Caso Facundo (2009) bajo el principio de presunción de inocencia, aunque distorsionando la concepción aplicable, tal como se verá más adelante. En efecto, la Constitución mexicana señala expresamente que los derechos de los ciudadanos se suspenden “por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal”. Es decir, si el delito no merece pena privativa de la libertad, en términos literales, no es procedente la suspensión del sufragio. Esta expresión en el lenguaje constitucional penal significa, sin duda, prisión preventiva. ¿Por qué? El delito que merece pena corporal —entiéndase privación de la libertad— es el que justifica la detención preventiva durante el juicio criminal, en tanto que sólo por delito sancionado con pena privativa de libertad es procedente ordenar la aprehensión y, en su caso, justificar la detención con el auto de formal prisión. La razón, en clave procesal penal, es obvia: si no se tiene la certeza de que el delito merece prisión definitiva en la sentencia, no es razonable justificar la prisión preventiva durante el juicio por el principio de pena alternativa para efectos procesales. Dicho de otra manera, si al final no va imponerse prisión, la detención durante el juicio es absurda e innecesaria. Estas premisas son básicas.

Bajo esta misma lógica, en el Caso Menes (2000)³⁰ el TEPJF demostró, por la literalidad constitucional prevista antes de la reforma de 2008,³¹ que no hay suspensión de la ciudadanía por un auto de sujeción a proceso. La razón de fondo: la prisión preventiva no existe con un auto de sujeción a proceso porque la Constitución no lo autorizaba expresamente por una lógica procesal; sólo al prófugo se le puede suspender su ciudadanía porque tiene una orden de captura girada en su contra, por lo que al que se le giraba una orden de comparecencia porque el delito no merecía prisión preventiva no se le podía suspender sus derechos políticos porque materialmente no se le podía privar de su libertad, con lo cual el acusado por un delito que no merece pena corporal no puede ser prófugo ni tampoco sujeto a la formal prisión, *ergo*, no puede ser objeto de suspensión política por falta de pena de prisión que exige expresamente el artículo 38, fracción II, de la Constitución. Luego entonces, si la prisión es la base de la suspensión por la privación de la libertad, la coherencia de esta interpretación textual sugeriría que “el que puede deambular puede votar”. Si no hay prisión / no hay privación de libertad / tanto personal como política. De lo contrario, el trato de igualdad se rompería entre los procesados en libertad por comparecencia y por sujeción a proceso o por caución. No hay prisión preventiva, pero uno podrá votar y el otro no. Es una antinomia inaceptable.

Esta interpretación es coherente, además, con la regla de la pena de suspensión como accesoria de la prisión. Ya la SCJN³² ha dicho que cuando desaparece ésta, aquélla sigue la misma suerte, argumento jurisprudencial que en el Caso Hernández (2007) se siguió por el TEPJF para dejar sin efectos la pérdida de la ciudadanía cuando la prisión se sustituía por un

³⁰ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 8 de diciembre de 2000, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JRC-473/2000.

³¹ La reforma constitucional en materia penal hace más patente el modelo proporcional, relativo y específico de la privación del sufragio por causa penal. En primer lugar, desaparece el auto de formal prisión por la figura del auto de vinculación del proceso, el cual no implica la justificación de la prisión preventiva. En segundo lugar, la prisión preventiva debe motivarse por separado como medida cautelar.

³² Véase jurisprudencia 74/2006.

tratamiento de semilibertad por el principio de reinserción social. Por tanto, si la privación definitiva de la ciudadanía se basa en la prisión en la mayoría de los sistemas penales del país, no hay razón para que la suspensión como medida cautelar soslaye la regla de accesoriadad: si no hay prisión preventiva, no hay suspensión preventiva. Es obvio.

Empero, la interpretación consecuencialista tiene un problema. Su lectura literal pero aislada genera la falta de coherencia con el fundamento de la suspensión ciudadana, la proporcionalidad de la pena de privación de la ciudadanía: no hay suspensión ciudadana sin delito que lo merezca. En efecto, la prisión no es el fundamento de la suspensión; puede ser una condición necesaria pero insuficiente para limitar la ciudadanía. La pena privativa de la libertad que justifica la suspensión de la ciudadanía es la que resulta de la privación de la libertad electoral, no la privativa de la libertad personal. En consecuencia, la prisión, preventiva o definitiva, es un hecho material que puede dificultar el ejercicio de los derechos políticos, pero no es una razón suficiente por sí misma para negar la libertad ciudadana. Se puede votar por correo ordinario, urnas electrónicas, centros de votación en el reclusorio, permiso de salida del recluso, entre otras modalidades. Por tanto, la falta de garantías para ejercer los derechos políticos de un presunto responsable no es relevante para negar la posibilidad de ejercer el voto en prisión preventiva, salvo que implique un obstáculo material insuperable. Una persona, por estar arraigada o detenida, tiene un impedimento físico para ir a votar, pero tiene su derecho a votar porque, por el principio de dignidad humana, cuenta por igual, a menos de que el hecho a juzgar merezca la privación anticipada de su libertad a sufragar, por el daño o riesgo al gobierno representativo.

Esta cuestión de falta de plenitud normativa es más evidente con el problema de la falta de pago de la fianza para gozar de la libertad bajo caución. Es decir, si se sigue la idea de que la suspensión de la ciudadanía se basa en la prisión provisional, mas no en el derecho a gozar de la libertad electoral por inmerecimiento de la pena de privación ciudadana, la

pobreza se convierte en el dato censitario del sufragio. Sólo los que tengan dinero para pagar la fianza tienen derecho a votar. El dinero, por tanto, es una circunstancia evidentemente discriminatoria de la que dependería el fundamento de la democracia: el sufragio, lo cual es inaceptable.

Por lo tanto, el axioma de que no hay suspensión ciudadana sin delito que lo merezca, es más conforme con el sistema constitucional de privación de derechos al inculpado durante un juicio. Esta es la tercera tesis a desarrollar a partir del modelo constitucional de privación del sufragio por causa penal.

El modelo motivado, proporcional y casuístico de la privación del sufragio

¿Cómo debe operar la suspensión del sufragio por un auto de formal prisión? Existen dos modelos: la privación absoluta, automática y abstracta, o la privación específica, proporcional y motivada. El segundo es el que defiendo aquí.

Efectivamente, el primer modelo es coherente con la F1: la “formal prisión justifica de manera inmediata la suspensión de la ciudadanía”, independientemente del delito, en tanto que, sin duda, esta tesis resulta conforme con la concepción de la restricción categórica de la libertad política basada en la peligrosidad; por ser procesado merece ser no-ciudadano. Es decir, sin importar el delito imputado, el mero dictado de un auto de formal prisión determina *ipso facto* la suspensión de los derechos políticos. La calidad de procesado por un delito sancionado con pena privativa de libertad, por tanto, es suficiente para tener inhabilitado el sufragio. Sin embargo, este modelo de suspensión de la ciudadanía, como he dicho, genera falta de plenitud con el sistema normativo constitucional que rige los derechos de los presuntos inculcados en un juicio penal. Los principios de estricta legalidad y proporcionalidad en materia penal exigen, ante todo, la conceptualización de tres axiomas fundamentales como criterios orientadores de un modelo de privación del sufragio específico, proporcional y motivado.

Los axiomas constitucionales son:

- A1. No hay suspensión sin delito que lo merezca.
- A2. No hay suspensión sin proporcionalidad.
- A3. No hay suspensión sin idoneidad, utilidad y necesidad.

El A1 es el punto de partida. Los demás axiomas son prácticamente su desarrollo. En efecto, la suspensión de derechos políticos es ante todo una pena por un delito. Esa es la base. Esta pena privativa de la libertad política opera en dos momentos. En primer lugar, durante el juicio penal como medida cautelar en contra de un presunto responsable por dos razones: por estar prófugo de la justicia o por estar procesado por el dictado de un auto de formal prisión; en segundo lugar, durante la ejecución de la pena en contra del condenado. En ambos casos, sin embargo, la premisa es la misma; la suspensión de la ciudadanía procede porque el delito por el que se juzga o condena merece la privación de la libertad política. El fundamento de la restricción de la ciudadanía, por tanto, es el hecho delictuoso a reprochar.

El problema de la Corte reside en su conceptualización contradictoria de la suspensión preventiva del sufragio como una medida accesoria a la sujeción al proceso, mas no como medida cautelar. Es contradictoria porque al final sus argumentos terminan por justificar esta figura como medida cautelar. En efecto, la SCJN en su ejecutoria jurisprudencial 171/2007 dice: "La suspensión derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal (fracción II), la que 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 responde a la de estos últimos conceptos" (p. 64). Pero luego la Corte, para fortalecer su posición, argumenta la naturaleza de la suspensión preventiva

como medida cautelar al equipararla con otras modalidades,³³ llegando al extremo de equipararla con la prisión preventiva al decir:

Deriva de lo anterior que al igual que la prisión preventiva tiene sus motivos, la suspensión de los derechos políticos tiene los propios, pero constituye de igual manera una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción, pues únicamente constituye una restricción constitucional de carácter provisional al ejercicio de un derecho, ello con finalidades precisas, en cuya atención no puede eliminarse por la legislación ordinaria (p. 69).

¿Cuáles son los motivos de la suspensión de la ciudadanía? La Corte debilita su posición. No los dice por una sencilla razón: no puede justificar la privación de la ciudadanía con causa penal con base en la sujeción de un auto de prisión preventiva, cuando esa medida, como la Corte lo reconoce, tiene motivos diferentes a la suspensión preventiva de la ciudadanía, pero, además, porque como hemos visto no basta el auto de formal prisión, conforme a la literalidad constitucional, sino su sanción de pena corporal que significa la prisión preventiva. Entonces, ¿cómo puede justificarse la privación anticipada de la ciudadanía sólo con la formal prisión si ambas tienen motivos diferentes? Es un argumento contradictorio.

Ahora bien, es cierto que la formal prisión es el momento procesal que la Constitución mexicana establece para que opere la suspensión de los derechos políticos. En consecuencia, el auto de formal prisión es un pre-

³³ La Corte dice: “tanto el auto de formal prisión como la sentencia que se dicte en un proceso penal, son momentos procesales distintos y traen aparejadas sus respectivas consecuencias inherentes, pudiendo ambas implicar medidas de seguridad y restricción de los derechos, como podrían ser el confinamiento, la prohibición de ir a un lugar determinado, el tratamiento en libertad, semilibertad, decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito; **suspensión o privación de derechos**, inhabilitación o suspensión de funciones o empleos, vigilancia de la autoridad y medidas tutelares para menores, aunque con principios y finalidades distintas” (p. 67).

supuesto necesario pero insuficiente para justificar la restricción de la libertad electoral; es necesario el delito que merezca dicha pena de suspensión, pero insuficiente porque sin pena de suspensión no debe haber restricción del sufragio. En efecto, la expresión del artículo 38 constitucional “a contar desde la fecha del auto de formal prisión” no significa la justificación de la privación de la ciudadanía. Su fundamento más bien está en la expresión “por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal”. Dicho de otra manera: por el delito que merezca, leído correctamente, pena de suspensión de ciudadanía, se puede privar de manera preventiva la libertad electoral. Desde que se dicta un auto de formal prisión, por ende, se puede suspender la ciudadanía, pero es el delito el criterio orientador para justificar el acto de molestia de privar anticipadamente la libertad política por un auto de formal prisión.

Por tal razón, la suspensión automática de la ciudadanía por la formal prisión es inconsistente con el principio de legalidad. Si aplicamos esta fórmula de suspensión ciudadana, entonces dejamos de aplicar la exacta aplicación de la ley penal, que es el mandato constitucional que rige a toda medida restrictiva de la libertad por un delito, entre otras, la privación, provisional o definitiva, de la libertad ciudadana. Es lo básico. Pongamos algunos ejemplos:

H1. Se dicta un auto de formal prisión por un delito sancionado con pena de libertad, pero que en la ley penal no está sancionado expresamente con la suspensión ciudadana. La F1 diría: la Constitución se aplica de manera directa. Basta el auto de formal prisión para suspenderle la ciudadanía al presunto responsable. Pero, ¿será razonable, desde la Constitución, dictar una suspensión preventiva de ciudadanía por un delito sin esa pena? Es obvio que no. No es razonable imponer restricciones anticipadas a la ciudadanía por un juicio penal, si al final de cuentas la suspensión al sufragio quedará levantada por la condena porque no habrá pena de suspensión a imponer. Dicho de otra manera: no hay suspensión preventiva de la ciudadanía sin delito que merezca pena de suspensión definitiva a asegurar.

Si el delito no merece dicha pena, no hay razón para imponer ninguna medida provisional de esa naturaleza restrictiva.

La réplica, por el contrario, afirmaría que la ley penal establece siempre como regla general la pena de suspensión como accesoria de la prisión. Esto es: si hay formal prisión, por ende, el hecho sancionado con prisión accesoriamente merece la suspensión ciudadana. Sin embargo, este cuestionamiento confirmaría mi tesis: es la reserva de ley la que fundamenta la suspensión de la ciudadanía bajo el principio de estricta legalidad penal, mas no la aplicación directa de un mandato constitucional. Pero aun esta forma de justificar la suspensión bajo la regla de pena accesoria sigue teniendo notorias contradicciones con la Constitución. En el ejemplo que sigue trataré de mostrarlo.

H2. Se dicta un auto de formal prisión por el delito culposo de daños en propiedad ajena sancionado con prisión y suspensión de derechos políticos en forma accesoria. ¿La simple accesoriidad justifica la suspensión? ¿La prisión justifica la suspensión? ¿Es constitucionalmente aceptable imponer como medida provisional la suspensión de la ciudadanía por un delito que no merece proporcionalmente dicha pena? ¿Es razonable, desde la Constitución, imponer la suspensión preventiva que no asegura ninguna pena de suspensión al final del juicio por falta de pena exactamente aplicable?

La automaticidad de la regla de la suspensión como pena accesoria vuelve a tener problemas constitucionales. En primer lugar, toda pena a imponer por el juez requiere justificación e individualización (Lara 2004, 185 y ss). La justificación se basa en la proporcionalidad respecto al hecho y el bien jurídico a tutelar. La individualización, por el contrario, se justifica con la motivación conforme al grado de reproche. Por tanto, por más que exista en la ley la accesoriidad de la suspensión por la prisión, el delito necesariamente debe merecer esa pena con base en el principio de proporcionalidad. Entonces, la pregunta a formular es si la conducta de dañar culposamente un bien ajeno merece la privación de la libertad de votar. O sea, ¿la pena de suspensión de ciudadanía es idónea para el delito de daños culposos? ¿Es

útil y necesario sancionar el acto de dañar por imprudencia un bien ajeno, con la privación del derecho a votar? Si la respuesta es no —porque ese hecho no merece en forma definitiva la suspensión de la ciudadanía—, es claro que una suspensión preventiva por el auto de formal prisión es de notoria inconstitucionalidad. Imponer la privación de la ciudadanía de manera anticipada por un delito que no lo merece, implica una medida cautelar inútil, innecesaria y desproporcionada. Es como imponer la prisión preventiva por un delito que no merece prisión. Es un absurdo.

La crítica, sin embargo, podría argumentar que la prisión sí justifica la suspensión de la ciudadanía porque implica un impedimento material para ejercer el derecho a votar. Dicho de otra manera: el que está en la cárcel no puede ir libremente a la casilla a sufragar. Luego entonces, la regla de la accesoriadad es razonable constitucionalmente; si no puede votar por la restricción a su libertad personal, *ergo*, no puede ser titular de derechos políticos. Esta línea argumentativa del Caso Pedraza (2007) tiene también problemas. Puede ser la interpretación más literal, pero no la más sistemática. Es la más literal porque justamente el efecto de la formal prisión es la prisión y, por ende, literalmente la suspensión no procede con el auto de sujeción a proceso porque no equivale a una formal prisión, justamente por la pena de prisión. Pero dicha concepción no es conforme con las reglas constitucionales en materia penal. ¿Por qué? Nuevamente la estricta legalidad penal obliga a que toda pena o restricción, aunque sea accesoria, se justifique e individualice. La reparación del daño, por ejemplo, era una pena accesoria de prisión en algunos códigos penales, pero es obvio que si el delito no causaba daño material o moral a reparar, resulta inútil, innecesario y desproporcionado imponer la pena accesoria de la reparación del daño sin daño causado. De igual forma, la suspensión resultaría una medida inusitada si no hay causa suficiente de privación de la libertad de votar, un delito que no la merece. En consecuencia, no es razonable la automaticidad de la suspensión preventiva como medida accesoria a la pri-

sión preventiva, si el delito por el cual se dicta la formal prisión no merece proporcionalmente la privación del sufragio.

Pero, además, la prisión como obstáculo material para ejercer la libertad de votar no implica un fundamento para negar la ciudadanía. Es un hecho, como he dicho, que dificulta el ejercicio de los derechos políticos, pero no es causa suficiente para restringirlos. Una cosa es que alguien no pueda votar y otra que no tenga derecho a votar. Dicho en clave garantista: la falta de garantías de un derecho fundamental no significa la negación del mismo, sino una aporía que hay que erradicar mediante la técnica garantista (Ferrajoli 2001). Es decir, si el detenido no puede ir a votar por estar recluso en la cárcel, la regla garantista exige facilitar el voto por correo, urnas en el centro penitenciario, permisos de salida o cualquier otra forma confiable que garantice de manera efectiva el voto del detenido sin sacrificios innecesarios o excesivos. Por ende, la suspensión del voto por el solo hecho de estar privado de la libertad es, por regla general, una restricción indebida.

H3. Se dicta un auto de formal prisión por el delito de presión a los votantes que merece suspensión del sufragio activo, pero no se decreta de manera expresa la privación cautelar del voto en la resolución del juez. ¿El procesado tiene suspendidos sus derechos políticos de manera automática por el dictado de formal prisión? En la práctica ordinaria, sí. Al IFE le basta la notificación del juez penal de la formal prisión para dar de baja a los ciudadanos procesados del padrón electoral, aunque no se decrete ni motive expresamente la medida cautelar. La F1 sostendría: es correcta la privación automática porque la suspensión del voto como medida preventiva no necesita declaración judicial, dado que opera por aplicación directa de una disposición constitucional. El problema, empero, sigue siendo la estricta legalidad. Todo acto de molestia debe motivarse en causa legal que lo justifique. En el caso la suspensión preventiva como acto de molestia debe especificarse cuáles son las razones por las que es útil y necesario decretar la suspensión preventiva del voto. El delito por presión a los votantes,

en principio, tiene una mayor presunción de constitucionalidad porque la persona que ejerce presión a los demás afecta la libertad de decidir, con lo cual es razonable, a primera vista, castigarlo con la pérdida de su voto en tanto que su conducta daña el fundamento del sufragio, la libertad de decidir. Pero no basta la justificación abstracta; es necesaria su motivación concreta. El juez tiene que imponer la medida preventiva argumentando por qué en el caso el presunto responsable debe perder anticipadamente su libertad política para garantizar la pena definitiva de restricción ciudadana. Si no hay imposición ni motivación expresa de la suspensión preventiva, no debe haber acto de molestia. De lo contrario, estamos privando derechos fundamentales sin mandato judicial individualizado.

H4. Se dicta un auto de formal prisión por el delito de conducción en estado indebido que está sancionado con la suspensión del sufragio activo, pero la persona inculpada se encuentra libre bajo caución, tal como en el Caso Pedraza (2007). ¿Es válido limitar su libertad a votar cuando su libertad personal no está limitada? La F1 es tajante: el auto de formal prisión —independientemente de si el delito es grave o no y, por ende, sin importar que la persona tenga o no derecho a la libertad bajo caución— es suficiente para suspender provisionalmente el voto. Por ende, en la lógica de la automaticidad de la suspensión, la cuestión para no suspender el sufragio sería: ¿para gozar de la libertad de votar también tendría que caucionar el presunto responsable? Ahora bien, la naturaleza mecánica de la regla de la suspensión de la ciudadanía es cuestionable por varias razones. En primer lugar, por la literalidad constitucional. La suspensión preventiva se justifica por la formal prisión y no por la sujeción a proceso. Es decir, la razón de la suspensión es la sanción de la prisión preventiva, porque un delito que no lleva aparejada esa sanción no merece ninguna suspensión por disposición constitucional, como se demostró con el Caso Menes (2000). Esta premisa literal evidencia, por otro lado, una aporía de igualdad: el procesado en libertad por sujeción a proceso no merecería suspensión ciudadana, pero el procesado en libertad bajo caución por la formal prisión, sí. Si la diferencia

entre ambos supuestos procesales es la prisión preventiva, la regla de la automaticidad rompe su lógica, pues trata sin restricción a uno y con restricción a otro, sin causa que lo justifique, porque ambos están en la misma situación de libertad personal sin prisión preventiva. En tercer lugar, la regla automática de la suspensión ciudadana se articula por la inmediatez de la prisión preventiva; es decir, la Constitución (antes de la reforma de 2008) sostenía que el dictado de la formal prisión motiva, sin pieza por separado, la prisión preventiva, porque para gozar de libertad se requiere caucionar. Si la prisión preventiva es automática por la formal prisión, la suspensión también debería serlo, según esta lógica interpretativa. Pero justamente la regla de automaticidad en el caso de la libertad bajo caución encuentra su contradicción insuperable: si la formal prisión determina *ipso facto* la prisión preventiva, y ésta, a su vez, la suspensión preventiva, es claro que si aquélla se deja igualmente sin efectos por la caución, la suspensión preventiva debe seguir la misma suerte, conclusión lógica que sería inaplicable por la F1 que sostiene que independientemente de si encuentra en libertad provisional o no, la suspensión de la ciudadanía opera categóricamente por la sola formal prisión. Un absurdo más.

La tesis de la F1 mantendría, no obstante, su concepción absolutista. El mandato constitucional es por el solo dictado del auto de formal prisión, porque el hecho estaría sancionado con pena privativa de la libertad. Pero esta forma de razonar es inconsistente con el uso interpretativo del enunciado constitucional “delito sancionado con pena corporal” en las medidas cautelares en materia penal, pues el consenso jurisprudencial de esta expresión, para efectos de la orden de aprehensión o la formal prisión, significa la posibilidad de justificar la prisión preventiva mediante la detención durante el juicio. Luego, si la formal prisión se deja sin efecto por la libertad provisional, en términos literales se puede decir que si bien hay prisión formalizada porque se autoriza privar de la libertad en forma preventiva, ello no significa una privación indefinida de la libertad por el auto del juez, en tanto que el procesado podrá tener derecho a la libertad pro-

visional que deja sin efectos la prisión preventiva. Las consecuencias de la formal prisión, por tanto, no son absolutas ni categóricas. Es decir, no hay derechos absolutos, por ende, las restricciones a los mismos tampoco deben ser categóricas.

H5. Se dicta formal prisión por el delito de vagancia y malvivencia. Tiene derecho a la libertad bajo caución pero no tiene dinero para pagar la fianza. ¿Es válido suspender la ciudadanía al vagabundo en prisión preventiva? La F2 respondería sí, como la suspensión es consecuencia de la prisión, mientras esté detenido no puede ejercer la ciudadanía y, por ende, no tiene derecho al sufragio. La prisión preventiva justifica la suspensión preventiva. La F3, por el contrario, sostendría que no: la conducta de no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada no merece la privación de la ciudadanía, menos aún cuando la falta de dinero impediría la posibilidad de gozar la libertad. Se trata de un “sufragio censitario”; por no poseer renta y por ser vagabundo, no se es ciudadano, lo cual es absolutamente discriminatorio. La fórmula del “delito merece suspensión” es, a mi juicio, más adecuada para resolver estos problemas, porque no es un hecho como la prisión lo que justifica la privación del sufragio, ni tampoco por la sujeción al proceso, sino por la conducta que razonablemente merece la privación de la ciudadanía. Una conducta como la del vagabundo es, por sí misma, inútil e innecesaria de prohibir porque implica el ejercicio del derecho a deambular mientras no cause un daño a evitar,³⁴ por lo que la sanción de privar la calidad ciudadana por ser vagabundo es notoriamente inusitada: no tener derecho a votar / porque no se tiene dinero / para pagar la fianza / por falta de un trabajo honesto. Por tal razón, la F3 es más completa y coherente.

³⁴ Véanse las Tesis Jurisprudenciales XXIII.3o. J/1, XXIII.3o. J/2 y 3o. J/3, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002, pp. 1271, 1298 y 1299, en donde el delito de vagancia y malvivencia se declara inconstitucional por los principios de libertad, igualdad y legalidad.

Los defensores de la F2 insistirían en que la falta de pago de la fianza es un hecho irrelevante. La prisión preventiva, de igual forma, no se deja sin efectos por falta de dinero. Sin embargo, esta réplica deja pasar desapercibidas dos cuestiones. La primera: la prisión preventiva se justifica por el delito que merece esa pena. Si la ley penal castiga proporcionalmente el hecho con prisión, es razonable autorizar la medida cautelar. La suspensión preventiva, por tanto, también debe justificarse por el delito y no por la prisión. En segundo lugar, la prisión preventiva se justifica como medida para asegurar el juicio a fin de evitar la fuga, la alteración de las pruebas, la protección de las víctimas, etcétera. En el caso de la suspensión preventiva de la ciudadanía tiene por objeto asegurar la pena definitiva de suspensión de derechos políticos, por el riesgo que entraña para el gobierno representativo una persona que sea declarada culpable de un delito que merece dicha pena. Por tanto, la medida cautelar de la prisión preventiva tiene sus razones, pero la suspensión de la ciudadanía no tendría razón alguna de justificación si es por el solo hecho de la prisión, en tanto que el detenido por ser vagabundo podría votar por otros medios si se garantizan éstos; luego entonces, tener que pagar la fianza para gozar de libertad ciudadana es excesivo y desproporcionado, porque la carga caucional es razonable para disfrutar de la libertad personal para asegurar el juicio y la posible reparación del daño a las víctimas, pero no es útil ni necesaria para exigirla a cambio de la libertad de votar.

H6. Se dicta auto de formal prisión por un delito electoral contra un funcionario público que obliga a sus subordinados a realizar actividades proselitistas a favor de un partido, bajo la presión de que si no lo hacen perderán su trabajo.³⁵ Este supuesto es el que, en principio, justificaría de manera hipotética la suspensión del sufragio, pero no por aplicación de la F1 y F2, sino a partir de la F3. Primero, esta conducta de presionar el voto de los demás merece suspender el voto personal, porque la persona que vulnera la libertad de elegir de otras personas no merece gozar de su derecho a decidir.

³⁵ Véase *El Universal*, "Formal prisión a funcionaria proselitista", 7 de febrero de 2010, México, DF.

Segundo, su calidad de funcionario público le permitiría presionar durante la elección a sus empleados, por lo que existe un dato razonable para justificar una medida cautelar. Mientras dura el juicio, el presunto responsable merece la suspensión preventiva de su libertad política si continúa en el cargo público para evitar que, por ejemplo, pueda ejercer determinados derechos de participación política, como ser representante de casilla o candidato, que le permitan coaccionar o presionar el voto de los empleados bajo sus órdenes. Y tercero, aun cuando la conducta merezca la suspensión de la ciudadanía, si no existe el daño o riesgo claro y presente que ponga en duda la libertad de los electores, no sería razonable ni aceptable dictar la medida preventiva, esté o no en prisión preventiva el presunto responsable.

Pues bien, he tratado de argumentar en estos seis casos que el modelo de privación absoluta, automática y abstracta es inconsistente con los principios de estricta legalidad y de proporcionalidad en materia penal, que exige que la suspensión del voto como medida cautelar no debe ser una restricción indebida, lo cual, a mi juicio, es notoriamente indebida si el delito no merece la pena de suspensión ciudadana de manera proporcional, y aun cuando la merezca, sigue siendo indebida la suspensión si no hay una motivación concreta que justifique la idoneidad, utilidad y necesidad de la medida provisional. La Constitución, por tanto, impone un modelo de suspensión de derechos políticos específico, proporcional y motivado, en donde el juez tiene la obligación de declarar en forma expresa la suspensión de cada uno de los derechos políticos según las circunstancias del caso.

*El Caso Facundo: la presunción de inocencia
como “regla de trato” con estricta legalidad
y proporcionalidad*

¿Cómo se debió argumentar el Caso Facundo? La SR-Toluca soluciona el problema de manera correcta, a mi juicio, pero su argumentación es inadecuada. En el fondo la tesis central es la presunción de inocencia entendida

como la no suspensión de los derechos políticos por la falta de sentencia de condena. En la ejecutoria de la SR-Toluca se dice: “mientras el acusado no sea condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le prive de la libertad, éste no debe ser suspendido en sus derechos políticos” (p. 19). La razón es el criterio de interpretación más favorable a la libertad. Prevalce la presunción de inocencia para evitar la aplicación amplia de la suspensión preventiva de derechos políticos.³⁶ Esta línea argumentativa, por tanto, implica una fórmula de solución distinta a las analizadas, a saber:

F4. No hay suspensión de ciudadanía sin sentencia definitiva.

Esta tesis es, a mi juicio, inaplicable si se trata de la suspensión de la ciudadanía como medida cautelar, porque es una concepción fuerte de la presunción de inocencia que en realidad resulta contradictoria para justificar los actos privativos de la libertad en forma anticipada. Es claro: no se puede alegar la necesidad de la condena para no suspender provisionalmente los derechos políticos, si la Constitución permite esta restricción cautelar, para bien o para mal. La cuestión constitucional no es, por tanto, inaplicar la norma de la suspensión por auto de formal prisión, sino de argumentar su mejor interpretación, amplia o restrictiva, para confeccionar su aplicación coherente y plena con el sistema constitucional. Por ende, la derrotabilidad de la regla de la suspensión preventiva de la ciudadanía no es conforme a la Constitución, por más injusta que nos parezca (García 2010).

³⁶ En la ejecutoria del Caso Facundo (2009), la SR-Toluca dice: “si el artículo 38, fracción II Constitucional establece que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; y por su parte, el diverso numeral 20, apartado B de la Constitución General, establece que es derecho de toda persona imputada, que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; se concluye que el segundo de los numerales invocados, le reconoce al gobernado una presunción de inocencia, lo que de suyo implica que la privación de derechos sólo puede proceder una vez dictada una resolución firme, por lo que ante dicho principio, no puede operar de manera preferente el derivado del artículo 38, fracción II constitucional, en el que basta el auto de formal prisión, para que éste traiga aparejada la suspensión de derechos políticos” (p. 20).

Diferente, en cambio, si proponemos una lectura de aplicación estricta de la fracción II del artículo 38 constitucional, en la que entendamos a la presunción de inocencia como “regla de trato” que exige medidas cautelares relativas, concretas y proporcionales que no limiten la libertad ciudadana de manera absoluta, injustificada e innecesaria. En efecto, la presunción de inocencia puede ser considerada como una “regla de juicio”, “de prueba” y, en general, “de tratamiento”. La primera significa el debido proceso: nadie puede ser privado de sus derechos sin juicio previo (Zamora 2006). Es la concepción fundamental que se pretende aplicar en el Caso Facundo (2007). Si no hay sentencia definitiva, prevalece el trato absoluto de la inocencia para evitar la privación anticipada de la libertad electoral. La segunda, por el contrario, implica la fórmula *in dubio pro reo*: en caso de duda, hay que absolver y optar, por ende, por la situación más favorable (Romero 1985). La tercera, finalmente, se traduce en una garantía procesal de trato razonable, con lo cual durante el proceso se deben “reducir al mínimo las medidas restrictivas en contra del inculpado” (Aguilera 2004, 1555). Como “regla de trato”, por tanto, la presunción de inocencia es una garantía extensa que puede tener una mayor o menor intensidad (Allué 2005), según el contenido conceptual que reproduzcan las fórmulas débiles o fuertes de la presunción de inocencia que operen en el juicio, en la prueba y en el trato en general del presunto delincuente. Es poco o nada intensa, por ejemplo, si de las premisas conceptuales de las reglas a operar se desprende la tesis de la peligrosidad para restringir el sufragio a todo procesado sin importar el delito, pero es muy intensa, sin embargo, si asumimos como válida una postura categórica del goce pleno de la libertad política del presunto delincuente en cualquier caso. No hay suspensión sin sentencia definitiva. Sea cual fuere la postura adoptada, lo que me interesa destacar es una posición intermedia en que la presunción de inocencia es una garantía de trato que tutela la libertad en general (Ovejero 2006), con lo cual la libertad política debe también estar amparada y entrar, por ende, en íntima conexión con este principio constitucional informador de las

instituciones para delimitar los derechos políticos de los presuntos responsables, toda vez que, como se dijo en el Caso Pedraza (2007) el trato de inocente “permea toda la actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional del Estado”, porque su proyección tiene efectos como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionado de las interpretaciones de las normas jurídicas en cualquier materia (Vázquez 1984, 300; Romero 1985, 78; Pedrajas 1992, 232). Dicho de otra manera, tratar como inocente a alguien significa, bajo esta perspectiva, discutir las mínimas restricciones que se deben realizar a una persona sujeta a un proceso penal, entre las que destaca para el caso mexicano la suspensión de su libertad de participación política sin causa debida.

Entonces, la concepción correcta es la que el TEPJF plantea en el Caso Pedraza (2007), al decir que la presunción de inocencia significa: “aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva”. Esta fórmula Pedraza, sin embargo, yerra en la forma de entender la interpretación estricta, como bien lo apunta García Manrique (2010): no es la prisión preventiva el fundamento de la suspensión ciudadana ni tampoco la sentencia firme; lo más correcto, como he dicho, es la tesis de la F3 basada en los principios de estricta legalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares en materia penal, relacionadas con la pena de suspensión de la ciudadanía por causa penal, tal como se ensaya en el Caso Godoy (2009)³⁷ para justificar, a partir del principio de proporcionalidad, la razonabilidad de la causa de prófugo de la justicia como medida suspensiva de la ciudadanía a una persona que, sin presentarse ante las autoridades, pretende ejercer la representación política. Resulta un error argumentativo, en consecuencia, sostener que no se suspenden los derechos políticos por un auto de formal prisión, porque no existe la sentencia definitiva, sencillamente porque la sentencia es otro supuesto constitucional de la suspensión de la ciudadanía, como bien lo desarrolla la SCJN en su jurisprudencia antes dicha.

³⁷ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 1 de octubre de 2009, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JDC-670/2009.

Por lo tanto, si la presunción de inocencia fuese un principio tan categórico como se plantea en el Caso Facundo (2007), prácticamente no se podrían decretar actos de molestia que privan derechos y libertades a los inculpados de manera anticipada. Serían inaceptables los arraigos, casos urgentes, órdenes de aprehensión, cateos, interceptación de comunicaciones privadas, etcétera. ¿Por qué? No habría sentencia definitiva, *ergo*, no sería dable privar derechos a los inocentes. Lo cual tampoco es razonable con el sistema constitucional, porque las privaciones de derechos, anticipadas a la sentencia, son costos que la Constitución mexicana autoriza en contra de todo presunto responsable en tanto que las medidas cautelares sean útiles, necesarias y adecuadas conforme a un principio de razonabilidad que la Corte ha desarrollado en los límites de los derechos fundamentales.³⁸ Ese es el punto. Mi tesis es que la regla de trato de la presunción de inocencia exige la aplicación estricta de las medidas cautelares, por lo que los criterios a seguir para justificar o no la suspensión preventiva de la ciudadanía se encuentran en la estricta legalidad y proporcionalidad de las penas como reglas orientadoras para la restricción razonable de la libertad electoral de los inculpados.

Por lo tanto, el Caso Facundo (2009) requiere una formulación distinta. Se puede seguir, en efecto, con la línea de la presunción de inocencia pero entendida como “regla de trato razonable” bajo los principios de estricta legalidad y de proporcionalidad, que exigen evitar restricciones indebidas durante el juicio a las libertades y derechos de los presuntos responsables, de tal forma que la suspensión de derechos políticos como restricción anticipada opera, si y sólo si

³⁸ Esta concepción garantista de las medidas cautelares en el juicio penal se contiene en el artículo 10 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (2009), que a la letra dice: “Las medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, previstas en este código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al derecho que se pretende proteger, al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”.

R1. Se trate de un delito que merezca la pena de suspensión de derechos políticos.

R2. Que la suspensión provisional de derechos políticos resulte idónea, útil y necesaria para salvaguardar una finalidad constitucionalmente aceptable del gobierno representativo.

R3. Que exista la causa probable del daño o riesgo claro y presente de la peligrosidad de la conducta durante el juicio, para justificar bajo el *test* de razonabilidad la medida cautelar que pretende asegurar la pena definitiva.

En consecuencia, las preguntas correctas que debió hacerse la SR-Toluca para resolver el Caso Facundo son las siguientes:

P1. ¿El delito por el que se dictó formal prisión merece suspensión de derechos políticos?

P2. ¿Es idóneo, útil y necesario suspender el voto en el caso concreto?

P3. ¿Existe peligrosidad suficiente en el caso concreto para decretar la medida preventiva de suspensión del voto?

Estas preguntas implican, respectivamente, tres exámenes a considerar: el *test* de estricta legalidad, el *test* de proporcionalidad y el *test* de la peligrosidad real. Veamos cada uno de ellos.

En el Caso Facundo (2009) la conducta prohibida objeto de la formal prisión fue “hacer uso de un documento falso para producir efectos legales”. Como el delito en la legislación penal local tenía sanción de prisión, operó de manera automática, según la lectura ortodoxa, la suspensión de los derechos políticos como pena accesoria conforme a la ley local. Luego entonces, existe un primer *test* de legalidad. ¿El delito está sancionado con pena de suspensión? Sí, por lo menos formalmente. Ahora bien, la pregunta siguiente sería: ¿el juez motivó la suspensión? Según los datos del caso, no; el juez penal sólo notificó la formal prisión, lo cual fue suficiente para que el IFE diera de baja al procesado del padrón de electores. Pero,

esta omisión de motivación ¿qué significado tiene? El “test de estricta legalidad” sería suficiente para no tener suspendido el derecho al voto por falta de imposición del juez penal competente. No hay acto de molestia sin juez que lo decrete expresa y motivadamente. En tal sentido, la suspensión abstracta, automática y categórica de la ciudadanía sería cuestionable por la inexistencia del mandato judicial. Así como no hay arraigo, orden de aprehensión o formal prisión sin juez que lo resuelva, tampoco debe existir suspensión preventiva de la ciudadanía sin juez que la motive. No abundaré más en las razones que he desarrollado anteriormente.

Pues bien, si el “test de estricta legalidad” es insuficiente, por ende, la “prueba de proporcionalidad penal” formularía la pregunta siguiente: ¿el acto de usar documento falso merece la privación de la libertad electoral? Mi respuesta depende del caso que, por lo demás, desconozco porque no tuve acceso a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ejecución del hecho delictivo. Pero formulemos algunas hipótesis.

H1. El supuesto uso del documento falso (constancia de residencia) fue para tramitar ante el IFE una credencial de elector a fin de ser elegible a un cargo popular para cumplir el requisito de residencia que no cumplía para ser electo. ¿Se le debe suspender la libertad electoral a quien falsee documentos para ser electo? En principio, sí resulta útil y necesario privar de la libertad a toda aquella persona que, para reunir los requisitos para ser elegible, falsea ante la autoridad rompiendo así el pacto social que dice que sólo serán elegibles los que cumplan las calidades previstas en la ley. ¿Por qué? En primer lugar, la privación evitaría el registro de una candidatura ilegal. En segundo lugar, protegería la igualdad entre los contendientes electorales que sí reúnen los requisitos. Y en tercer lugar, se garantizaría la legitimidad de la representación política; el ciudadano no elegiría a un representante ilegítimo. Pues bien, más allá de estar a favor o en contra de esta argumentación, lo que se pretende mostrar es la metodología a emplear. La conducta a prohibir es la que determina si es válido o no suspender la ciudadanía para garantizar el principio del sufragio o el gobierno representativo.

H2. El supuesto uso del documento falso (acta de nacimiento) fue para ser beneficiario de un programa de adultos mayores, porque la persona no tiene el rango de edad que el programa exige, tiene 69 y no 70 años. ¿Es válido restringir el derecho al voto? En este caso no encuentro ninguna idoneidad en restringir la ciudadanía al sujeto que falsea documentos para otros fines diferentes a los efectos electorales, menos cuando las razones sean las de lograr un beneficio social en un país de pobreza. No es útil ni necesario, por tanto, que el adulto mayor deje de tener derecho al voto por querer ser elegible de un programa social.

En ambos casos no es la aplicación categórica de la regla de privación de los derechos políticos la que resulta más conveniente; por el contrario, la aproximación a un modelo concreto, proporcional y específico permitiría evaluar motivadamente en qué casos, según las circunstancias a juzgar, resulta procedente suspender la ciudadanía por un delito sancionado con pena de suspensión de derechos políticos. Pero, ¿sería suficiente el *test* de proporcionalidad penal? No. El “*test* de peligrosidad real” es necesario superarlo para justificar la medida preventiva. Veamos por qué.

En la H1 ¿existirá riesgo claro y cierto en el presunto responsable que al final de cuentas no será postulado como candidato para ser electo durante el juicio? Me parece que aunque existan buenas razones para limitar el derecho a ser votado si resulta responsable de tal conducta que afecta el sufragio, no es, empero, útil ni necesario que durante el juicio se prive de su libertad electoral de manera precautoria a un presunto que no será candidato. ¿Para qué privar el derecho a ser votado si no será postulado por ningún partido político durante el tiempo que dure el juicio penal? ¿Qué riesgo de peligrosidad se puede predicar en un sujeto que no podrá presentarse como candidato? ¿Es razonable privar anticipadamente del sufragio pasivo a aquel que no será candidato? Sería una especie de restricción inadecuada por la falta de riesgo al bien jurídico a resguardar preventivamente: la posibilidad de acceder al cargo. Es, pues, inaceptable restringir el sufragio pasivo si no hay peligrosidad real en permitir la

libertad al presunto porque no hay datos que indiquen la presunción de una conducta a evitar o limitar que pueda resultar incompatible con su situación de procesado.

Pero pongamos otro ejemplo:

H3. A una persona se le dicta un auto de formal prisión por daños y lesiones graves cometidos en perjuicio de su partido y de algunos militantes, realizadas en una asamblea para elegir cargos directivos. Existen datos que indican que el presunto responsable ya había sido suspendido en sus derechos partidistas por ejercer violencia en asambleas partidistas cuando las votaciones no favorecían a su grupo, pero además existen manifestaciones públicas y notorias que revelan la intención del presunto de boicotear de nuevo la asamblea partidista una vez que pague su fianza porque tiene a salvo sus derechos partidistas. ¿Es razonable privarlo de sus derechos de participación en el partido para evitar riesgos o daños futuros al partido o a sus militantes? En estos casos de conductas ilegales de militantes en contra de los partidos (Ríos 2008), se pudiera afirmar que, aunque la persona se encuentre en libertad bajo caución, puede ser razonable privarla únicamente de su libertad política en materia partidista para dejar sin efecto sus derechos a participar en las asambleas para elegir cargos directivos, por el riesgo que representan sus conductas precedentes, que hacen presumir una posible violencia a la hora de celebrar la nueva asamblea. ¿Es razonable, entonces, suspender derechos políticos al que está libre en el juicio? Si hay buenas razones que justifican la protección de los ofendidos, me parece que sí.

En conclusión, la F3, a partir de las pruebas de estricta legalidad, proporcionalidad y de peligrosidad real, es la fórmula de solución que resuelve, a mi juicio, de una manera más coherente y plena, conforme al sistema constitucional, cada uno de los problemas que pueden presentar la regla de la suspensión de la ciudadanía por causa penal, tutelando de

manera equilibrada cada uno de los derechos, libertades y fines en juego a fin de salvaguardar el principio fundamental del sufragio, la autonomía personal. Es, pues, una posición garantista justificada conforme al texto constitucional.

Fuentes consultadas

- Aguilera Morales, M. 2004. Presunción de inocencia y derechos de defensa. En dirs. E. Álvarez Conde y V. Carrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Allué Buiza, A. 2005. Una presunción de inocencia extensa y poco intensa. En coords. J. García Roca y P. Santolaya. *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón Reyes, M. 1998. Derecho electoral: sufragio activo y pasivo. En *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bastida Freijedo, F. J. 1986. "Ley electoral y garantías judiciales". *Revista de las Cortes Generales* 7. 41y ss.
- Behrens, A. 2004. "Voting-Not Quite a Fundamental Right? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws". *Minnesota Law Review* 1, vol. 89. 231-75.
- Ewald, A. 2002. "Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States". *Wisconsin Law Review*. 1045-137.
- . y B. Rottinghaus. 2009. *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Ferrajoli, L. 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- García Manrique, R. 2010. "La suspensión de derechos políticos por causa penal: el caso mexicano". *II Seminario Internacional del*

- Observatorio Judicial Electoral*. 17-19 de noviembre. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en prensa).
- Hull, E. 2006. *The Disenfranchisement of Ex-Felons*. Filadelfia: Temple University Press.
- Karlan, P. S. 2004. "Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement". *Stanford Law Review*, vol. 56, 1147-70.
- Lara Chagoyán, R. 2004. *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*. México: Fontamara.
- Manza, J. y C. Uggen. 2008. *Locked Out. Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nueva York: Oxford University Press.
- Morlino, L. 2005. *Democracias y democratizaciones*. México: Cepcom
- Nieto Castillo, S. 2009. "¿Derecho electoral del enemigo? Reflexiones desde la experiencia española, turca y colombiana". *Justicia Penal Electoral* 17:131-40 México: FEPADE.
- Ovejero Puente, A.M. 2006. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pedrajas, A. 1992. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Trotta.
- Reiman, J. 2005. "Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons". *Criminal Justice Ethics* 1, vol. 24, (invierno-primavera): 3-18.
- Ríos Vega, L. E. *La suspensión de los derechos políticos por auto de formal prisión. El caso Pedraza* (en prensa).
- . 2008. *La sanción partidista en el PAN: el caso González*. Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral 5. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- . 2010a. *Sufragio pasivo, inmunidad parlamentaria y delincuencia organizada. El caso Godoy*. México: Porrúa.
- . 2010b. *El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos. El caso Hernández*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- . 2010c. *La regla del 38. Concepto, modelos y soluciones* (en prensa).
- . 2010d. “La suspensión preventiva del sufragio pasivo: ¿prisión, libertad o delito?”. En *III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*. 6, 7 y 8 de octubre de 2010. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Robben, A. 2007. “A Strike At The Heart Of Democracy: Why Legal Challenges to Felon Disenfranchisement Laws Should Succeed”. *10: D.C. Law Review*. 15-34. The University of District of Columbia.
- Romero Arias, E. 1985. *La presunción de inocencia. Estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*. Pamplona: Aranzadi.
- Salazar, O. 1999. *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*. Granada: Comares.
- Salazar, P. 2009. *Garantismo espurio*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Vázquez Sotelo, J.L. 1984. *Presunción de inocencia e íntima convicción del tribunal*. Barcelona: Bosch.
- Zamora Pierce, J. 2006. *Garantías y proceso penal*. México: Porrúa.