Instituto Electoral del Estado de Querétaro

Defensoría de los DERECHOS HUMANOS de Querétaro

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

# RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD


**COORDINACIÓN**

JAVIER RASCADO PÉREZ

CARLOS RUBÉN EGUIARTE MERELES

ROGELIO FLORES PANTOJA

**PRÓLOGO**

MARIANO PALACIOS ALCOCER


1

### Javier Rascado Pérez

Presidente de la Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro. Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro (UAQ). Maestro en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset en coordinación con el Instituto Nacional de Administración Pública en Madrid, España. Licenciado en Derecho por la UAQ. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores (SNI: Nivel 1). Profesor e investigador de la Facultad de Derecho y de la División de Investigación y Posgrado de la UAQ. Autor del libro "El poder ejecutivo en la reforma del Estado". Coordinador y coautor de los libros: "Pensar el derecho", "Derecho de acceso a la información y protección de datos personales. Estudios interdisciplinarios", "500 años del Municipio" y "Retos del Estado constitucional. Transparencia y combate a la corrupción".

### Carlos Rubén Eguiarte Mereles

Consejero Electoral del Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Querétaro, en donde previamente se desempeñó como secretario ejecutivo y director general. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro, maestro en Derecho Electoral por la Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y maestro en Administración Pública por la Universidad del Valle de México. Coordinador de libros, autor y coautor de capítulos de libro, conferencista en universidades dentro y fuera de México y colaborador en medios de comunicación y revistas especializadas en temas político-electorales.

### Rogelio Flores Pantoja

Director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Licenciado en Derecho por la UNAM. Maestro en Derecho Procesal Constitucional y en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Profesor invitado en universidades e instituciones europeas y latinoamericanas. Realizó una estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Forma parte del Consejo Académico del Centro de Estudios de Actualización en Derecho. Miembro de la International Society of Public Law (ICON-S), capítulo México. Como coautor, coordinador o editor ha participado en más de 50 libros.

Colección

# Constitución y Derechos

# Restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos de las personas privadas de libertad

**Javier Rascado Pérez**
**Carlos Rubén Eguiarte Mereles**
**Rogelio Flores Pantoja**
Coordinadores

Instituto Electoral del Estado de Querétaro
Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2024

Primera edición: mayo de 2024

*Restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos de las personas privadas de libertad*

DR © 2024. Defensoría de los Derechos Humanos del Estado de Querétaro
Av. Luis Vega Monrroy 1101, zona dos extendida
Col. Plazas del Sol 1ra Secc, 76099, Querétaro, México

DR © 2024. Instituto Electoral del Estado de Querétaro
Av. Las Torres 102,
Col. Galindas, 76177, Querétaro, México

DR © 2024. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur,
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN Volumen: 978-607-99412-8-4
ISBN Obra completa: 978-607-99412-7-7

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de las instituciones editoras.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso de los editores.

Coordinación editorial

Javier **Rascado Pérez**
Carlos Rubén **Eguiarte Mereles**
Rogelio **Flores Pantoja**
***Coordinación***

Tania Mariel **Farfán García**
Juan Carlos **Villagómez Cornejo**
***Edición***

Estephanía **Martínez Pineda**
***Formación***

Alejando **Jiménez García**
***Diseño de Portada***

Instituto Electoral del
Estado de Querétaro

*Consejo General*

Grisel Muñiz Rodríguez
*Consejera Presidenta*

Daniel Dorantes Guerra
*Consejero Electoral*

Carlos Rubén Eguiarte Mereles
*Consejero Electoral*

Rosa Martha Gómez Cervantes
*Consejera Electoral*

Karla Isabel Olvera Moreno
*Consejera Electoral*

María Pérez Cepeda
*Consejera Electoral*

José Eugenio Plascencia Zarazúa
*Consejero Electoral*

Juan Ulises Hernández Castro
*Secretario Ejecutivo*

Joel Rojas Soriano
*Representante del Partido Acción Nacional*

Eduardo Martínez Lugo
*Representante del Partido Revolucionario Institucional*

Adolfo Camacho Esquivel
*Representante del Partido de la Revolución Democrática*

Arturo Bravo González
*Representante del Partido Movimiento Ciudadano*

Ricardo Astudillo Suárez
*Representante del Partido Verde Ecologista de México*

Jaime Miguel Castañeda Salas
*Representante del Partido Morena*

José Fernando Ramos Gutiérrez
*Representante del Partido del Trabajo*

Ma. Concepción Herrera Martínez
*Representante del Partido Querétaro Seguro*

Defensoría de los
DERECHOS
HUMANOS
de Querétaro

Javier Rascado Pérez
*Presidente*

Luz Alegría Salgado Monjarás
*Visitadora General*

Rosalía Isabel Alarcón Macías
*Secretaria Ejecutiva*

Estefani Rincón Rangel
*Secretaría de Finanzas y Administración*

Eric Horacio Hernández López
*Secretario Técnico*

Víctor Daniel Pernalete Blanco
*Coordinador de Relaciones Institucionales y Comunicación Social*

Rodrigo Chávez Fierro
*Coordinador del Centro de Estudios sobre Derechos Humanos de Querétaro*

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
*Gobernador Constitucional*

Carlos Alberto Alcaraz Gutiérrez
*Secretario de Gobierno*

Gustavo Arturo Leal Maya
*Secretario de Finanzas*

Mario Fernando Ramírez Retolaza
*Oficial Mayor*

Rogelio Flores Pantoja
*Director del Instituto de Estudios Constitucionales*

# Contenido

Prólogo. Restricción constitucional al ejercicio de los derechos humanos de las personas privadas de libertad . . . 15
Mariano Palacios Alcocer

**Primera Parte**
**Restricciones constitucionales al ejercicio de derechos político-electorales de las personas privadas de la libertad**

Reflexiones sobre la suspensión de derechos políticos de las personas privadas de la libertad por sentencia firme . . . . . 23
Felipe de la Mata Pizaña

El papel de la Defensoría Pública del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la defensa de los derechos político-electorales de las personas en prisión preventiva 43
Alejandro David Avante Juárez

Límites a la libertad de expresión, política de las personas en prisión. . . . . 63
Martha Leticia Mercado Ramírez

La protección al ejercicio del derecho a votar de las personas en prisión preventiva . . . . . 81
Gilberto Pablo De Hoyos Koloffon
Alejandra Esquivel Quintero

Restricciones constitucionales al voto activo de las personas privadas de la libertad desde la perspectiva del ejercicio de derechos humanos . . . . . 95
Gerardo Macías Rodríguez

El sufragio en reclusión desde una perspectiva de derecho comparado en Latinoamérica . . . . . 117
Carlos Rubén Eguiarte Mereles

**Segunda Parte**
**Restricciones constitucionales al ejercicio de derechos humanos de las personas privadas de la libertad**

El tratamiento de las personas privadas de libertad desde el marco de las Naciones Unidas . . . . . 145
Javier Rascado Pérez

Derechos humanos de las mujeres en prisión y su alcance en las infancias y adolescencias . . . . . 163
Carolina del Ángel Cruz

Afectación del derecho a la protección de la familia de las personas privadas de la libertad . . . . . 185
Mariana Durán-Márquez
Héctor Manuel Guzmán Ruíz

Breves reflexiones en torno a la facultad soberana del Estado para realizar restricciones constitucionales . . . . . 219
Elba Jiménez Solares

Las restricciones constitucionales y el *test de oportunidad*: el caso de la prisión preventiva oficiosa . . . . . 245
Ramsés S. Montoya Camarena

Personas privadas de su libertad y el derecho humano a la salud durante la pandemia por Covid-19. Un acercamiento desde la bioética . . . . . 267
Raúl Ruiz Canizales

El tratamiento diferenciado de los grupos vulnerables privados de libertad a la luz de la OC-29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . . 299
Rodrigo Chávez Fierro

# Prólogo
# Restricción constitucional al ejercicio de los derechos humanos de las personas privadas de libertad

La afortunada iniciativa de la Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro, el Instituto Electoral del Estado de Querétaro y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, de convocar a destacadas personalidades de la academia y el servicio público, representa un valioso esfuerzo interinstitucional que resulta oportuno y pertinente. Es muestra del interés que la defensa y el libre ejercicio de los derechos humanos tiene en toda sociedad democrática.

Este libro representa la oportunidad de abrir un espacio, en el que distintas voces de manera interdisciplinaria abordan el tema de las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos a las personas privadas de libertad.

Resulta muy ilustrativo, ya que la privación de la libertad como pena impuesta por el Estado no solo impacta la individualidad del reo sino en un contexto más amplio a sus familias y su entorno social. La limitación del derecho a la libertad conlleva otra serie de afectaciones que deben ser estudiadas y atendidas; la reclusión no puede ser una nueva forma de exclusión social.

Desde una primera aproximación al estudio de los derechos humanos de fuente convencional nos permite advertir que estos no son estáticos ni absolutos, su mejor comprensión y tutela han evolucionado de manera progresiva, y si bien los Estados

nacionales pueden establecer restricciones a su ejercicio, estas deben de ser objetivas, racionales, sometidas a control judicial, soportadas en argumentaciones válidas y convincentes, ya no será justificable la invocación de la fuente constitucional de tales restricciones, pues deberán ajustarse a determinadas pruebas de valoración como ocurrió por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las figuras del arraigo y la prisión preventiva en México.

Si bien el presente libro abarca las restricciones de derechos humanos a las personas privadas de la libertad, debemos realizar un claro distingo entre las inconsistencias carcelarias que de por sí afectan derechos humanos a toda la población cautiva y que además de la carga que impone la privación de la libertad les agravan la vida y el disfrute de otros derechos, y el caso particular de la suspensión de derechos políticos como restricción específica a las personas con sentencias firmes.

En México existen en números cerrados 231 mil personas privadas de libertad, se distribuyen en 320 cárceles, 14 federales, un poco más de 250 de competencia local y un medio centenar de centros de reclusión para adolescentes. La población carcelaria se integra por 94% de varones y 6% de mujeres y del total de los reos el 60% tiene sentencia, el resto están sujetos a proceso en prisión preventiva o en arraigo; del total de la población carcelaria el 92% es de fuero local y escasamente el 8% de los reos están por delitos de naturaleza federal.

En este estudio se realiza un análisis serio y realista de las condiciones carcelarias en México; hacinamiento, sobrepoblación, autogobierno, corrupción, carencia de una gestión penitenciaria que se soporte en el valor de la dignidad humana y brinde los insumos básicos en la alimentación, alojamiento, capacitación, trabajo, salud, educación y actividades físicas.

Las cárceles son reflejo de una realidad exterior, donde las peores cargas las llevan los subgrupos más vulnerables: las mujeres; los indígenas; la población LGBT; los discapacitados; los analfabetas, y más recientemente los migrantes. Los desequilibrios sociales se reproducen y se recrudecen estando en prisión.

En México los objetivos del sistema penal han evolucionado de la búsqueda de la regeneración al encuentro de la readapta-

ción y ahora se procura la reinserción social, sin embargo, las afectaciones al derecho a la protección de la familia de las personas en reclusión son dramáticas, las mujeres gestantes y con hijos menores y adolescentes que las acompañan en prisión requiere una atención especial a la luz del interés superior de la niñez.

Las prisiones fueron diseñadas para hombres y por lo regular carecen de las condiciones indispensables para las necesidades propias del género. Los delitos cometidos por mujeres son regularmente menos violentos que los que realizan los hombres, aunque ciertamente se han incrementado los delitos contra la salud. Muchas veces, vale la pena recordarlo, las mujeres reclusas provienen de condiciones de pobreza, son madres solteras, cabezas de familias monoparentales y responsables del cuidado de adultos mayores, su ingreso tiene un enorme impacto social; por lo tanto, su separación del entorno y su reclusión deja enormes vacíos y una creciente desarticulación familiar y social, todo parecería indicar que se criminaliza la pobreza.

De ahí que destaque la enorme responsabilidad que el Estado tiene en torno a la población carcelaria, por ello este libro, recoge las disposiciones normativas que desde el marco de las Naciones Unidas deben cubrir los Estados miembros en defensa de los derechos de las personas privadas de su libertad, ya que fija las reglas mínimas que estos deben tener para la población carcelaria; destaca la importancia de las normas recientemente aprobadas en 2015 que llevan el nombre del ilustre Nelson Mandela, pero también se recurre a la *Opinión consultiva OC-29/22* de la Corte IDH que en respuesta a la solicitud de la Comisión Interamericana dictó para el tratamiento diferenciado de los grupos vulnerables de personas privadas de la libertad; aquí se trata de diseñar parámetros para garantizar primeramente el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de libertad, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, el control judicial en la ejecución de las penas, el derecho a la igualdad, no discriminación, acceso a servicios básicos para tener una vida digna en prisión.

Un estudio crítico de las personas privadas de libertad en prisión preventiva, ahora tan preocupantemente vivida en México, atrae la atención de este libro. Si bien, ya se logró que quedara

claro el principio de presunción de inocencia que les favorece al no existir en su contra una sentencia condenatoria, no pueden ser privados de sus derechos políticos, gracias a la resolución de la Sala Superior del Tribunal Electoral en virtud de las posibilidades de su ejercicio y los modelos pilotos puestos en práctica, todavía son perfectibles y son analizados en la presente obra.

Destaca también, el desempeño de la Defensoría Pública del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en apoyo a quienes en esta materia solicitaron su inclusión en la Lista Nominal de Electores en Prisión Preventiva y el desahogo de las objeciones que la autoridad electoral había puesto en razón de domicilio, identidad y pruebas biométricas. Hoy lo que debe quedar claro es que el proceso electoral toca ya los centros reclusorios y lograr el ejercicio del sufragio libre e informado y de manera progresiva, representa un nuevo desafío a la democracia mexicana.

Con las sentencias que la Corte IDH dictó en los casos *Tzompaxtle Tecpile* y *García Rodríguez*, se ha vuelto a intensificar el interés por el estudio de las restricciones constitucionales. Hoy se cuestiona si tales privaciones de derechos deben admitir alguna forma de evaluación objetiva en el sentido de verificar su coherencia con los bienes constitucionales que pretenden defender o si dan como resultado un mejoramiento tangible del bienestar general, a pesar del menoscabo que implican mediante un dialogo social y entre poderes públicos para procurar finalmente que las restricciones tengan un espacio temporal acotado.

Los ensayos incorporan un estudio sobre el derecho humano a la salud, durante la pandemia de Covid-19 de las personas privadas de libertad; vale destacar que si bien los derechos humanos son susceptibles de limitación en los casos de apremio derivados de la emergencia sanitaria, el criterio para determinar en perjuicio de quién han de limitarse tales derechos llevó a plantear juicios de valor sobre la prioridad de acceso a los insuficientes espacios de atención hospitalaria verdaderamente colapsados, aquí frente a los casos ordinarios los casos extraordinarios y de emergencia se convierten en un asunto más de naturaleza ética que jurídica, el diálogo entre saberes debe de enriquecer la bioética para arraigarse en una mejor aplicación de las pruebas de razonabilidad.

A las valiosas aportaciones referidas sobre la situación carcelaria en los casos que hemos comentado, debo considerar la importancia de los ensayos relativos al tratamiento de las restricciones de derechos políticos de las personas que se encuentran privadas de libertad, a causa de sentencias firmes, esta es una innovación medular de nuestro texto. De larga historia constitucional, la suspensión se remonta al texto Gaditano y ha permanecido hasta nuestros días; en sus orígenes se argumentaba que el delincuente rompe el contrato social y no es depositario de confianza, por lo tanto, no está en aptitud del ejercicio de un derecho con repercusiones sociales tan importantes como el ejercicio del voto y que ha perdido además el interés social, ya que al afectar derechos ajenos ofende a todos, dañando a la sociedad; con la privación de sus derechos se procura inspirar un mayor respeto a la ley, controlar la criminalidad, incrementar la responsabilidad cívica y proteger la pureza de los ideales democráticos; así, el artículo 38 constitucional permaneció intocado desde 1917 hasta mayo de 2023 en sus seis primeras fracciones y es a partir de esa fecha que se incorpora una séptima con nuevas hipótesis normativas.

La realidad advierte que la teoría de la ejemplaridad de la pena es anacrónica, que está superada, que el respeto a la ley, el control de la criminalidad y la cohesión social no han mejorado en el México de nuestros días. Los ideales democráticos en estos momentos pugnan por un mayor reconocimiento del principio de igualdad y de no discriminación, que los propósitos de reinserción social han de iniciarse por la reinserción familiar, transitando por un proceso de dignificación en las condiciones materiales de enclaustramiento y en una mayor corresponsabilidad en las tareas de la sociedad; en el contexto presente, debe debatirse con rigor académico y con perspectiva de derechos humanos la permanencia o inoperancia de tales restricciones, hacerlo con una visión apegada a los estándares internacionales que incluyan integralmente los bloques de convencionalidad en aras de favorecer su reinserción, ya que estudios recientes de la Organización de Naciones Unidas acreditan que votar apoya la reinserción, baja la criminalidad y es rehabilitante. El ejercicio del derecho comparado en el ámbito internacional es una herramienta muy útil que este texto nos permite abordar; por lo tanto, las personas privadas de la libertad al estar recluidas ven limitados otros de-

rechos de naturaleza política, como la libertad de expresión, de reunión y de asociación.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional se sostiene como inadmisible una norma que limite los derechos políticos de manera automática y absoluta a todas las personas condenadas a prisión, deben presentarse razonamientos válidos y convincentes para justificar las restricciones del derecho a votar de los prisioneros. Es desproporcionado suspender el derecho al voto como consecuencia de la norma sin supervisión judicial.

En esta obra se plantea una pregunta toral ¿Es racional y valido suspender el derecho al voto a las personas sentenciadas y que están en prisión, la restricción constitucional al ejercicio de los derechos humanos de naturaleza política a las personas privadas de libertad mejora los derechos de toda la sociedad?

El libro que hoy se presenta comprende 13 estudios que abordan con profesionalismo el tema, los coordinadores del proyecto Javier Rascado Pérez, Rogelio Flores Pantoja, Carlos Rubén Eguiarte Mereles, han logrado conjuntar la visión de expertos ampliamente reconocidos en el ámbito constitucional de los derechos humanos, con reflexiones académicas que se enriquecen con la experiencia de juzgadores, procuradores y defensores de derechos humanos y en materia electoral.

La democracia mexicana vive ciertamente el proceso electoral más amplio de su historia y las bases de legalidad, respeto, pluralidad y tolerancia en que se finca, reciben hoy embestidas sin precedentes que debemos contener.

Estoy seguro que la importante contribución de esta obra para enriquecer el conocimiento y difusión de los derechos humanos y repensar el sistema de restricción de derechos a las personas privadas de libertad es oportuno, pertinente y certero. Felicito a las instituciones coeditoras por su iniciativa e invito a nutrirnos de su lectura.

*Mariano Palacios Alcocer*
Santa Rosa Jáuregui, Querétaro, Qro., 19 de marzo de 2024.

# Primera Parte
# Restricciones constitucionales al ejercicio de derechos político-electorales de las personas privadas de la libertad

# Reflexiones sobre la suspensión de derechos políticos de las personas privadas de la libertad por sentencia firme

*Felipe de la Mata Pizaña**

Sumario: I. Introducción. II. ¿Cuál es, generalmente, la población que es privada de su libertad con sentencia firme? ¿A quiénes "mata cívicamente" el artículo 38 constitucional? III. ¿Cuál es la razón para suspender los derechos políticos a las personas privadas de la libertad con sentencia firme? IV. Canon jurisprudencial internacional sobre la restricción de los derechos políticos por sentencia firme. V. Reflexión respecto a los supuestos previstos en el artículo 38 constitucional para suspender derechos políticos. VII. Algunas reflexiones. Referencias.

## I. Introducción

Resulta un lugar común que a las personas que se encuentran en prisión con sentencia firme, además de establecerse como pena la privación de su libertad de traslación o desplazamiento, en menor o mayor grado y de forma colateral se les restringen sus derechos políticos.

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Esa consecuencia jurídica podemos verla tanto en países europeos y de América Latina,[1] si bien con algunas variables donde se hace depender a la restricción al tipo de delitos, la temporalidad de la pena impuesta, o incluso de forma generalizada, es decir sin establecer ninguna condicionante para suspenderlos.

México no es la excepción. El artículo 38 de la Constitución federal prevé la suspensión de los derechos ciudadanos como consecuencia de sanciones penales. Es esta situación en el caso mexicano que pretendo reflexionar en este texto.

Por lo que, para los fines del desarrollo de las siguientes líneas, es necesario distinguir desde estos primeros párrafos, cuáles son los supuestos que se establecieron desde el constituyente de 1917[2] hasta el recientemente incluido el 29 de mayo de 2023 "Ley 3 de 3", que quedó como sigue:

> Artículo 38.- Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:
>
> [...]
>
> *VII. Por tener sentencia firme por la comisión intencional de delitos contra la vida y la integridad corporal; contra la libertad y seguridad sexuales, el normal desarrollo psicosexual; por violencia familiar, violencia familiar equiparada o doméstica, violación a la intimidad sexual; por violencia política contra las mujeres en razón de género, en cualquiera de sus modalidades y tipos. Por ser declarada como persona deudora alimentaria morosa.* (cursivas añadidas)
>
> [...]

Así, se pretende analizar la restricción establecida en el artículo 38 constitucional, pero únicamente en los casos en que la

---

1 *Cfr*. Giacomello, Corina, *Mujeres privadas de la libertad y del derecho al voto. De objetos de normas a sujetos de ciudadanía,* México, TEPJF, 2016, Colección TEPJF, pp. 58-71, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13978*

2 Artículo 38. [...] II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; III. **Durante la extinción de una pena corporal;** [...] V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; VI. **Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión**; [...] (énfasis añadido).

suspensión de derechos políticos tenga como base una sentencia definitiva, no así en los casos de prisión preventiva oficiosa, y tampoco se entrará al análisis de este último párrafo agregado.

De forma especial, se buscará reflexionar si es que el supuesto establecido en este precepto para suspender el derecho de votar es justificable o no siguen un argumento razonable, en tanto que estos derechos políticos son derechos humanos.

El análisis parte de los criterios jurisprudenciales establecidos por cortes internacionales —principalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— pero también considerando quiénes son, generalmente, las personas en prisión, así como observando, si existen elementos positivos o negativos para el sistema democrático mexicano.

## II. ¿Cuál es, generalmente, la población que es privada de su libertad con sentencia firme? ¿A quiénes "mata cívicamente" el artículo 38 constitucional?

El análisis sobre la suspensión de los derechos políticos a las personas sentenciadas debe considerar, y es sumamente relevante mirar el contexto de vida de las personas que generalmente terminan con una sentencia ejecutoriada. ¿A qué grupo de la población, generalmente pertenecen?

De acuerdo con el *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional* correspondiente a abril de 2023,[3] hay 231,907 personas privadas de la libertad, de las cuales 13,129 son mujeres y 218,778 son hombres.

De ese universo, 138,336 personas ya han sido sentenciadas, lo que representa el 59.65 % del total.

En cuanto a su nivel de escolaridad, el grueso de la población (67.53%) únicamente alcanza el nivel básico, esto es 93,421 perso-

[3] Véase Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/828092/CE_2023_04.pdf*

nas;[4] sin pasar por alto que incluso 6,661 personas no saben leer ni escribir (4.81%) y 5,241 personas (3.78%) aunque saben leer y escribir, no cuentan con escolaridad.

Esta información se complementa con la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía[5] (INEGI), que es la última encuesta realizada en ese género, de donde se obtiene que el rezago educativo entre este sector de la población en parte está asociado a la falta de recursos económicos, ya que el 34.6% de aquellas personas que cuentan con un grado igual o menor a la educación media superior afirmaron que no continuaron sus estudios porque tuvieron que trabajar y 26.4% porque no tenían dinero.[6]

Continuando con el análisis de la *situación económica de esta población*, esta encuesta reveló que los ingresos mensuales previo a la detención era menor a $5,500 pesos mensuales en el 48.9% de las personas privadas de su libertad, donde las mujeres superaron la media con 55.1%.

La encuesta también se enfocó en identificar grupos vulnerables y qué porcentaje representa de la población privada de la libertad.

El 26.2% de las personas privadas de su libertad presentan alguna discapacidad, 75.7% visual, 30.6% auditiva y 24.2% motriz. Casi el 30% de las mujeres privadas de su libertad presentan alguna discapacidad.

También se identificó a la población de la diversidad sexual, de las cuales el 0.5% de las personas se identificaron como trans, 2.7% se declaró como bisexual, mientras que el 1.1% como ho-

[4] Preescolar incompleto: 323 personas (0.23%); preescolar completo: 229 personas (0.16%); primaria incompleta: 14,525 (0.49%); primaria completa 20,867 (15.08%); secundaria incompleta: 17,146 (12.39%) y secundaria completa: 40,331 (29.15%).

[5] Sin embargo esta ya no está desagregada por personas procesadas y personas sentenciadas.

[6] Fonseca, Astrid, "La ENPOL, una oportunidad para mejorar el sistema de justicia penal en México", CdeE-UNODC, enero de 2022, *(wordpress.com)*

mosexual. Para el caso de las mujeres, las cifras se encuentran por encima de las que se presentan en el caso de los hombres. Por ejemplo, el 12.8% se reconoció como bisexual, en contraste con el 2.0% de los hombres; mientras que 5.6% afirmó ser homosexual, frente al 0.9% de los hombres.

La presencia de población indígena y afrodescendiente se localizó al considerar que 5.4% de la población habla una lengua indígena distinta al español, mientras que el 18.8% se autoidentificaron indígenas, en tanto 2.2% se considera afromexicano o afrodescendiente.

Como se puede observar estos datos nos revelan, que el Estado mexicano, de alguna forma, criminaliza la marginación, lo cual, no es un secreto.

No sorprende que el grueso de la población privada de la libertad se trate de personas con baja escolaridad y precaria situación económica, además en muchos casos provenientes de contexto familiares complicados, así como el pertenecer a grupos en situación de desventaja en el acceso igualitario a derechos humanos.

Ese panorama es relevante e importantísimo, pues nos permite partir de la idea que, a este grupo de la población, además de que está más propenso a delinquir debido a las situaciones de pobreza, marginación, y vulneración de todo tipo de derechos humanos, sobre todo los DESCA,[7] aquellos que tiene el Estado la obligación de "hacer", y por tanto, es la población que, generalmente, está en prisión, y de forma colateral, se les restringen, además otros derechos humanos, como son, los derechos políticos.

[7] Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

## III. ¿Cuál es la razón para suspender los derechos políticos a las personas privadas de la libertad con sentencia firme?

Escudriñar el origen de la suspensión a los derechos políticos como consecuencia de purgar una pena impuesta en el ámbito penal se remonta siglos atrás.

Coello Garcés[8] señala que el argumento que se deriva de la teoría clásica del rompimiento del contrato social es que "*el delincuente que ha sufrido una pena privativa de la libertad pierde la confianza del Estado y de la sociedad. En esta tesitura, no estaría legitimado para el ejercicio de un derecho con resonancias sociales, como es el caso del voto*" (cursivas añadidas). Y otro argumento es que el delincuente ha *perdido interés social*. Esencialmente, podría formularse así: haber cometido un delito supone un desinterés por la sociedad, pues al afectar los derechos de terceros o de la sociedad se afectan los derechos de todos, de manera directa o indirecta.

Mientras que Mandeep K. Dhami[9] encuentra que entre las razones comúnmente invocadas para descalificar a los presos de la votación se incluyen, que ello promueve la responsabilidad cívica y el respeto de la ley; que los delincuentes han perdido el derecho de voto desde que violaron el "contrato social"; que este es un método de control de la criminalidad; que la "pureza de las urnas" debe ser protegida de los delincuentes que podrían corromperla, actuar subversivamente o cometer fraude electoral, y que es costoso y poco práctico permitir a los presos votar. A menudo, la privación del voto a los presos es considerada simplemente como otra restricción a la libertad de las personas que están encarceladas.

La inclusión de esta restricción de derechos ciudadanos en nuestra Constitución tiene una concepción añeja[10] y se heredó

8 Coello Garcés, Clicerio, *Suspensión del derecho al sufragio de los presos Caso Hirst vs. el Reino Unido (no. 2) Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, México, TEPJF, 2017, pp. 92-94.

9 Dhami, Mandeep K., "La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Valdivia, vol. 22, núm. 2, diciembre de 2009, p. 126.

10 Véase Giacomello, Corina, *op. cit*., p. 83.

desde la Constitución Política de la Monarquía Española (Constitución de Cádiz) de 1812 que estableció en su artículo 25 diversas razones para suspender los derechos políticos, entre ellos el numeral 5 "Por hallarse procesado criminalmente",[11] supuesto que se retomó tal cual por la Constitución del Estado de México de 1827 en su artículo 21.[12]

Posteriormente la Primera Ley Constitucional de los Derechos y Obligaciones de los Mexicanos y Habitantes de la República, de 1936 delineó en su artículo 11, fracción II, que los derechos del ciudadano se suspendían "por causa criminal, desde la fecha de mandamiento a prisión hasta el pronunciamiento de la sentencia absolutoria" además estos derechos se perdían totalmente por "sentencia judicial que imponga pena infame"; mientras que en las Bases Orgánicas de 1843 se fijó, "por estar procesado criminalmente, desde el auto motivado de prisión, o desde la declaración de haber lugar a formación de causa a los funcionarios públicos hasta la sentencia si fuere absolutoria" (art. 21, frac. III).

Por su parte el Acta Constitutiva y de Reforma de 1847 condicionó la calidad de ciudadano de los Estados Unidos Mexicanos, a que *no haya sido condenado en proceso legal a alguna pena infame (*art. 1).

La única ocasión en la que se eliminó del texto constitucional la restricción del sufragio a personas procesadas y condenadas fue en la de 1857, sin embargo, no se expulsó del orden jurídico mexicano, pues se remitió a la ley la posibilidad de hacerlo. [13]

Y así llegamos a la Constitución vigente de 1917. En donde el Constituyente decidió incluir nuevamente la suspensión de dere-

---

11 Constitución Política de la Monarquía Española, *P-0004-00001 (congreso.es)*

12 Véase el Congreso Constituyente de esta Constitución.

13 En ese sentido la Ley Orgánica Electoral en su art. 8 dispuso que el voto activo y pasivo de las elecciones estaba restringido a las personas "que tengan suspendidos los derechos del ciudadano por causa criminal o de responsabilidad pendiente, desde la fecha de mandamiento de prisión o de la declaración de haber lugar a la formación de la causa, hasta el día en que se pronuncie la sentencia absolutoria" y "los que por sentencia judicial hayan sido condenados a sufrir una pena infamante".

chos de la ciudadanía en el actual artículo 38, el cual se mantenía intacto hasta la reforma de 29 de mayo de 2023, en la que se adicionó una fracción más, para incluir otros supuestos.

Del mensaje que da don Venustiano Carranza[14] en la sesión inaugural del periodo único de sesiones del Congreso Constitu-

[14] "[...] Al proyectar la reforma de los artículos 35 y 36 de la Constitución de 1857, se presentó la antigua y muy debatida cuestión de si debe concederse el voto activo a todos los ciudadanos sin excepción alguna, o si, por el contrario, hay que otorgarlo solamente a los que están en aptitud de darlo de una manera eficaz, ya por su ilustración o bien por su situación económica, que les dé un interés mayor en la gestión de la cosa pública.
Para que el derecho al ejercicio del sufragio sea una positiva y verdadera manifestación de soberanía nacional, es indispensable que sea general, igual para todos, libre y directo; porque faltando cualquiera de estas condiciones, o se convierte en una prerrogativa de clase, o en un mero artificio para disimular usurpaciones de poder, o da por resultado imposiciones de gobernantes contra la voluntad clara y manifiesta del pueblo.
De esto se desprende que, siendo el sufragio una función esencialmente colectiva, toda vez que es la condición indispensable del ejercicio de soberanía, debe ser atribuido a todos los miembros del cuerpo social que comprendan en interés y el valor de esa altísima función.
Esto autorizaría a concluir que el derecho electoral solo debe otorgarse a aquellos individuos que tengan plena conciencia de la alta finalidad a que aquel tiende; lo que excluiría por lo tanto, a quienes por su ignorancia, su descuido o indiferencia sean incapaces de desempeñar debidamente esa función, cooperando de una manera espontánea y eficaz al Gobierno del pueblo por el pueblo.
Sin embargo de esto, y no dejando de reconocer que lo que se acaba de reconocer es una verdad teórica, hay en el caso de México, factores o antecedentes históricos que obligan a aceptar una solución distinta de la que lógicamente se desprende de los principios de la ciencia política.
La revolución que capitanearan los caudillos que enarbolaran la bandera de Ayutla, tuvo por objeto acabar con la dictadura militar y con la opresión de las clases en que estaba concentrada la riqueza pública; y como aquella revolución fue hecha por las clases inferiores, por los ignorantes y los oprimidos, la Constitución de 1857 que fue su resultado, no pudo racionalmente dejar de conceder a todos, sin distinción, el derecho del sufragio, ya que habría sido una inconsecuencia negar al pueblo todas las ventajas de su triunfo.
La Revolución que me ha cabido en suerte dirigir, ha tenido también por objeto destruir la dictadura militar, desentrañando por completo sus raíces y dar a la nación todas las condiciones de vida necesarias para su desarrollo; y como han sido las clases ignorantes las que más han sufrido, porque son ellas sobre las que han pesado con toda su crudeza el despotismo cruel y la explotación insaciable, sería, ya no diré una simple inconsecuencia, sino un engaño

yente que tuvo lugar el 1 de diciembre de 1916,[15] y culminó en la promulgación de la Constitución de 1917, no se advierte mayor argumentación del por qué se propuso regresar al texto constitucional esa suspensión de derechos,[16] únicamente hay una referencia en un párrafo que dice:

> Sin embargo de esto, en la reforma que tengo la honra de proponeros, con motivo del derecho electoral, *se consulta la suspensión de la calidad de ciudadano mexicano a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente. El que ve con indiferencia los asuntos de la República, cualesquiera que sean, por lo demás, su situación económica, demuestra a las claras el poco interés que tiene por aquella, y esta indiferencia amerita que se le suspenda la prerrogativa de que se trata*. (cursivas añadidas)

Esa propuesta no se debatió por el Constituyente, como se puede observar de la 63a. Sesión Ordinaria efectuada en el Teatro Iturbide la tarde del viernes 26 de enero de 1917, en donde supuestamente se pusieron a discusión los artículos 36, 37 y 38.[17]

---

imperdonable, quitarles hoy lo que tenían anteriormente conquistado.
El gobierno de mi cargo considera, por tanto, que sería impolítico e inoportuno en estos momentos, después de una gran revolución popular, restringir el sufragio, exigiendo para otorgarlo la única condición que racionalmente puede pedirse, la cual es que todos los ciudadanos tengan la instrucción primaria bastante para que conozcan la importancia de la función electoral y puedan desempeñarla en condiciones fructuosas para la sociedad. Sin embargo de esto, en la reforma que tengo la honra de proponeros, con motivo del derecho electoral, se consulta la suspensión de la calidad de ciudadano mexicano a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente. El que ve con indiferencia los asuntos de la República, cualesquiera que sean, por lo demás, su situación económica, demuestra a las claras el poco interés que tiene por aquella, y esta indiferencia amerita que se le suspenda la prerrogativa de que se trata [...]"

15 *Cfr*. Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Periódico Querétaro, 1 de diciembre de 1916, *https://constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/251/1/images/015.pdf*

16 *Idem*.

17 Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Congreso Constituyente, Debates notables, *https://constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/251/1/images/023.pdf*

La revisión histórica permite concluir que la restricción de los derechos políticos con motivo de una sanción de orden penal que hoy está vigente en nuestra Constitución tiene asidero en una tradición que data de la Constitución de Cádiz, y que hasta hoy no ha sido motivo de reflexión por el Poder Legislativo, al menos no de las fracciones de la I a la VI que se mantienen intactas desde 1917, y únicamente se agregó una fracción VII en 2023.

## IV. Canon jurisprudencial internacional sobre la restricción de los derechos políticos por sentencia firme.

En este apartado únicamente se pretende extraer el criterio sostenido por cortes internacionales respecto a la restricción constitucional de suspender derechos políticos a las personas privadas de la libertad por sentencia firme.[18]

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha establecido a la fecha precedentes que analicen esa restricción, pero en el ámbito internacional destaca la resolución de la Suprema Corte de Canadá en 2002, en el caso *Sauvé v. Canadá*[19] que sentó las bases para determinar la justificación a la restricción de derechos ciudadanos.

En dicho asunto se resolvió que la suspensión de derechos sostenida por el Estado no pasó el test de proporcionalidad, porque:

1) *El vínculo racional.* El Gobierno no logró establecer un vínculo racional entre la privación del derecho y los objetivos de aumentar el respeto por la ley y de garantizar penas apropiadas. ¿Privar del derecho al voto a los detenidos aumentará el respeto por el derecho e impondrá una pena adecuada?
2) *La vulneración mínima.* La clase a la que se le priva de este derecho es demasiado amplia. La pregunta en esta etapa

[18] Para mayor detalle de los casos véase Giacomello, Corina, *op. cit*., pp. 42-52.

[19] Véase *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, México, TEPJF, 2013, Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras 2.

del análisis no es cuántos ciudadanos son afectados, sino si la vulneración del derecho es mínima.

3) *El efecto proporcional.* Esta medida restringe los derechos personales del ciudadano a la expresión política y a la participación en la vida política de su país. Va en contra del mensaje de que todos son iguales y que todos tienen derecho al respeto ante la ley.[20]

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), si bien en sus primeros asuntos[21] sostuvo un criterio restrictivo pues se tendía a conceder un *amplio margen de apreciación a los Estados* para limitar el derecho al sufragio incluso aunque ya no estuvieran recluidas las personas pero que hubieran estado, por ejemplo tomando en cuenta el tipo de delito o el periodo de encarcelamiento; cambió de criterio al resolver el caso *Hirts vs. Reino Unido*[22] (resuelto el 6 de octubre de 2005) quien fue una persona condenada a cadena perpetua por delito imprudencial, en ese caso la corte consideró que *la medida era desproporcionada al tratarse de una prohibición automática y absoluta impuesta a todas las personas condenadas a prisión*.

Desde ese asunto el TEDH consolidó una línea jurisprudencial en ese sentido. En el caso *Frodl vs. Austria* (de 8 de abril de 2010) —quien fuera condenado a cadena perpetua por homicidio— la corte confirmó el criterio anterior, pero además *sometió la decisión de suspensión a control judicial*.

Y en 2013 resolvió dos casos más: el caso *Anchugov y Gladkov vs. Rusia,* (de 4 de julio de 2013) en donde concluyó que la Constitución rusa era *desproporcionada* por restringir el derecho a todas las personas condenadas a cumplir una pena de prisión, *indepen-*

---

20 *Idem.*

21 Véase TEDH, *Caso M.D.U vs. Italia*, 28 de enero de 2003, se confirmó la medida de suspender por dos años el derecho a votar de las personas condenadas a prisión por fraude fiscal; y *Caso H. vs. Holanda*, de 4 de julio de 1983, se legitimó la restricción por tres años al ejercicio del voto a personas condenadas a un año en prisión.

22 Este criterio tomo como base la resolución de la Suprema Corte de Canadá en el *Caso Sauvé vs. Canadá*, de 3 de octubre de 2002 y de la Corte Constitucional de Sudáfrica en *August y otro vs. Comisión Electoral y otros*, resuelta el 8 de abril de 2010.

*dientemente de la duración de la sentencia, de la naturaleza o gravedad de la ofensa y sus circunstancias individuales* ya que deben presentarse razonamientos válidos y convincentes para justificar restricciones tan generales sobre el derecho a votar de los prisioneros.

En el caso *Söyer vs. Turquia* (17 de septiembre de 2013) en donde se condenó al estado porque la suspensión al derecho al voto es una consecuencia automática derivada del estatuto sin supervisión de un juez; *es indiscriminada porque no toma en cuenta la gravedad de la ofensa, la duración de la pena impuesta; y la sanción no guarda conexión racional con la conducta y las circunstancias del aplicante.*

Mención aparte merece el caso *Scoppola vs. Italia*, (2012) como uno de los asuntos que más llaman la atención y al ser el único caso en el que se superó el test de proporcionalidad, y sentar un criterio cuestionable. El TEDH concluyó que *la proporcionalidad a la restricción puede ser garantizada también con una norma que detalla con eficacia las circunstancias por las cuales procede la restricción*.

En el caso concreto esto se satisfizo, según el TEDH, porque las restricciones al derecho de votar para personas condenadas a prisión únicamente se aplicaban en casos donde: la condena de prisión va de tres a cinco años, caso en el cual procede la suspensión por cinco años; y cuando la condena supera los cinco años, procede la suspensión permanente de derecho a votar a menos que el condenado demuestre que se ha rehabilitado.

La relatoría de la jurisprudencia internacional nos da cuenta que el canon internacional para suspender derechos políticos como consecuencia de la privación de la libertad por sentencia firme es:

- No es admisible una norma que limite los derechos políticos de forma automática y absoluta a todas las personas condenadas a prisión.
- Deben presentarse razonamientos válidos y convincentes para justificar restricciones tan generales sobre el derecho a votar de los prisioneros; por lo que no basta que se establezca como particularidades la duración de la sentencia, la naturaleza o gravedad de la ofensa y sus circunstancias individuales.

- Es desproporcionado suspender el derecho al voto como consecuencia automática de la norma, sin supervisión de un juez; es indiscriminado porque no toma en cuenta la gravedad de la ofensa, la duración de la pena impuesta; y la sanción no guarda conexión racional con la conducta y las circunstancias del aplicante.
- La proporcionalidad a la restricción puede ser garantizada también con una norma que detalle con eficacia las circunstancias por las cuales procede la restricción.

## V. Reflexión respecto a los supuestos previstos en el artículo 38 constitucional para suspender derechos políticos

Dividiré el análisis de los supuestos previstos en el artículo 38 constitucional en los que procede la suspensión de los derechos ciudadanos por estar privado de la libertad por sentencia firme.

Por un lado, tenemos el supuesto previsto en la fracción III. Durante la extinción de una pena corporal. Y por otro lado el recientemente agregado a la Constitución el 29 de mayo de 2023 en la fracción VII y a la cual se le ha llamado comúnmente "Ley 3 de 3":

> Por tener sentencia firme por la comisión intencional de delitos contra la vida y la integridad corporal; contra la libertad y seguridad sexuales, el normal desarrollo psicosexual; por violencia familiar, violencia familiar equiparada o doméstica, violación a la intimidad sexual; por violencia política contra las mujeres en razón de género, en cualquiera de sus modalidades y tipos.
>
> Por ser declarada como persona deudora alimentaria morosa.
>
> En los supuestos de esta fracción, la persona no podrá ser registrada como candidata para cualquier cargo de elección popular, ni ser nombrada para empleo, cargo o comisión en el servicio público.

El primer supuesto de suspensión de derechos (III. Durante la extinción de una pena corporal) es un legado de la Constitución de Cádiz y desde su inclusión por el Constituyente no ha sido motivo de reflexión por el Poder Legislativo.

En principio, resulta cuestionable de frente a los estándares internacionales, expuestos previamente, —los cuales no son vinculantes para México, pero sí orientadores— ya que se trata de una norma que generaliza la restricción para todas las personas privadas de la libertad que estén cumpliendo una sentencia firme. Si bien son los jueces penales los que determinan esa suspensión de derechos, lo cierto es que esta se decreta en automático sin que se pueda cuestionar y revisar su aplicación.

Más allá de si esta norma es restrictiva, se ajusta o no a los cánones internacionales, lo cierto es que sobran argumentos para sostener que la restricción al derecho a votar a personas privadas de la libertad, es en términos generales, una pésima idea para una sociedad democrática.

Mandeep K. Dhami en su artículo "Política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia?" argumenta magistralmente prohibir el voto a los presos puede tener ramificaciones negativas para los ideales democráticos de igualdad y justicia; mientras que incluirles puede promover su rehabilitación y reinserción social, y tener un impacto real sobre el clima político de un país, ya que

> [...] las elecciones enfatizan que todos somos miembros de una comunidad, trabajando para un bien común, y que tenemos vínculos sociales. La votación representa una forma de crear y mantener esos vínculos. Por lo tanto, psicológica y socialmente, el derecho a voto podría permitir a los presos percibirse a sí mismos como útiles, responsables, confiables y como ciudadanos respetuosos de la ley. Esto podría favorecer su rehabilitación y ayudarles a reintegrarse en la sociedad después de la liberación. La privación del sufragio, sin embargo, sirve para aumentar la distancia social entre el delincuente y la comunidad, y reafirma sus sentimientos de alienación y aislamiento. Esto puede impedir, de su parte, la aceptación y el respeto de las normas sociales y el imperio de la ley.[23]

En cuanto al empoderamiento político, considera que negarles el voto puede tener un impacto real en la política de un país.

[23] Dhami, Mandeep K., *op. cit*.

La mayoría de las personas más propensas a delinquir, son pobres o de clase trabajadora, y como se ha señalado, en muchos países hay un número desproporcionado de miembros de minorías étnicas representadas entre sus filas.

La misma autora, concluye que la privación del derecho a votar de los reclusos limita innecesariamente el autogobierno y la democracia representativa; desactiva la capacidad de una democracia para revisarse a sí misma a través de la contribución de los votantes. Presos (y excriminales) deben tener derecho a participar en la creación de las leyes y en el gobierno del país en que viven.

Por su parte, la oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), actividades significativas mediante las cuales la energía de los reclusos se canaliza hacia actividades constructivas, las ocupaciones y el proceso de reingreso crean un entorno educativo positivo. No le es sorprendente que la participación cívica esté inequívocamente vinculada con una menor reincidencia y, por lo tanto, el derecho al voto está vinculado con las tasas de rehabilitación. [24]

Esos argumentos narrados, de alguna forma, se acercan y encuentran eco en el sentir de la población recluida en prisión, respecto de su apreciación sobre la pérdida de su derecho a votar. Y es que, desde esa perspectiva, no se encuentra alguna lógica razonable, para suspenderles ese derecho, si su pena ha sido la pérdida de la libertad por un tiempo determinado.

Por otra parte, en el libro *Mujeres privadas de la libertad y del derecho al voto. De objetos de normas a sujetos de ciudadanía,* se entrevistaron a 12 mujeres internadas en un reclusorio, y, entre otras cosas, se les preguntó: ¿si les interesaría tener derecho a votar y porqué sería importante?

Aunque la reflexión colectiva, a esa respuesta, se orientó hacia que el voto en prisión es igual que afuera, en prisión, es una herramienta de dudosa eficacia; ellas contestaron, en su mayoría,

[24] CNDH, Informe Especial que presenta la CNDH en seguimiento a la implementación del modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva en el Estado de Hidalgo, para el proceso electoral 2021-2022, *INFORMESEGUIMIENTO.pdf (cndh.org.mx)*

que sí votarían, ya que lo traducen como una manera de "tener voz para decidir las cosas"; de tal forma que podrían incidir e influir con su voto en las leyes de los ámbitos educativos, laborales, deportivas, culturales y de salud.

Textualmente algunas respuestas a la razón del por qué sí votarían en caso de tener la oportunidad dijeron: "sentimiento de pertenencia a la comunidad"; "porque ahora sí decidiría por mí, sería una manera de escucharnos, para ser escuchada de alguna manera"; "ejercer mi participación ciudadana"; "que mejor que una persona que pasa por reclusión, te das cuenta de los problemas, te das cuenta de lo que debes mejorar".

En su mayoría opinan que, si ejercieran su derecho a votar, los políticos se interesarían en resolver los problemas que enfrentan al estar en prisión y mejorarían las condiciones de reclusión.

También es revelador lo que las personas internas opinaron respecto a la forma en que consideran que son percibidas por la sociedad y por la clase política, en relación con la negación de su derecho al voto, y señalaron que "la cárcel es como la zona cero, no estás muerto, pero casi muerto ¿no?

En complemento a lo anterior, es relevador el Informe Especial que presenta la CNDH en seguimiento a la implementación del modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva en el estado de Hidalgo, para el proceso electoral 2021-2022[25] que si bien procesa información del voto ejercido por personas en prisión preventiva,[26] su contenido es trascendente.

[25] *Idem*.

[26] Se trata de la primera vez que personas en prisión preventiva de ese Estado emitieron su voto, hecho que tienen su sustento, por una parte, en el cumplimiento a la sentencia emitida por el TEPJF (en el expediente SUP-JDC-352/2018 y su acumulado) a través de la cual el INE aprobó mediante el Acuerdo INE/CG97/2021, la Implementación del Modelo de Operación del Voto de Personas en Prisión Preventiva que permitió la realización de una prueba piloto llevada a cabo en el proceso electoral 2020-2021 en Centros Federales de Readaptación Social, y que, a través del diverso INE/CG1792/20212 el Consejo General aprobó los Lineamientos y Modelo de Operación del Voto de las Personas en Prisión Preventiva en esa entidad federativa.

El informe dio cuenta de que la participación ciudadana total registrada para emitir su voto en los CERESOS donde se llevó a cabo este ejercicio para efectos de ese Programa fue del 88.46% del total de 130 personas inscritas en la lista nominal, 84.30% hombres y 15.70% de mujeres. Además, entre las personas votantes se identificaron personas indígenas (se realizaron 9 traducciones en 4 lenguas indígenas).

Cuando se les cuestionó si conocían cuáles eran sus derechos humanos,[27] el 6% reconoció entre ellos el derecho a votar. Sin embargo, el informe revela que las personas recluidas se sienten invisibilizadas por las propuestas de campaña, pues la mayoría consideró que estas no se dirigen a atender sus necesidades como población recluida.

Un 54.5% manifestó que las y/o los candidatos no tenían propuestas específicas dirigidas a esa población; el 33.3% manifestó que sí, relacionadas con el mejoramiento de sus condiciones penitenciarias; y un 12.1% indicó que las propuestas estaban dirigidas para el progreso del estado de Hidalgo.[28]

Con esa base, el supuesto previsto en la fracción III del artículo 38 se aparta, además, del ideal de democracia inclusiva que busca que todos los grupos sociales puedan ejercer sus derechos, en este caso, el derecho a votar, aun cuando se encuentre recluido en una cárcel por sentencia firme, recordemos que las personas en prisión, también son consideradas en grupo de situación en desventaja.

## VI. Algunas reflexiones

Creo que es tiempo para la democracia constitucional y moderna mexicana, reflexionar si realmente es racional y válido suspender el derecho a votar de las personas sentenciadas y que están en prisión.

---

27 Los más invocados fueron: el derecho a la salud con un 9.5%; al debido proceso y garantías judiciales con un 11.2%; a la educación con un 10.3%; a la alimentación con un 8.5%; a *los derechos políticos electorales (derecho a votar)* con un 6.0%.

28 CNDH, Informe Especial..., *cit*., p. 96.

En tiempos en que el principio constitucional de igualdad y no discriminación, y como elemento transversal obligatorio para todas las decisiones de autoridad se vea reflejado también en los derechos de las personas en prisión, pensemos que, ¿si esa restricción del derecho humano a votar es realmente discriminatoria y no cabe en una sanción cívica?

Y es que solo una persona que se encuentra en esa situación podrá votar y tener voz para visibilizar las necesidades que se vislumbran y viven todos los días en prisión, la muerte de la ciudadanía y la muerte cívica no nos lleva a ningún fin con éxito para la reinserción social.

Además, pensemos en que, si el Estado mexicano, según las estadísticas criminaliza la marginación, o las personas que, generalmente, se encuentran en situación de pobreza o de desventaja en acceso a derechos, son la mayoría quienes están en prisión, por tanto, además de estar privadas de libertad se les restringe otro derecho humano cívico-político, entonces habría un problema de Estado de derecho y democracia empática e inclusiva.

Hay muchos ejemplos, en varios países del mundo, así como criterios de otros tribunales que podemos adoptar para evitar la restricción de este derecho sin una base coherente, racional y justificada.

## Referencias

CNDH, Informe Especial que presenta la CNDH en seguimiento a la implementación del modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva en el Estado de Hidalgo, para el proceso electoral 2021-2022.

Coello Garcés, Clicerio, *Suspensión del derecho al sufragio de los presos Caso Hirst vs. el Reino Unido (no. 2) Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, México, TEPJF, 2017.

Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional.

Dhami, Mandeep K., "La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Valdivia, vol. 22, núm. 2, diciembre de 2009.

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Periódico Querétaro, 1 de diciembre de 1916.

Fonseca, Astrid, "La ENPOL, una oportunidad para mejorar el sistema de justicia penal en México", CdeE-UNODC, enero de 2022.

Giacomello, Corina, *Mujeres privadas de la libertad y del derecho al voto. De objetos de normas a sujetos de ciudadanía,* México, TEPJF, 2016, Colección TEPJF.

*Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, México, TEPJF, 2013, Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras 2.

# El papel de la Defensoría Pública del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la defensa de los derechos político-electorales de las personas en prisión preventiva

*Alejandro David Avante Juárez**

Sumario: I. Introducción. II. Reconocimiento del derecho al voto a personas en prisión preventiva. III. Acceso a la justicia y debido proceso. IV. Condición de vulnerabilidad. V. Participación de la Defensoría Pública del TEPJF. VI. Problemática de los asuntos. VII. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción

En el presente artículo se destaca la importancia de la figura de la Defensoría Pública y su intervención en los juicios presentados por las personas en prisión preventiva (en adelante PPP) que solicitaron su inclusión en el listado nominal correspondiente, para estar en posibilidad de ejercer su derecho al voto.

Lo anterior, en atención a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran esas personas, derivada de su condición de reclusión, la cual, no les permite contar con una asesoría jurídica adecuada para efectos de la impugnación que pueden presentar ante el órgano jurisdiccional en caso de considerar que se afecta

* Magistrado presidente de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

o se impide el ejercicio de su derecho. Ello es relevante al encontrarse en juego, primordialmente, el hacer efectivo su derecho a votar.

Cobra relevancia la asesoría jurídica si tomamos en cuenta que el acompañamiento que se brinde a las personas en prisión preventiva durante el trámite de su impugnación les permitirá entender las cuestiones, tanto de forma como técnicas que conlleva el procedimiento y, sobre todo, les dará la posibilidad de tener una debida defensa. Máxime que, como se precisó, la demanda que da origen a los juicios derivados de este procedimiento de integración al listado nominal corresponde a un formato proporcionado por el propio Instituto.

En el desarrollo del trabajo haré referencia a los principios constitucionales que sustentan la figura de la Defensoría Pública, sus características, y la particular relevancia que representa tratándose de grupos vulnerables; brevemente destacaré las circunstancias en que se reconoció el derecho al voto a las PPP por la Sala Superior del Tribunal Electoral; se explicará también, la importancia del trámite de inscripción al listado nominal para personas en prisión preventiva y las etapas que conlleva, lo anterior, en el contexto que presentan este tipo de asuntos que al ser resultado de una medida recientemente implementada, y por la materia que abarcan, resultan novedosos para nuestro sistema.

Para concluir, haré una reseña de cómo influyó la intervención de la Defensoría Pública en la resolución de algunos casos, con la intención de evidenciar su efecto útil.

Las reflexiones que aquí se presentan están motivadas por la experiencia que se vivió con la resolución de las impugnaciones conocidas por la Sala Regional Toluca con motivo de la ejecución de la prueba piloto para integrar el listado nominal de PPP en el contexto de la elección para la gubernatura del Estado de México.

## II. Reconocimiento del derecho al voto a personas en prisión preventiva (PPP)

El reconocimiento del derecho al voto a personas en prisión preventiva se dio a partir de lo resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en los juicios ciudadanos SUP-JDC-352/2018[1] y su acumulado SUP-JDC-353/2018.

La integración de dicho asunto se dio a partir de los juicios presentados por ciudadanos, quienes estando en un centro penitenciario, con motivo de diversas causas penales en las que no se había dictado sentencia, solicitaron se garantizara su derecho al sufragio en las elecciones federales y locales. En tales circunstancias, impugnaron la omisión del INE de dictar medidas que les permitieran ejercer su derecho al voto.

Al respecto se determinó que las personas en prisión que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, entre otros aspectos, porque se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia; se tomó en cuenta que pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad; se consideró también que, con tal determinación se empodera a la ciudadanía para decidir y participar en la creación o modificación de leyes, como aquellas que pueden mejorar las situaciones de vida dentro de las cárceles; y primordialmente se visibilizó a las personas en prisión, con una interpretación progresiva; en conclusión, se buscó eliminar cualquier situación que impidiera el derecho al voto de las personas que no han sido sentenciadas.

Como parte de los efectos de la decisión, se consideró que el INE estaba obligado a dictar las medidas y lineamientos a efecto de que el voto de personas en prisión preventiva fuera materialmente posible.

Así, la Sala Superior reconoció el derecho al voto de las personas en prisión preventiva, y ordenó la implementación de la prueba que garantizara ese derecho antes de las eleccio-

[1] SUP-JDC-352/2018 y acumulado SUP-JDC-353/2018. Ponente: magistrado Felipe de la Mata Pizaña. Actores: Guadalupe Gómez Hernández y otro. Autoridad responsable: INE. Resuelto el 20 de febrero de 2019.

nes del año dos mil veinticuatro; estableció, entre otras formalidades, que el voto podría recabarse por correspondencia, tomando en cuenta varios reclusorios, en distintas entidades federativas.

Ello se hizo realidad a partir de la implementación del programa piloto de voto de personas en prisión preventiva realizada por el INE en colaboración con los centros penitenciarios.

En el diseño del procedimiento,[2] la autoridad administrativa, responsable del trámite, estableció las directrices a cumplirse por quienes participen en el mismo; de manera sintetizada, me referiré a algunos aspectos como, el cumplimiento de requisitos, el agotamiento de procesos para la identificación de los solicitantes, la entrega y recolección de los formatos, la revisión de la información y su contraste con la base de datos de la propia autoridad electoral. A partir de la revisión de los requisitos previstos, será esa autoridad la que determine la procedencia o improcedencia de las solicitudes de registro.

Así, el registro en el listado nominal para personas en prisión preventiva exige a los interesados, realizar las acciones establecidas por la autoridad administrativa electoral, y ante cualquier obstáculo que resulte en la improcedencia de su solicitud, instar al órgano jurisdiccional para que analice el caso.

En lo que al ámbito jurisdiccional toca, se atiende lo relativo a la recepción de las demandas, la revisión del cumplimiento de los requisitos procesales, la realización de diligencias y requerimientos que permitan resolver la causa planteada por el inconforme, su resolución, así como el posterior análisis de las medidas ejecutadas para verificar el cumplimiento.

El propio procedimiento prevé la posibilidad de acudir a la instancia jurisdiccional a través de un formato de juicio ciudadano, el cual, es requisitado por la persona afectada, y en este se

[2] INE/CG125/2023. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueban los Lineamientos para la conformación de la lista nominal de electores de personas que se encuentran en prisión preventiva para los procesos electorales locales 2022-2023 en los estados de Coahuila de Zaragoza y de México.

identifica la razón por la cual se concluyó la improcedencia de su solicitud, y la voluntad de controvertirla. En esos términos, a partir de la causa de la negativa, y de las razones expresadas por la autoridad responsable al rendir su informe circunstanciado, el órgano jurisdiccional atenderá la impugnación y resolverá sobre la legalidad de la determinación, pudiendo confirmarla, revocarla, o en su caso ordenar la reposición de alguna de las etapas del procedimiento.

## III. Acceso a la justicia y debido proceso

Es importante tener en cuenta que a toda persona debe reconocerse el acceso a la justicia, como el derecho a plantear una pretensión ante un tribunal o a defenderse de ella, con la finalidad de que en un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre ello y, en su caso, se ejecute esa decisión.[3] Como se adelantó, el propio procedimiento prevé la posibilidad de acudir a la instancia jurisdiccional a través de un formato de juicio ciudadano.[4]

---

[3] En términos de lo establecido en la jurisprudencia Tesis 1a./J.28/2023, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Undécima Época, febrero de 2023, de rubro Derecho de acceso a la justicia. Contenido, etapas y alcance de su vertiente de ejecución material de las sentencias.

[4] Acuerdo INE/CG125/2023... *cit*.
[...]
58. Una vez que la DERFE haya notificado a las PPP el resultado definitivo de no inscripción en la LNEPP Definitiva, y éstas consideren que en dicha determinación de improcedencia existen probables violaciones a su derecho al VPPP, podrán impugnarla ante el TEPJF.
59. Para la sustanciación de la Demanda de Juicio, se estará a lo dispuesto en el Libro Primero y el Libro Tercero de la LGSMIME.
60. La DERFE, a través de las JLE, tramitará los medios de impugnación que sean recibidos en los términos de la LGSMIME.
61. Para efectos del presente Capítulo, el formato de la Demanda de Juicio y su correspondiente instructivo de llenado, deberá ser elaborado por la DERFE y se pondrá a disposición de las PPP, a partir del 4 de abril de 2023, a través de los siguientes medios:
a) En la página de internet del INE: www.ine.mx, y
b) En cualquier otro medio o espacio que determine la DERFE.

Como parte de ese derecho, deben respetarse las garantías del debido proceso en cualquier procedimiento en el que sean objeto de controversia sus derechos y obligaciones. A saber, formalidades como: el aviso de inicio del procedimiento, la oportunidad de ofrecer las pruebas y alegar; una resolución que resuelva las cuestiones debatidas, y la posibilidad de reclamar la resolución mediante un recurso eficaz.

Asimismo, el acceso a la justicia exige a las personas el cumplimiento de requisitos y formalidades que señala la Ley, como parte del desahogo de un procedimiento jurisdiccional.

El fundamento de tales derechos —*acceso a la justicia y debido proceso*— lo encontramos en los artículos 14, 17 y 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), 10 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Dichos derechos, también comprenden el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente.

Concretamente, como garantía del derecho de defensa resulta relevante el derecho a ser asistido, pues forma parte del ejercicio del derecho a la protección judicial, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la igualdad ante los tribunales y a un juicio imparcial, es decir, se trata de un aspecto elemental para administrar justicia eficiente y con imparcialidad.

De acuerdo con el artículo 17 constitucional la Defensoría Pública debe ser una institución pública gratuita, universal y de calidad, y su servicio deberá garantizarse a la población. Lo anterior, se complementa con lo dispuesto en el artículo 20, apartado B, fracción VIII, de la CPEUM, de acuerdo con la cual las personas imputadas tienen derecho a una "defensa adecuada por abogado". Por su parte, la CADH también prevé el derecho a una adecuada defensa, artículo 8, que establece las garantías judiciales, dispone en su inciso d), el inculpado tiene derecho de "defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor", mientras que el inciso e), consagra su "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no

se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".

En lo que respecta a la Defensoría Pública es importante señalar que su función consiste en vigilar el cumplimiento mínimo del estándar establecido en materia de derecho de acceso a la justicia, y que su actuar deriva directamente del mandato constitucional a una defensa adecuada.

La Defensoría Pública puede entenderse como la actividad de defensa que presta el Estado a favor de las personas, se trata de una institución estatal, prevista en el texto constitucional, encargada de velar y coadyuvar en el cumplimiento de algún derecho humano y cuya finalidad se traduce en la prestación de servicios jurídicos de defensa, asesoría y representación.

En tal sentido, la asistencia letrada constituye una garantía irrenunciable de suma importancia como mecanismo de protección del debido proceso y para una efectiva defensa de los intereses de toda persona en igualdad de circunstancias ante las autoridades jurisdiccionales.

Aspectos que revisten particular importancia en el supuesto que se analiza, pues se trata de personas que por su condición de reclusión se ubican en una situación de vulnerabilidad.

## IV. Condición de vulnerabilidad

Como adelanté, las personas detenidas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, ello es así, por la falta de políticas públicas y por las deficiencias estructurales tanto de las prisiones como de los procedimientos y los procesos, los cuales suelen afectar en cierta medida a todas las personas detenidas. La vulnerabilidad a la que me refiero se presenta por la carencia de un reconocimiento a su identidad; ante la falta de documentos para identificarse y poder realizar otros trámites frente al Estado. Esa vulnerabilidad, reside en la pérdida del reconocimiento y ejercicio de los derechos.

Aunado a lo anterior, debemos tomar en cuenta que el sistema penitenciario nacional enfrenta diversas problemáticas que

afectan directamente a la población carcelaria, tales como la falta de separación entre procesados y sentenciados, la insuficiencia de personal de seguridad y custodia, las malas condiciones de diferentes áreas de los centros penitenciarios, la falta de actividades laborales, educativas, deportivas y capacitación para el trabajo, así como, deficiencia en la atención de la salud de las personas privadas de la libertad, entre otras. Todos estos aspectos inciden directamente en el ejercicio de derechos, y nos hacen plantearnos como objetivo el mejoramiento de las situaciones de vida dentro de las cárceles.

Es importante recordar que la gente en prisión mantiene todos los derechos humanos excepto el derecho a la libertad. La gente que es legalmente detenida o encarcelada pierde, por un tiempo, el derecho a la libertad. Estas personas podrían tener ciertos derechos limitados, incluyendo: el derecho a la privacidad; la libertad de movimiento; la libertad de expresión; la libertad de asociación, y la libertad de votar.

Esa vulnerabilidad de la que hablamos los coloca en un estado de indefensión, y no debería ser nunca un obstáculo para el disfrute y pleno ejercicio de sus derechos. Las personas privadas de libertad deben ser siempre consultadas respecto a las decisiones que les afecten.

Durante su periodo de detención, las personas privadas de la libertad están sujetas al control efectivo del Estado, quien es garante de los derechos de las personas en prisión y, por tanto, de garantizar el ejercicio de sus derechos. Esa obligación implica que el Estado debe tomar todas las "medidas necesarias" para procurar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan disfrutar efectivamente de sus derechos.

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

En los términos descritos, en el supuesto de una persona en prisión preventiva que se encuentra en condición de vulnerabilidad, y agota un trámite administrativo para obtener su credencial

para votar y ejercer su derecho al voto, y ante la negativa a su solicitud, promueve un medio de impugnación, sin duda, hace patente la necesidad de contar con asesoría jurídica, como parte de su derecho a una debida defensa. Para garantizar ese derecho existe la figura de la Defensoría Pública.

Lo hasta aquí expuesto, fue valorado al analizar los juicios ciudadanos presentados para controvertir la improcedencia de diversas solicitudes de registro de PPP para ser incluidos en el listado nominal correspondiente. En el trámite de éstos se consideró imperativo garantizar a los impugnantes una debida defensa a través de la asesoría brindada por la Defensoría Pública del TEPJF.

Cabe señalar que, en términos de lo dispuesto por el artículo 188 Bis del Reglamento Interno del TEPJF, la Defensoría Pública Electoral es el órgano auxiliar de la Comisión de Administración encargado de prestar a grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja histórica los servicios en materia electoral de orientación, asesoría, representación jurídica y coadyuvar en los servicios de mediación en aquellos casos que así lo prevean las leyes.

Así, la participación de la Defensoría Pública representó un elemento de gran importancia para resolver las causas planteadas a la Sala Regional. A continuación, referiré algunos aspectos relevantes de los asuntos conocidos.

## V. Participación de la Defensoría Pública del TEPJF

Las impugnaciones se presentaron en la etapa correspondiente a la conformación de la Lista Nominal de Electores de Personas que se encuentran en Prisión Preventiva para los Procesos Electorales Locales 2022-2023 en lo que interesa, correspondiente al Estado de México.

Su análisis exigió a los integrantes de las magistraturas un examen minucioso, sobre los hechos y las constancias generadas en cada uno, y a la postre generaron consideraciones que pretenden servir de sustento para que la autoridad administrativa regu-

le supuestos que, previo a la etapa impugnativa, son complicados de prever.

Particularmente, su desahogo implicó la necesidad de coadyuvar con autoridades de otra índole; asimismo generó la necesidad de valorar la inclusión de algunos mecanismos y medidas en los lineamientos o documentos normativos de subsecuentes programas para permitir el voto de las personas en prisión preventiva.

En ese contexto, quienes promovieron los juicios son personas en prisión preventiva que controvirtieron la improcedencia decretada por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores (DERFE) respecto de sus solicitudes para ser incluidos en el referido listado, en esencia por dos causas, *i)* al advertirse que no se encontraba en el centro penitenciario correspondiente a su último domicilio, y *ii)* que al realizar la confronta entre el expediente proporcionado por la autoridad penitenciaria, se identificó que no correspondían a las imágenes contenidas en la base de datos del padrón electoral, concluyéndose que los datos proporcionados correspondían a una persona distinta.

En tal sentido, en atención al diseño del programa, corresponde a la DERFE analizar la información contenida en las solicitudes de inscripción y la ficha de registro entregada por las autoridades de las Secretarías de Seguridad Pública (SSPE), y la verificación de situación registral de las personas en prisión preventiva, con el objetivo de determinar el estatus de cada uno de los registros en el Padrón Electoral, a efecto de que dicha información sirva como insumo para el dictamen de procedencia de las respectivas solicitudes.

Así, es atribución de la DERFE determinar la procedencia o improcedencia de las solicitudes como resultado del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y los propios Lineamientos, con base en los criterios que para tal efecto establezca la DERFE; y la notificara a los interesados expresando los motivos y fundamentos legales por los que la solicitud fue determinada como improcedente, además, les informara sobre los derechos que le asisten y los mecanismos legales de defensa a su disposición.

Si bien, los casos presentaron diferentes retos en su análisis, la participación de la Defensoría Pública del TEPJF amerita una reflexión especial dada la importancia que implicó, pues con tal determinación se garantizó a los enjuiciantes el derecho a una debida defensa en el contexto de la causa electoral que motivó la presentación del juicio.

En efecto, al tratarse de personas que solicitan el reconocimiento del derecho a ser incluidos en el listado nominal correspondiente y así poder ejercer su derecho al voto, su pretensión se atendió en un primer momento por la autoridad administrativa electoral, al ser esta la que instrumentó el programa respectivo.

En el diseño, correspondió a la referida autoridad establecer los mecanismos para realizar el trámite, desde verificar la identidad, el estatus legal de los solicitantes, su situación registral, y a partir de ello calificar la procedencia o improcedencia de su solicitud. Asimismo, previó lo relativo a la impugnación de esa determinación, a través de un formato de demanda que se facilitó a aquellas personas que ante la improcedencia de su solicitud quisieran inconformarse.

Una vez manifestada la voluntad de impugnar, la autoridad tiene la obligación de agotar el trámite correspondiente, avisar a la autoridad jurisdiccional, rendir el informe circunstanciado y remitir el expediente integrado con la información y constancias generadas con motivo de la solicitud.

En el trámite de las impugnaciones, atendiendo a las particularidades de cada asunto la autoridad jurisdiccional consideró realizar diferentes diligencias, como corroborar la identidad de los impugnantes y cerciorarse de que su estatus legal permitiera considerarlos en la lista nominal para personas en prisión preventiva.

Aunado a lo anterior, se determinó la necesidad de garantizar a los actores su derecho a una debida defensa a través de la Defensoría Pública del TEPJF. Se consideró que las PPP se encuentran en una situación de vulnerabilidad y que, por su situación de reclusión debían contar con asesoría letrada sobre los aspectos inherentes al registro en el listado nominal para personas en prisión preventiva.

En el estudio de estos se consideró la condición de vulnerabilidad por lo que hace a la posibilidad de defender los derechos político-electorales, para las personas en prisión preventiva, al no existir la posibilidad de recibir explicaciones y asesoría de parte de la autoridad electoral, como sucede con el resto de la ciudadanía que acude a realizar cualquier trámite del Registro Federal de Electores.

En aras de privilegiar el acceso a la justicia, y poner en igualdad de condiciones materiales tal derecho a las personas en prisión preventiva, como parte de la sustanciación de los asuntos se dio vista a la Defensoría Pública Electoral para efecto de que, en atención a la imposibilidad de ser instada por la parte actora, se apersonara en el centro de reclusión para contactar al promovente para que manifestara su aceptación o rechazo a ser asistido.

De manera previa, los señalados funcionarios rindieron protesta del cargo ante el secretariado de la Sala Regional; y posteriormente se presentaron en los respectivos centros de reclusión para entrevistarse con los promoventes de los medios de impugnación, lo que generó diferentes consecuencias, como la aceptación de la representación, desistimientos de los juicios, así como, casos en los que se rechazó el apoyo de la defensoría.

También se presentaron circunstancias muy particulares como que, a partir de la entrevista, un recluso señaló que en fecha previa se le había dictado sentencia condenatoria, por lo que, corroborada tal situación, al resolver el juicio se declaró infundada su pretensión, toda vez que la condicionante para poder ser inscrito en la lista nominal es que se encontrara en prisión preventiva. En otro asunto, la diligencia realizada por la representación de la Defensoría permitió que la parte actora aclarara cuál era su nombre correcto, lo cual, fue esencial para la resolución del juicio.

Como se aprecia, la intervención de los integrantes de la Defensoría Pública resultó clave en la resolución de los juicios en comento, pues no solo se garantizó la asesoría jurídica, sino que, la interacción con los defensores dio mayor claridad y certeza, tanto a la parte actora como a la Sala Regional. El análisis particular de cada asunto nos permite sostener la importancia de esa participación, que en gran medida facilitó su resolución.

A continuación, presentaré una breve síntesis de los temas y problemáticas que se presentaron para el análisis.

## VI. Problemática de los asuntos

*Domicilio de reclusión.* Se presentaron casos en los que la improcedencia a la solicitud de registro se dio porque el solicitante no se encontraba físicamente en el centro penitenciario correspondiente a su último domicilio, y en su caso donde le correspondería ejercer su voto.

En lo tocante a esta temática, la Sala Regional determinó fundado el agravio relativo a la indebida fundamentación y motivación de la improcedencia al razonarse que la autoridad debió valorar las condiciones extraordinarias que implica una reclusión, y que ello impidió la realización de los trámites necesarios a fin de poder solicitar la inclusión en el listado nominal en tiempo y forma.

En ese caso, las magistraturas concluimos que, si la persona presentó su solicitud individual de inscripción ante la autoridad administrativa electoral en el Estado de México, se presume que es su deseo votar en las próximas elecciones en esa entidad, esto es, en el lugar de su reclusión.

También consideramos que, lo tocante a los casos en los que la inscripción del interesado en la lista nominal de electores se ubicara en el supuesto de "baja", a fin de maximizar la protección de los derechos humanos en su vertiente político electoral de votar, se determinó procedente la solicitud para ser incorporados temporalmente a la lista nominal respectiva, precisando que, al concluir el proceso respectivo regresarán a su estatus.

Cerrando la idea pasada, se tomó en cuenta que las autoridades penitenciarias confirmaron la situación de que se trata de personas en prisión preventiva, a quienes no les ha sido posible realizar un trámite de actualización al padrón electoral o no pudieron recoger la credencial para votar del último trámite que realizaron.

Con base en lo pasado se determinó que el hecho de que la situación registral correspondiera a "*baja por pérdida de la vigencia*"

no representaba un impedimento para poder ser considerado en la lista nominal de electores.[5]

Definido lo anterior, nos abocamos a verificar lo relativo a la situación registral concerniente a la pérdida de vigencia ocurrida en Coahuila.

En ese sentido, en la discusión de los asuntos cobró relevancia el principio del derecho penitenciario, en términos del cual, por regla, las personas privadas de su libertad porque se les ha dictado prisión preventiva deben estar recluidas en los centros penitenciarios más cercanos al lugar donde se está llevando a cabo su proceso; mientras que en el caso de las personas sentenciadas podrán cumplir con la resolución judicial privativa de la libertad en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio.[6]

Se consideró que, si bien, en los casos de las y los ciudadanos vinculados a un proceso penal y a los que, además, se les ha impuesto de forma preventiva la privación de su libertad, generalmente, son confinados en centros de readaptación social próximos al sitio en el que se sustancia el proceso penal, sin embargo, ese domicilio puede o no coincidir con el lugar y entidad federativa en el que esas personas tienen su domicilio convencional y que es el que, normalmente, tiene registrado el INE en la lista nominal de electores respectiva.

Así, identificamos que también es posible que las personas en prisión preventiva se encuentren recluidas en instalaciones penitenciarias que no se ubican en la misma entidad federativa en la que la autoridad electoral tiene registrado el domicilio de cada ciudadano y ciudadana, y que, en este supuesto, está fuera del ámbito de la voluntad de las personas señaladas como responsables en la causa penal el definir el lugar y domicilio en el que deberán ser confinadas, ya que esta situación es determinada, entre otras causas, conforme al lugar en el que se encuentra sustanciándose el proceso penal.

Lo anterior, en consideración de las magistraturas, presenta diferencias fundamentales con lo que acontece en un caso or-

5 ST-JDC-43/2023.

6 Tal como se advierte de lo dispuesto en el art. 49, de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

dinario, debido a que en tal situación las y los ciudadanos son sujetos a un cambio de domicilio forzoso e involuntario, debido a su vinculación a un proceso penal en el que se les ha dictado prisión preventiva.

Además, se consideró que no resultaría razonable exigirles que, en términos de lo previsto en el artículo 130, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, las ciudadanas y los ciudadanos que se ubiquen en tal condición deban acudir a los módulos de Atención Ciudadana del INE a notificar su cambio de domicilio derivado de su situación jurídica-penal.

Con base en lo anterior, con la finalidad de maximizar el ejercicio del derecho fundamental de voto activo de las personas privadas de su libertad en prisión preventiva y tomando en consideración que la situación jurídica-penal de ellas se rige conforme al principio de presunción de inocencia, se estimó jurídicamente viable tener por colmado el requisito relativo a "estar inscrito (a) en la Lista Nominal de Electores de los Estados de Coahuila de Zaragoza y de México, y no habérsele dictado sentencia condenatoria", y ordenar a la autoridad administrativa realizara las gestiones necesarias para que los enjuiciantes ejercieran su derecho a votar durante la jornada electoral del proceso electoral vigente en el Estado de México dadas las circunstancias extraordinarias en que se encuentran.

*Falta de certeza sobre la identidad del solicitante.* También, se presentó un supuesto en el que concluimos que no existía certeza en cuanto a la identidad de quien solicitaba la inclusión al referido listado nominal de personas en prisión preventiva, dada la discrepancia entre quien firmó la solicitud y la demanda, y posteriormente, afirmó que su nombre correcto era otro diverso, máxime que cuando se entrevistó a dicha persona manifestó llamarse de una forma y estar siendo procesado con otro nombre.

A partir de lo anterior, se determinó que la autoridad actuó en congruencia con las circunstancias apuntadas y argumentó que, de la confronta realizada a las imágenes del expediente proporcionado por la autoridad penitenciaria, se identificó que no correspondían a las imágenes contenidas en la base de datos del padrón electoral, por lo que los datos proporcionados eran de una persona distinta.

Esto es, ante la solicitud de una persona que dijo llamarse de determinada manera, para ser incluido en el listado nominal de personas en prisión preventiva, la autoridad administrativa electoral hizo un análisis de la persona con dicho nombre conjuntamente con los datos del expediente proporcionado por la autoridad penitenciaria, frente a la información de la base de datos del padrón electoral, como son los datos biométricos de la persona, generándose una inconsistencia que implicó que se trataba de dos personas distintas.

Así, fue evidente que esa situación generó un estado de falta de certeza que impidió dar curso a la solicitud respectiva, lo cual no se subsanó con las actuaciones procesales ordenadas como parte de la instrucción, subsistiendo la falta de certeza respecto a la identidad de la persona que presentó la solicitud y la demanda. Siendo que, para la inclusión en el listado nominal es requisito *sine qua non* que exista certeza sobre la identidad de la persona que la pretende. Razones por las que se confirmó la improcedencia del trámite requerido por el actor.

*Obtención de biométricos a cargo del INE*. Finalmente, se presentaron casos en los que la negativa se sustentó en que los datos biométricos de la persona —huellas y fotografía— no coincidieron con los que tiene el Registro Federal de Electores en el registro correspondiente al nombre y fecha de nacimiento del interesado.

Es preciso señalar que, tratándose de la inclusión de personas en prisión preventiva al listado nominal correspondiente, no se hace movimiento en el padrón electoral, ya que precisamente uno de los requisitos para acceder a esta, es que la persona esté inscrita en la lista nominal de electores de los Estados con elección.

Como se puede advertir, el INE, para conformar esta lista nominal no realiza cambios en los datos asentados en el padrón electoral, no obstante, debe verificar que el registro atribuido al solicitante efectivamente le corresponda, lo cual se asegura con la coincidencia de los rasgos biométricos de huellas e imagen del rostro.

No obstante, la necesidad de certeza sobre los datos de la persona en prisión preventiva que busca ejercer su derecho fundamental no puede disminuir con relación a las personas en libertad.

Esto es, deben implementarse los mecanismos necesarios para que el ejercicio del derecho al sufragio pueda darse, pero también, asegurar la integridad y veracidad de esta lista especial, como parte del padrón electoral.

Así, se advierte que el INE basó su negativa de incluir a la parte actora en esa lista en el hecho de que con el nombre y fecha de nacimiento proporcionados en la solicitud de inscripción existe un registro en el padrón electoral, cuyos datos biométricos no coinciden con los proporcionados por las autoridades de seguridad pública.

Para comprender esta situación, es necesario tomar en cuenta que, el programa piloto estableció que los biométricos empleados para hacer tal verificación con el padrón serían los facilitados por las autoridades de seguridad pública, es decir, la imagen del solicitante y sus huellas no son obtenidas directamente por el INE.

Tal situación, en consideración de las magistraturas, en casos donde no hay coincidencia a partir de los biométricos en relación con los registrados en el padrón, no excluye de forma absoluta la imposibilidad de que la huella y foto proporcionada por tales autoridades, por error, se haya atribuido al actor, cuando en realidad correspondan a otra persona.

Al tratarse de casos en los que con la improcedencia determinada se niega el ejercicio de un derecho fundamental como el de sufragio activo, se estableció que la autoridad electoral debe contar con un procedimiento que reduzca al máximo razonable la posibilidad de una explicación diversa al hecho de que la imagen del rostro del solicitante y sus huellas no corresponden a las existentes para esa persona en el padrón.

De esta forma, en los casos en los que el INE encuentre esta variación, a fin de potencializar el ejercicio de este derecho fundamental, máxime que se trata de personas privadas de la libertad, se consideró que debe preverse un mecanismo razonable a fin de asegurarse de manera indubitable de la causa de su negativa, lo cual, desde la perspectiva de la Sala Regional, solo podría lograrse si personal del INE acudiera directamente a tomar la imagen y las huellas del solicitante a fin de que sean esas, indubitablemente, pertenecientes al mismo, las que compare con el registro que de esa persona tiene en el padrón.

Con base en tales razones, se concluyó que era necesario reponer el procedimiento de levantamiento de la Solicitud Individual de Inscripción a la Lista Nominal respectiva, para que el personal de la Junta Distrital, designado por la Vocalía del Registro Federal de Electores, llevara a cabo el levantamiento de los datos biométricos útiles para la verificación de situación registral.

Esos son, a grandes rasgos, los asuntos que por sus particularidades exigieron a la Sala la adopción de criterios para maximizar el derecho al voto, tomando en cuenta que se trata de personas en prisión preventiva.

## VII. Conclusiones

Como se aprecia, el conocimiento de los casos en comento presentó a la Sala Regional cuestiones complejas, que podría decirse, hasta ahora, eran ajenas a lo que ordinariamente se conoce en la materia electoral. Su análisis y resolución representó una oportunidad invaluable para realizar aportaciones a un procedimiento que, de origen, tiene la finalidad de hacer efectivo el derecho a votar de las personas que se encuentran en prisión preventiva.

En ese tenor, la participación de la Defensoría Pública del TEPJF garantizó a los impugnantes su derecho a una debida defensa, y en muchos casos generó circunstancias que facilitaron la resolución de los asuntos.

De ahí que, en asuntos en los que estén involucrados derechos y obligaciones de personas que se encuentran en reclusión sin haber sido sentenciados, deba privilegiarse la asistencia jurídica a los impugnantes en el contexto del procedimiento para ser registrados en el referido listado nominal, a través de la señalada Defensoría Pública, máxime si se considera que dicho grupo se encuentra en una posición de vulnerabilidad.

Con la intervención de la Defensoría Pública Electoral se respetaron las garantías de acceso a la justicia y debida defensa de los solicitantes; asimismo, se generaron criterios de relevancia como los relacionados con el domicilio de reclusión y con la toma de datos biométricos.

A través de tales determinaciones se potenció el ejercicio del voto, dejando de lado requisitos y mecanismos, que, si bien, desde su diseño no se visualizaban como un obstáculo para lograr la conformación de dicho listado nominal, ya en la implementación se presentaron como un aspecto que generó la improcedencia de varios trámites, la cual en el análisis de cada caso pudo superarse.

En el criterio relacionado con el domicilio, con una interpretación de la norma ante la situación extraordinaria que prevalece al encontrarse los solicitantes en reclusión, y en el de los biométricos, con la implementación de un mecanismo en el que la autoridad electoral sea la que obtenga esos datos y así tener certeza respecto a la confronta que se realice con los datos del padrón.

En mi opinión, la expansión de derechos, como se da con el reconocimiento del derecho a votar de las personas que se encuentran privadas de su libertad, pero aún sin sentencia y amparadas en el principio de presunción de inocencia, fortalece nuestro sistema democrático, y sin duda, será un tema que dará de que hablar en el próximo proceso. Garantizar el voto de ese sector de la población requerirá de la participación y coordinación de diversas autoridades del Estado mexicano.

## Referencias

### Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Acuerdo INE/CG125/2023. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueban los Lineamientos para la conformación de la lista nominal de electores de personas que se encuentran en prisión preventiva

para los procesos electorales locales 2022-2023 en los estados de Coahuila de Zaragoza y de México.

Acuerdo INE/CG125/2023. Lineamientos para la conformación de la lista nominal de electores de personas que se encuentran en prisión preventiva para los procesos electorales locales 2022-2023 en los estados de Coahuila de Zaragoza y de México.

**Jurisprudencia**

Tesis: 1a./J. 28/2023, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Undécima Época, febrero de 2023, de rubro Derecho de acceso a la justicia. Contenido, etapas y alcance de su vertiente de ejecución material de las sentencias.

# Límites a la libertad de expresión, política de las personas en prisión

*Martha Leticia Mercado Ramírez**

Sumario: I. Introducción: exclusión democrática de las personas condenadas penalmente. II. La libertad de expresión política. III. Contexto carcelario. IV. Experiencia del voto informado en el contexto carcelario. V. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción: exclusión democrática de las personas condenadas penalmente

La exclusión democrática en la que se encuentran las personas en prisión, debido a una condena penal, conduce enseguida a dejar de lado las libertades políticas que se encuentran interconectadas al ejercicio de los derechos de sufragio. Si sus derechos de votar y ser elegidos están suspendidos durante todo el tiempo de la condena, entonces los demás derechos políticos no serán utilizados para propósitos políticos, electorales y mecanismos de democracia directa.

En ese sentido, los muros y las rejas impiden ejercer activamente la libertad de asociación política, la libertad de reunión y manifestación política y, como base de esas libertades, la libertad de expresión. Las y los prisioneros dejan de contar con una finalidad inmediata para sus posturas, creencias o preferencias

* Magistrada del Tribunal Electoral de la Ciudad de México.

políticas, en términos de participación en votaciones populares o de representación política; si bien pueden seguir cultivando o compartir sus ideas.

La suspensión de derechos políticos, para quienes han sido sentenciados a pena de prisión, está establecida en el artículo 46 del Código Penal Federal, el cual dispone:

> Artículo 46.- La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

Tal precepto encuentra justificación en nuestro texto constitucional. El artículo 38 de la Constitución federal contempla principalmente la intervención penal para la suspensión de derechos políticos: "Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: [...] III. Durante la extinción de una pena corporal [...] y VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión".

Hay un conjunto de derechos y libertades que dan vida al sistema democrático. Cada uno de ellos es esencial en el llamado juego democrático. Sin alguna de esas libertades y derechos fundamentales difícilmente podría sostenerse el modelo de la democracia moderna. De ahí que cada libertad o derecho cumpla con una función específica o concreta para los fines de la participación política.

En el caso de la libertad de expresión en materia política, es indispensable para todas las actividades electorales y políticas. Desde quien busca compartir sus ideas o posturas sobre una problemática concreta o un tema general de interés para la comunidad en la que reside, pasando por la selección interna de candidatos por los partidos políticos, hasta las campañas electorales. De alguna forma, puede decirse que la libertad de expresión es la que permite, de manera previa, el desarrollo de los demás derechos políticos.

La libertad de reunión y manifestación se vería desvirtuada si las personas no pudieran expresar a los demás sus ideas, quejas o

propuestas, con libertad. También podría verse limitada arbitrariamente la pluralidad política si el derecho de asociación se encuentra restringido a ciertas ideologías permitidas, excluyendo o proscribiendo otras determinadas. Más allá de que las asociaciones políticas alcancen sus objetivos o los partidos políticos logren sobrevivir en las contiendas electorales, la libertad de definir sus bases, principios o valores es indispensable para establecer su singularidad como opción política.

## II. La libertad de expresión política

La libertad de expresión tiene una larga trayectoria de reconocimiento como uno de los principales derechos fundamentales inherentes a la persona y como uno de los derechos básicos para el sistema democrático, es decir, como un derecho político. Fue uno de los derechos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[1] considerada como uno de los documentos internacionales más notorios y trascendentes en la promoción y protección de los derechos humanos. Posteriormente, al ser convencionalizada dicha Declaración, fueron actualizados los términos de la libertad de expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[2] En el trabajo interpretativo de este último tratado, el Comité de Derechos Humanos, al estudiar los derechos políticos, consideró que "[l]a libertad de expresión,

[1] Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

[2] Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente".[3]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), principal instrumento regional en la materia destaca por la amplitud al establecer la libertad en cuestión.[4] En México, la libertad de expresión se encuentra reconocida y protegida en los artículos 6 y 7 de la Constitución federal, en los términos siguientes:

> Artículo 6. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

---

[3] Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 25, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 27 de agosto de 1996, párr. 12.

[4] Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

> Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.
>
> El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.
>
> [...]
>
> Artículo 7. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.
>
> Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

En términos generales, los principales tribunales de derechos han señalado dos dimensiones en el contenido de la libertad de expresión. Una dimensión individual y otra colectiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),[5] al interpretar el citado artículo 13 de la CADH, señaló lo siguiente:

> 30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...". Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir in-

[5] Entre otras resoluciones, Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 13 de noviembre de 1985.

formaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aludió a esas dos dimensiones en la jurisprudencia P./J. 25/2007.[6]

[6] Tesis P./J. 25/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1520. Libertad de expresión.

Ahora bien, el internet ha revitalizado esas dos dimensiones aludidas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) nos recuerda que "[e]n la actualidad, el derecho a la libertad de expresión encuentra en Internet un instrumento único para desplegar, incrementalmente, su enorme potencial en amplios sectores de la población".[7]

En el ámbito electoral, el uso de internet y, en especial las redes sociales, se han convertido en una plataforma pública y de libre expresión de ideas con fines políticos y electorales. Su fácil uso y efecto inmediato son algunas de sus características básicas. Así, las principales redes sociales se han convertido en las mejores herramientas de comunicación social durante los procesos electorales.

Si bien internet es un instrumento que nos permite estar mejor informados, amplificar las voces, y proveer una gran cantidad de datos en cualquier momento y cualquier lugar, también ha cambiado la percepción política en la capacidad de influir en la decisión de los votantes durante los procesos democráticos (campañas, candidaturas, debates), pues gran parte de la información es difundida y consultada a través de dicha herramienta y las redes sociales.[8]

---

Dimensiones de su contenido. El derecho fundamental a la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Así, al garantizarse la seguridad de no ser víctima de un menoscabo arbitrario en la capacidad para manifestar el pensamiento propio, la garantía de la libertad de expresión asegura el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio de este derecho. Esto es, la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación a otras personas de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden.

7 CIDH, *Libertad de expresión e Internet*, OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF.11/13, Washington D.C., 31 de diciembre de 2013, p. 5.

8 La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Sala Superior), en jurisprudencia, Libertad de expresión en redes sociales. Enfoque que debe adoptarse al analizar medidas que pueden impactarlas, advirtió que "[...] por sus características, las redes sociales son un medio que posibilita un ejercicio más democrático, abierto, plural

Sin perjuicio de la trascendencia y relevancia de la libertad de expresión, al igual que la mayoría de los derechos fundamentales, también su ejercicio puede verse sujeto a ciertos límites o restricciones. Por ejemplo, esto ocurre en el contexto del debate político, donde no puede rebasar la honra y dignidad de las personas. La Sala Superior, en la jurisprudencia 11/2008,[9] indicó:

> [...] el ejercicio de dicha libertad no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados.

## III. Contexto carcelario

El contexto carcelario cambia diametralmente el panorama. Si bien es cierto no son espacios inmunes al respeto de la dignidad de la persona y el goce de los derechos fundamentales, como recuerda Peláez:[10]

---

y expansivo de la libertad de expresión", tesis 19/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 9, núm. 18, 2016, pp. 33 y 34.

9 De rubro: Libertad de expresión e información. Su maximización en el contexto del debate político, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 2, núm. 3, 2009, pp. 20 y 21.

10 Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de las personas en prisión*, 3a. ed., México, INEHRM-IIJ, 2015, p. 4.

> Las personas privadas de libertad en los establecimientos del sistema penitenciario mexicano gozan de todos los derechos humanos protegidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado mexicano, sin perjuicio de las restricciones derivadas de las condiciones de reclusión; por ello, el Estado debe garantizar el respeto a la dignidad de las personas en reclusión, en las mismas condiciones aplicables a las personas que se encuentran en libertad.

Sin embargo, como señala la autora, las condiciones de reclusión imponen ciertas restricciones en el ejercicio de los derechos humanos. Por ello, por ejemplo, las personas privadas de libertad, por el simple hecho de encontrarse en un espacio excluido de la normal interacción social, también se ven fuera del circuito democrático.

Al verse excluidos de la participación política, debido a una condena penal, esto los orilla paulatinamente al desinterés de informarse e involucrarse en los asuntos o problemáticas de las comunidades de pertenencia, en general de los asuntos políticos de la sociedad.

En ese sentido, tampoco existe la necesidad de incentivarlos a la formación de una opinión o postura respecto de las plataformas políticas o propuestas electorales durante las elecciones, pues de entrada se sabe que no podrán participar. De ahí que instrumentos esenciales para la comunicación y difusión de las opciones políticas, como el internet, la televisión, el periódico o la radio, no se vean como bienes indispensables al interior de las prisiones.

En México hay una población total de 228,530 personas privadas de libertad; de los cuales 136,709 son personas sentenciadas y 91,821 son personas en prisión preventiva (o procesada). Toda esta población privada de la libertad está recluida en 284 centros penitenciarios (14 del Gobierno federal; 13 del Gobierno de la Ciudad de México y 257 de los Gobiernos de las entidades federativas).[11]

[11] Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, diciembre de 2022, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/800216/CE_2022_12.pdf*

## IV. Experiencia del voto informado en el contexto carcelario

México, en los últimos años, ha experimentado un cambio importante en la inclusión de las personas en prisión preventiva en los procesos electorales. Sin embargo, esos ejercicios de votación han mostrado que el contexto penitenciario dificulta una comunicación efectiva entre las candidaturas y las personas en prisión preventiva. Una de las principales dificultades destacadas fue el llamado voto informado, que en mucho depende de la libertad de expresión.

Durante largo tiempo nuestra sociedad moderna se acostumbró a los típicos actos de campañas electorales, como los discursos de las candidatas y los candidatos en los espacios públicos, las marchas o los mítines, a la par de la utilización de los medios de comunicación masiva por los partidos políticos para difundir publicidad o propaganda electoral. El fin de esos actos, en el fondo, conserva la raíz primigenia de dar a conocer y posicionar entre la ciudadanía a las personas que compiten por un determinado cargo popular, junto con sus ideas y opiniones. En otras palabras, existe una necesidad básica de conocer, entre otras, las opciones políticas, las candidaturas con sus proyectos, planes y propuestas, así como sus fuentes de financiamiento, para poder tomar una decisión informada en la elección en turno.

Ahora, como es bien sabido, las nuevas tecnologías (internet y las redes sociales) han abierto un enorme espacio de comunicación en el ámbito electoral, donde el receptor tiene un papel menos pasivo. Es frecuente escuchar que en la actualidad debemos batallar con el inmenso mundo de datos e información a nuestro alcance.

Pero ciertamente lo anterior es posible en un contexto de libertad. Cuando pensamos en un contexto carcelario, las cosas cambian. No hay mítines electorales en las prisiones, no llega la propaganda electoral o los carteles de las candidaturas, los partidos políticos no cuentan con los mecanismos necesarios para dar a conocer sus posturas y defenderlas ante la población en prisión preventiva; el acceso a la información está limitado, los medios

impresos típicos (periódicos y revistas) en ocasiones no llegan y el internet no es un bien indispensable.

En el proceso electoral federal de 2021 tuvo lugar la primera experiencia de implementación del voto en prisión en México, a cargo del Instituto Nacional Electoral (INE). Fue una prueba piloto que sirvió básicamente para observar el funcionamiento del modelo adoptado y para detectar posibles defectos y mejoras. En ese sentido, es posible advertir que se requieren ajustes para el propósito fundamental de ofrecer un voto informado a las personas en prisión preventiva.

### 4.1. ¿Qué podemos entender por voto informado?

La noción de voto informado alude a una condición o situación estándar en la que el elector o electora tuvo acceso por distintos medios a la información que le permitió conocer las respectivas plataformas, proyectos o posturas políticas de las distintas candidaturas en una determinada elección popular, durante un lapso suficiente de tiempo –antes de la emisión del voto– para analizarlas y reflexionar sobre la que considera la mejor opción, conveniente o simplemente afín a sus ideas.

En términos generales, el voto informado es la necesidad de conocer previamente a quienes compiten por un determinado cargo de elección popular (sus ideas, posturas ante ciertos temas relevantes o sensibles, propuestas, quién los apoya, entre otras cuestiones). Si alguien decide ejercer el derecho de voto, primero tiene que saber cuáles son las opciones entre las que podrá elegir.

En las sociedades contemporáneas, altamente desiguales, en especial en nuestra región, pueden existir grados diferentes de acceso a información cierta, oportuna y libre de manipulación; pero los Estados han hecho esfuerzos para que toda la ciudadanía cuente con una base mínima y suficiente de información fiable, garantizada por las autoridades administrativas electorales.

Para Gutiérrez Espíndola,[12] el voto informado está sostenido por el cumplimiento de las responsabilidades que a cada actor social le corresponde en el proceso electoral. En el caso de los partidos políticos, presentar claramente las propuestas y asumir compromisos claros y verificables; los medios de comunicación, presentar objetivamente todas las opciones y promover el debate razonable; la autoridad electoral, vigilar que todas las opciones tengan las mismas oportunidades de informar a la ciudadanía sobre sus propuestas; el gobierno, evitar el uso de recursos públicos para inclinar la preferencia de las y los votantes a favor de una opción; y la ciudadanía, entender qué se vota, qué propone cada opción y razonar las consecuencias del voto.

Por su parte, la iniciativa *Voto informado*[13] ofrece una definición desde la perspectiva de calificar si un voto puede considerarse informado o no: "[e]s aquel que realiza una persona después de conocer a todas sus candidatas y candidatos, analizar sus propuestas, posturas e ideas, así como las plataformas electorales de los partidos políticos y/o coaliciones; eligiendo así de una manera segura, libre y secreta".

Entonces, según lo anterior, al menos hay dos elementos indispensables para que un voto pueda ser considerado como voto informado: acceso por distintos medios a la información necesaria o indispensable y un período para conocer, entender y evaluar esa información con el propósito de elegir una opción política. En el caso de las personas en prisión preventiva, esto que pudiera parecer cotidiano, se vuelve complicado porque las prisiones han sido hasta ahora ignoradas de la vida democrática. No hay infraestructura o puentes construidos entre partidos políticos y la población en prisión preventiva. La finalidad de la campaña electoral, que es la obtención del voto, pierde sentido.

En la implementación de la prueba piloto a la que nos hemos referido, es probable que el ejercicio de voto estuviera alejado de los dos elementos básicos de voto informado, pues las personas

12 Gutiérrez Espíndola, José L., *El voto: herramienta de la vida democrática*, México, INE, 2016, p. 20.

13 UNAM, Plataforma digital Voto informado, *https://votoinformado.unam.mx/*

en prisión preventiva únicamente conocieron las opciones políticas el mismo día que votaron.

### 4.2. La discusión y opción utilizada en la implementación de la prueba piloto

El Consejo General del INE, al aprobar el modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva para el proceso electoral 2020-2021, optó por un documento escrito como principal medio de comunicación entre las personas en prisión preventiva y las candidaturas.[14] Esta sería la vía que tendrían al alcance las personas en prisión preventiva para conocer las opciones políticas en competencia. El INE, como autoridad especializada en la materia, estaría a cargo de diseñar el material informativo, pero los partidos políticos coadyuvarían en el contenido que sería presentado a las personas en prisión preventiva.

En suma, se ofrecería un "documento con resumen de opciones electorales (plataformas político-electorales)", consistente en la postura de cada partido político nacional y no propiamente de las candidaturas para diputaciones federales en lo individual. Dicho documento formaría parte del paquete electoral que sería entregado a las personas en prisión preventiva durante la jornada electoral.

Como puede advertirse, es en la misma jornada de votación que las personas en prisión preventiva conocieron las propuestas de los partidos políticos.

En la discusión del Consejo General, los representantes de los partidos políticos reiteraron sus inquietudes por la falta de mecanismos para interactuar con las personas en prisión preventiva y hacer llegar sus propuestas electorales y las de sus candidatos, más allá del documento resumen. Querían, por ejemplo,

[14] INE, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueba el modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva, para el proceso electoral 2020-2021, en acatamiento a la sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-352/2018 y acumulado, sesión extraordinaria de 3 de febrero de 2021, *INE/CG97/2021*.

que se instrumentaran "[...] los medios tecnológicos que faciliten el acceso de las personas en prisión preventiva, a la propaganda, difusión y propuesta electoral de todos los candidatos de los diferentes partidos políticos".[15]

Por su parte, sobre este tema, la consejera Beatriz C. Zavala recordó que en los debates previos de la Comisión de Capacitación y Organización Electoral ella había propuesto que fueran exploradas diferentes formas o medios para que las personas en prisión preventiva pudieran conocer con anticipación las plataformas de los partidos políticos.[16] En ese sentido, en el Acuerdo se estableció que "[...] se revisará con las autoridades penitenciarias, la posibilidad de utilizar con antelación al voto anticipado, algún otro medio de comunicación diferente al citado al que tengan acceso las PPP [personas en prisión preventiva], por ejemplo, spots, capsulas informativas u otros medios impresos, que les permita conocer las propuestas de los partidos políticos".[17]

Sin embargo, a la postre, el documento con resumen fue la principal fuente de información con la que contaron las personas en prisión preventiva para emitir su voto, proporcionado justo durante la jornada de votación. Y, a pesar de que la instrucción para las funcionarias y funcionarios electorales que ingresaron a las cárceles federales era dar a cada persona el tiempo que necesitara para emitir su voto, esto parece insuficiente y magro para la libertad de expresión y lograr un voto informado.

En la evaluación realizada por la propia autoridad electoral de la prueba piloto, a partir de los informes preparados por las distintas áreas involucradas, las conclusiones y sugerencias sobre el tema consistieron en esencia en dar a conocer de manera previa y con mayor oportunidad las distintas opciones políticas por las que pueden votar las personas en prisión preventiva, así

15 INE, Acta de la sesión extraordinaria del Consejo General de 3 de febrero de 2021, p. 188.

16 *Ibidem*, p. 199.

17 INE, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueba el modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva..., *cit*., p. 18.

como incluir otras formas de comunicación, "tales como videos, folletos e infografías".[18]

Por último, cabe decir que lograr que las personas en prisión preventiva tengan acceso de manera previa a diversos medios de información acerca de las distintas opciones políticas por las que pueden llegar a votar en una determinada elección, es indispensable para tener un voto informado en las prisiones. De hecho, es de suma importancia que puedan escuchar directamente a las candidaturas antes de la jornada de votación. Esto, al igual que sucede fuera de las prisiones, es lo que permite tener el tiempo necesario para reflexionar o razonar respecto de los proyectos, plataformas políticas, propuestas, en fin, de las ideas de las candidaturas contendientes.

## V. Conclusiones

Durante mucho tiempo nuestro ordenamiento jurídico ha dejado fuera del espacio democrático a quienes han sido condenados penalmente. Debido a la suspensión de derechos políticos, que viene aparejada a la condena penal, las personas en prisión dejan de participar e involucrarse en los procesos electorales y los mecanismos de participación democrática. Es parte del castigo.

En ese sentido, la libertad de expresión política, una de las libertades básicas del modelo democrático, queda sin uso, limitada y, ulteriormente, olvidada para las personas privadas de la libertad, pues al no poder votar o ser elegido en un cargo de elección popular entonces la libertad de expresión política también deja de cumplir su función.

Las primeras experiencias de ejercicio del derecho de sufragio activo para las personas en prisión preventiva, sector que fue considerado susceptible de ejercer tal derecho, primero por sentencia judicial y posteriormente por el legislativo a través de

[18] INE, Informe integral de evaluación del programa piloto del voto de las personas en prisión preventiva. Proceso electoral federal 2020-2021, Comisión de Organización Electoral, marzo de 2022, p. 93.

reformas a la legislación electoral, han mostrado las dificultades de alcanzar un voto informado para quienes se encuentran tras las rejas. Esa exclusión de la que hablamos, la cual ha permanecido durante mucho tiempo, ha dejado los canales de comunicación e información cerrados para los fines de la representación política.

## Referencias

CIDH, *Libertad de expresión e Internet*, OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF.11/13, Washington D.C., 31 de diciembre de 2013.

Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 25, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 27 de agosto de 1996.

Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 13 de noviembre de 1985.

Gutiérrez Espíndola, José L., *El voto: herramienta de la vida democrática*, México, INE, 2016.

INE, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueba el modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva, para el proceso electoral 2020-2021, en acatamiento a la sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-352/2018 y acumulado, sesión extraordinaria de 3 de febrero de 2021, INE/CG97/2021.

INE, Acta de la sesión extraordinaria del Consejo General de 3 de febrero de 2021.

INE, Informe integral de evaluación del programa piloto del voto de las personas en prisión preventiva. Proceso electoral federal 2020-2021, Comisión de Organización Electoral, marzo de 2022.

Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de las personas en prisión*, 3a. ed., México, INEHRM-IIJ, 2015.

Sala Superior, Jurisprudencia 11/2008, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 2, núm. 3, 2009.

Sala Superior, Jurisprudencia 19/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 9, núm. 18, 2016.

Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, diciembre de 2022.

Tesis P./J. 25/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007.

UNAM, Plataforma digital Voto informado.

# La protección al ejercicio del derecho a votar de las personas en prisión preventiva

*Gilberto Pablo De Hoyos Koloffon**
*Alejandra Esquivel Quintero***

Sumario: I. Introducción. II. Derecho al voto de las personas en prisión preventiva. III. Fiscalías Electorales. IV. Protección a la emisión del voto de las personas en prisión preventiva. V. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción

De los diversos sectores que integran la sociedad, existen algunos que cuentan con mayores posibilidades de que sus derechos humanos sean transgredidos, y son dichas porciones a quienes se les conoce como grupos vulnerables; condición que es el resultado de la acumulación de desventajas y una mayor probabilidad de presentar un daño, derivado de un conjunto de causas sociales y de algunas características personales y/o culturales.[1]

* Maestro en Derecho por Georgetown University, fiscal especializado en delitos electorales del estado de Nuevo León.

** Licenciada en Derecho con acentuación en función pública, por la Facultad de Derecho y Criminología, UANL. Coordinadora de investigación de procesos de la Dirección del Ministerio Público de la Fiscalía Especializada en Delitos Electorales en el estado de Nuevo León.

1 Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, grupos vulnerables, *www.diputados.gob.mx/cesop/*

Durante la Cumbre Judicial Iberoamericana, en su edición XIV que tuvo lugar en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008, se aprobaron las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, las cuales son un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en tales grupos; siendo en el marco de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en abril del año 2018 en Quito, Ecuador, que se procedió a la actualización del texto de dichas reglas, modificándose 73 de 100, con la finalidad de adaptarlas a la normatividad internacional vigente.

Modificaciones entre las que se incluyó la conceptualización de las personas en situación de vulnerabilidad, entendiéndose a una persona o grupo que cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les coloque en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; por tanto, se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad; género; orientación sexual e identidad de género; estado físico o mental, o por circunstancias sociales; económicas; étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.[2]

En la regla número 4 del documento citado, se establecen las causas que pueden constituir vulnerabilidad, entre las que se incluye la privación de la libertad, la cual se considera en la regla número 23, como la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Las situaciones de vulnerabilidad que imperan en los centros penitenciarios son puntualizadas por la Corte Interamericana, en el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas

[2] Véase regla 3 de las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

de la Libertad en las Américas,[3] en el que se señalan las situaciones que han generado las condiciones para que las personas privadas de su libertad sean víctimas de violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, como lo son la falta de políticas públicas.

En México, dicha determinación se reafirma en el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria desarrollado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el cual, por medio de una serie de evaluaciones se verifican las condiciones de estancia e internamiento de las personas que se encuentran privadas de su libertad. Siendo en la evaluación correspondiente al año 2021, en la que se estableció la necesidad de visualizar lo que conceptualizaron como la deshumanización[4] de algunos centros penitenciarios, y la puntualización de que las restricciones de libertad conlleva también las deficiencias y falta de acceso a los servicios básicos a los que las personas privadas de la libertad tienen derecho, quienes incluso podrían acostumbrarse a vivir en exclusión y bajo actos discriminatorios emitidos por las propias autoridades, lo cual traducen como tratos crueles, inhumanos y degradantes; siendo así evidente que las razones por las cuales las personas privadas de la libertad son consideradas como grupos vulnerables se encuentran justificadas.

Actualmente y de acuerdo al Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2022 del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), al cierre del año 2021, un total de 219,419 personas se encontraban privadas de la libertad/internadas en los centros federales y estatales (219,027 adultos y 1,392 adolescentes); de este total, 204,359, que equivale al 92.7% correspondían al ámbito estatal y 16,060 (7.3%), al federal; además, 94.4% fueron hombres y 5.6% mujeres.[5] Cifras

[3] CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, *https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf*

[4] CNDH, Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria, 2021, p. 13, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/DNSP_2021.pdf*

[5] INEGI, Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatal 2022, Presentación de resultados generales, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2022/doc/cnsipef_2022_resultados.pdf*

con las que se representa la cantidad de personas que conforman el grupo vulnerable de personas privadas de la libertad en el país.

## II. Derecho al voto de las personas en prisión preventiva

De manera histórica, dentro de los procesos penales se tenía la percepción de que era acertado suspender el derecho a votar de las personas en prisión preventiva, bajo una errónea idea de que no eran considerados ciudadanos o se encontraban fuera de la sociedad.[6]

Como antecedente, existen criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en los que se analizaba que existía una restricción a la emisión del voto y contención para ocupar un cargo público sobre las personas sujetas a un auto de formal prisión o de sujeción a proceso; como lo es la tesis con rubro: Suspensión de derechos políticos. Al ser consecuencia de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso es improcedente decretar la suspensión en el juicio de amparo (legislación del estado de Nuevo León);[7] posteriormente, bajo una evolución sobre el reconocimiento a los derechos políticos establecidos en el artículo 38, fracción II de la carta magna, se dilucidó que la restricción a la emisión del voto de las personas sujetas a un proceso criminal solo acontecería con aquellas que estuvieran privadas de su libertad, dada la imposibilidad física para ejercer dicho derecho, tal y como se estipula en la tesis al rubro: Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad.[8]

---

6 Ravel Cuevas, Dania Paola, "El derecho a votar de las personas en prisión preventiva", en Eguiarte Mereles, Carlos Rubén (coord.), *Voto en prisión preventiva*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 29.

7 Tesis IV.2o.P.35 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, p. 2372.

8 Tesis P./J. 33/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 6.

El 20 de febrero del 2019, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, emitió la sentencia SUP-JDC-352/2018 y SUP-JDC-353/2018 acumuladas, en que se realizó una interpretación sistemática de los artículos constitucionales 1, párrafos primero y segundo; 35, fracción I; 38, fracción II, y 20, Apartado B, fracción I, en relación con los numerales 14, párrafo segundo y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), concluyendo que las personas que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, ya que se encuentran bajo el amparo de la presunción de inocencia.

Principio universal el cual se traduce en que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le acusa, así como su plena responsabilidad en su comisión, esto bajo sentencia condenatoria firme; sin embargo, si bien este principio era reconocido implícitamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal y como se establecía en la tesis aislada con el rubro: Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal;[9] no fue sino hasta las reformas constitucionales del año 2008,[10] bajo un perfeccionamiento de la justicia penal, que se elevó expresamente a un rango constitucional, quedando así contenido en el artículo 20, apartado B, fracción I; como se prevé en el criterio al rubro: Presunción de inocencia. El principio relativo está consignado expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma publicada en el diario oficial de la federación el 18 de junio de 2008.[11]

En ese tenor, actualmente la SCJN reconoce tres principales vertientes del principio de presunción de inocencia: regla de trato, regla de prueba y estándar de prueba; correspondiendo la primer vertiente al derecho de toda persona a ser tratada como

[9] Tesis P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

[10] *DOF,* 18 de junio de 2008, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008#gsc.tab=0*

[11] Tesis 1a. I/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, t. 3, enero de 2012, p. 2917.

inocente hasta en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de sentencia condenatoria;[12] en la segunda, se establecen las características que deben reunir los medios de prueba y quien debe aportarlos para considerar que existe prueba de cargo viable para destruir el estatus de inocente con el que cuenta toda persona dentro del proceso penal[13] y la tercera corresponde a una obligación sobre el juez penal de cerciorarse que las pruebas de cargo efectivamente desvirtúen la inocencia dentro del juicio.[14]

Y es en la vertiente de la regla de trato, donde surge la observancia de que las personas investigadas y/o procesadas, al ser sujetos a un trato de consideración y no de autores o partícipes de un hecho delictivo, no se les apliquen las consecuencias de dichos actos, hasta que cause ejecutoria la sentencia condenatoria que venció ese carácter de inocentes, como en el caso en concreto, sería la suspensión de sus derechos políticos, específicamente el de poder emitir su voto.

En cuanto a los efectos de la sentencia SUP-JDC-352/2018 y SUP-JDC-353/2018 acumuladas, en la misma se ordenó al Instituto Nacional Electoral (INE), por ser la responsable de la organización de las elecciones; de implementar, de manera paulatina y progresiva, una primera etapa de prueba para la emisión del voto de personas en prisión preventiva, antes de las elecciones de 2024.

En esta primera etapa, debía implicar una muestra representativa, plural y heterogénea, para que la autoridad electoral visualizara y valorara la diversas complejidades que se pudiera presentar en los centros penitenciarios, además, era indispensable que el INE tomara en consideración factores, desde la geografía hasta

12 Véase tesis 1a./J. 24/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 497, Presunción de inocencia como regla de trato procesal.

13 Véase tesis 1a./J. 25/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 478, Presunción de inocencia como regla probatoria.

14 Véase tesis 1a./J. 25/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, libro 31, t. I, junio de 2016, p. 546, Presunción de inocencia como estándar de prueba. Condiciones para estimar que existe prueba de cargo suficiente para desvirtuarla.

el modelo de votación y el recuento de votos; ello asegurando un proceso electoral certero y confiable, en donde los hombres y mujeres en prisión preventiva puedan ejercer su voto de manera libre, informada y secreta.[15]

Acatándose la determinación de la autoridad electoral el día 3 de febrero de 2021, al emitirse el acuerdo INE/CG97/2021, en el que se estipularon consideraciones como la fecha de la prueba, la cual inició durante el proceso electoral federal 2020-2021; correspondiendo a la elección de diputados federales electos por el principio de mayoría relativa y de representación proporcional; los centros penitenciarios participantes y el modelo de votación, que a consideración del instituto, lo fue el voto anticipado, consistente en un mecanismo a distancia el cual cuenta con medidas de seguridad, puntualizándose además, veintiocho directrices para su ejecución.

Por tanto, el reconocimiento al derecho al voto de las personas privadas de la libertad, con características de que sea universal, libre, secreto y directo,[16] conlleva en definitiva, además el ajuste de las normas jurídicas de rodean su protección, entre las que se considera se debe incluir a la Ley General en Materia de Delitos Electorales (LGMDE), sobre la cual versa la esfera competencial de las Fiscalías Electorales del país.

## III. Fiscalías Electorales

Una acepción otorgada a las fiscalías electorales es la de entendérseles como aquellos órganos encargados de ejercer las atribuciones que las disposiciones jurídicas confieren al Ministerio Público, en lo relativo a la prevención, investigación y persecución de los hechos que la LGMDE establece como ilícitos, considerando los respectivos ámbitos de competencia.[17]

---

15 Ravel Cuevas, Dania Paola, *op. cit*., p. 33.

16 Véase art. 1, pto. 4 de la LGIPE.

17 Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de, "Ley General en Materia de Delitos Electorales. Naturaleza y competencia", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de (coords.), *Glosario penal electoral,* México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 236.

Los precedentes de estas instituciones remontan a 1994; en primera instancia, el 23 de marzo de dicha anualidad, con la publicación del Acuerdo del Consejo General del entonces Instituto Federal Electoral (IFE) en el que se dispuso que su presidente promoviera ante la extinta Procuraduría General de la Republica (PGR) la creación de una Fiscalía Especial de Delitos Electorales,[18] determinándose que se incluyeran como bases generales que el fiscal especial gozara de plena autonomía técnica con un nivel equivalente al de subprocurador, con la infraestructura, los recursos humanos y materiales necesarios para el desarrollo de sus funciones y con el número de agentes del Ministerio Público especializados que se requiriera; la adaptación de un acuerdo interno por la PGR para la recepción de denuncias y la responsabilidad de la Fiscalía Especial del rendimiento de informes mensuales al Consejo General del IFE.

Consecuentemente, el 19 de julio de 1994, se publicó el decreto en el que se reformaron disposiciones del Reglamento de la Ley Orgánica de la PGR,[19] determinándose la creación de la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE)[20] la cual estaría a cargo de un fiscal especial, nombrado por el presidente de la República pero propuesto por el Consejo General del IFE, actuando con autonomía técnica y bajo las atribuciones enlistas bajo el artículo 6 Bis de dicho reglamento.

En cuanto a la tipificación de los ilícitos electorales, precedentemente se estipulaba en el Código Penal Federal[21] y en los códigos penales de las entidades federativas; en estas últimas en donde la investigación se encontraba a cargo de agencias del Ministerio Público estatales, bajo un régimen de competencia

---

18 Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral, *DOF,* 23 de marzo de 1994, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4680151&fecha=23/03/1994#gsc.tab=0*

19 Decreto que reforma diversas disposiciones del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, *DOF*, 19 de julio de 1994, *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4716753&fecha=19/07/1994#gsc.tab=0*

20 *http://www.fepade.gob.mx/swb/fepade/Conocenos*

21 Véase título vigesimocuarto libro segundo del Código Penal Federal.

diversificado,[22] pues su existencia, en algunos casos, lo era durante el proceso electoral o quienes además de los delitos electorales, eran responsables de la investigación de diversos hechos ilícitos.

En el año 2014, bajo la reforma constitucional en materia político electoral, se adicionó al listado de facultades del Congreso de la Unión, previstas en la fracción XXI, inciso a) del artículo 73 de la CPEUM, la de expedir leyes generales que establecieran como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en materia electoral, y que inciden válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran el país, tal y como se analiza en la tesis al rubro Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional;[23] ampliándose los objetivos de esta ley en el artículo segundo transitorio, fracción III[24] del decreto de reformas, respecto a la distribución de competencias y las formas en que se deberían de coordinar la federación y las entidades federativas.

De tal manera, que en fecha 23 de mayo de ese año, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la LGMDE, privándose expresamente con ella la facultad a las entidades federativas para legislar en el tema de delitos electorales, siendo así, que la competencia reconocida a dicha ley, se encuentra constreñida a delinear, ya no un mínimo de tipos penales sino la totalidad de ellos;[25] manteniéndose las facultades de las entidades para prevenir, investigar y castigar dichos ilícitos,[26] quienes, además, deberán contar con fiscalías especializadas, dotados de recursos

---

22 Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de, "Fiscalías electorales", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de, (coords.), *Glosario penal electoral, ..., cit*., p. 235.

23 Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

24 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral, *DOF,* 10 de febrero de 2014, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014#gsc.tab=0*

25 Astudillo, César, "Ley General en Materia de Delitos Electorales. Naturaleza y competencia", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de (coords.), *Glosario penal electoral..., cit*., p. 273.

26 Véase art. 22 de la LGMDE.

humanos, financieros y materiales que requieran para su operación de manera efectiva.[27]

## IV. Protección a la emisión del voto de las personas en prisión preventiva

De manera anticipada, se señaló que la LGMDE es el ordenamiento jurídico en el que las fiscalías electorales en el país fundamentan su actuar para la indagación y persecución de los delitos electorales; teniendo como finalidad[28] el garantizar la legitimidad democrática, mediante la protección del desarrollo de la función pública electoral, la cual se entiende como el conjunto de actividades que realiza el Estado para preparar, organizar, calificar y sancionar los procesos a través de los cuales se integran, mediante el voto popular, los poderes públicos;[29] así como el desarrollo de la consulta popular;[30] esto para evitar ventajas político-electorales y poder dar cumplimiento a los principios rectores de los procesos electorales; a saber, legalidad; imparcialidad; objetividad; certeza; profesionalismo; equidad, y transparencia.[31]

Por lo que respecta a la tipificación de las hipótesis delictivas, estas se prevén en el capítulo II del título segundo, correspondiéndoles los artículos 7 al 20 Bis, y es en este primer numeral, en el que se establecen conductas ilícitas en específico sobre la protección del derecho del sufragio como forma de expresión de la voluntad de las personas que sirve para tomar una decisión colectiva.[32]

---

27 Véase art. 25 de la LGMDE.

28 Véase art. 1 de la LGMDE.

29 Merino, Mauricio, "Función electoral", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de (coords.), *Glosario administrativo electoral,* México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 351.

30 Véase art. 35, fracc. VIII de la CPEUM.

31 Soto Acosta, Leticia Catalina, "Artículo 1", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon de, Gilberto Pablo (coords.), *Ley General en Materia de Delitos Electorales. Comentada,* México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 43.

32 Gutiérrez Espíndola, José Luis, *El voto: herramienta de la vida democrática,* México, INE, 2016, p. 8.

Y es tal como se prevé en las hipótesis III, VII y VIII del referido artículo 7, que de manera literal se estipula la protección a la emisión del voto; pues se instaura suposiciones que afectan la libertad como característica del mismo; siendo la prohibición de presión objetiva sobre los electores con el fin de orientar el sentido de su decisión o para que se abstengan de ejercer su derecho político fundamental; la solicitud del voto o su abstención a cambio de una paga, promesa de dinero u otra contraprestación; asimismo, se salvaguarda la secrecía, al advertirse como delito la solicitud de evidencia sobre la emisión del voto.

No obstante, una característica de los extremos delictivos de los ilícitos electorales, es la exigencia sobre el ámbito temporal y territorial; ya que para la acreditación de algunos de ellos es necesario que se conciban en determinado tiempo; como lo es durante la campaña electoral, el día de la jornada electoral, o tres días previos a la misma (veda electoral);[33] y de ejecutarse en lugares precisos, como lo es en el interior de las casillas y en la fila de los votantes.

Consecuentemente, los tipos penales electorales actuales están limitados a espacios de ejecución determinadas en las que no se incluyen los centros penitenciarios, surgiendo así el cuestionamiento, en virtud del reconocimiento del voto a las personas en prisión: ¿Actualmente existe una forma efectiva al sistema de justicia para proteger el derecho al voto de las personas internadas en los centros penitenciarios que no cuentan con sentencia condenatoria firme?

Al respecto, una vez analizado puntualmente el listado de delitos que integran la LGMDE, se considera que se encuentra en riesgo la protección efectiva de ese derecho fundamental, por no existir de manera textual en la legislación una hipótesis delictiva que prohíba la ejecución de actos que tiendan a vulnerar el hecho de que los ciudadanos que se encuentren en prisión preventiva,

[33] Véase, tesis 42/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral,* Quinta Época, año 9, núm. 19, 2016, pp. 45, 46 y 47. Veda electoral. Finalidades y elementos que deben configurarse para actualizar una violación a las prohibiciones legales relacionadas.

sin contar con sentencia firme, puedan emitir su voto de manera libre y secreta, dentro de los centros penitenciarios y en los tiempos señalados por el INE para la emisión del voto.

Inclusive, resulta conveniente analizar la posibilidad de que dichos hechos puedan ser cometidos por servidores públicos, como los son los integrantes de los sistemas penitenciarios, puesto que en el modelo de operación del voto de las personas en prisión preventiva aprobado por el INE, se estipula que para la celebración del voto anticipado, se requiere la intervención de personal correspondiente a los centros penitenciarios.[34]

Y es que la primera de las directrices fijadas en dicho acuerdo, determina que serán los directores de los CEFERESOS quienes entregaran a las personas en prisión preventiva la invitación a participar en el voto postal anticipado y el formato de Solicitud de Inscripción Individual a la Lista Nominal de Electores en Prisión Preventiva, por tanto, desde esta etapa pudiera configurarse una coacción, amenaza o violencia.

Agregado a lo anterior, no debe pasar por alto que las cifras señaladas en el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria en el 2021, realizado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el que se especifica que para ese año acontecieron alrededor de 1477 incidentes violentos que comprometieron los derechos humanos, la dignidad, la seguridad y la vida de las personas privadas de la libertad,[35] ratifica el hecho de que las personas que se encuentran privadas de libertad en estos centros penitenciarios son susceptibles de sufrir actos delictivos en su perjuicio.

## V. Conclusiones

El reconocimiento del derecho fundamental al sufragio de las personas que se encuentran en prisión preventiva, sin una sentencia firme, determinada en la sentencia SUP-JDC-352/2018 y

[34] Acuerdo INE/CG97/2021, *https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/116844/CGex202102-03-ap-14.pdf*

[35] CNDH, Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2021, p. 733, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/DNSP_2021.pdf*

SUP-JDC-353/2018 acumuladas, vinculó la necesidad de analizar si actualmente, las circunstancias que rodean la emisión del voto de dicho grupo vulnerable eran las idóneas para garantizar una efectiva protección a sus derechos políticos.

En consecuencia a dicha determinación, se instruyó al INE para realizar una prueba piloto mediante una muestra representativa, plural y heterogénea, con la finalidad de valorar la diversidad de contextos en cada centro de reclusión, para lo cual se aprobó el 3 de febrero de 2021 el acuerdo INE/CG97/2021, en el que se determinaron las directrices a seguir en la emisión del voto postal anticipado de las personas en prisión preventiva.

Sin embargo, es indudable la necesidad de actualizar el ordenamiento legal que prevé la protección a la emisión del voto de manera libre y secreta, como lo es la LGMDE, que se incluyan hipótesis delictivas que prevean como sujetos pasivos a las personas en prisión preventiva, el ámbito territorial de los centros penitenciarios, el ámbito temporal en las fechas fijadas por el INE para la emisión del voto postal anticipado y la posibilidad de que dichos hechos pueden ser perpetrados por servidores públicos.

En las fiscalías electorales, como operadores de un sistema judicial, recae la obligación de participar en la creación de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en una condición de vulnerabilidad, como lo son las personas en prisión preventiva.

Además, estos trabajos que deben estar encaminados en la creación de mecanismos que permitan a las personas en prisión preventiva denunciar los hechos delictivos cometidos en su contra que afecten o pongan en riesgo su derecho electoral de emitir su sufragio, como lo son campañas de política criminal dirigidas a las personas en prisión preventiva a efecto de que conozcan los delitos electorales y la posibilidad de crear módulos de denuncia dentro de los centros penitenciarios durante los días en los que se podrá emitir el voto y de esta manera abonar a que se garantice el acceso a la justicia, en aras de lograr una eficaz protección a los derechos políticos de las personas en prisión preventiva que no cuentan con una sentencia firme.

## Referencias

Astudillo, César, "Ley General en Materia de Delitos Electorales. Naturaleza y competencia", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de (coords.), *Glosario penal electoral,* México, Tirant lo Blanch, 2022.

Gutiérrez Espíndola, José Luis, *El voto: herramienta de la vida democrática,* México, INE, 2016.

Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de, "Fiscalías electorales", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de (coords.), *Glosario penal electoral,* México, Tirant lo Blanch, 2022.

Merino, Mauricio, "Función electoral", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de (coords.), *Glosario administrativo electoral,* México, Tirant lo Blanch, 2022.

Ravel Cuevas, Dania Paola, "El derecho a votar de las personas en prisión preventiva", en Eguiarte Mereles, Carlos Rubén (coord.), *Voto en prisión preventiva*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

Soto Acosta, Leticia Catalina, "Artículo 1", en Astudillo, César y Hoyos Koloffon, Gilberto Pablo de (coords.), *Ley General en Materia de Delitos Electorales. Comentada,* México, Tirant lo Blanch, 2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Ley General en Materia de Delitos Electorales.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

# Restricciones constitucionales al voto activo de las personas privadas de la libertad desde la perspectiva del ejercicio de derechos humanos

*Gerardo Macías Rodríguez**

Sumario. I. Introducción. II. Derechos civiles y políticos de la ciudadanía. III. Restricciones constitucionales de los derechos político-electorales. IV. Decisiones en materia electoral respecto de las personas en prisión preventiva. V. Reinserción Social. VI. Análisis de la población penitenciaria en México. VII. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción

El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[1] establece que en el país todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en el bloque constitucional y convencional aplicable, así como de las garantías para su protección.

Ese dispositivo precisa que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones previstas en la misma carta magna.

Asimismo, el citado artículo constitucional refiere que la interpretación de los derechos humanos se realizará por las autori-

* Consejero electoral del Instituto Estatal Electoral de Chihuahua.

1 En adelante, Constitución federal.

dades favoreciendo, en todo tiempo, la protección más amplia a las personas; además del deber de promover, respetar, proteger y garantizar esos derechos atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Por último, en lo que a este documento interesa, el artículo referido señala que en nuestro país queda prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el mismo sentido, enmarca el deber de las instituciones públicas de garantizar a todas las personas el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos humanos, entre ellos, los políticos y electorales, sin restricciones o limitaciones injustificadas.

Esta noción de protección y respeto a los derechos de las personas implica que, según cada caso, las autoridades mexicanas deben privilegiar que los derechos previstos en la Constitución federal y en las de las entidades federativas, puedan ser ejercidos sin discriminación. Por lo que, cuando exista una restricción a su ejercicio, se debe ponderar si ese condicionamiento es acorde a los principios y valores previstos en el Estado democrático de derecho mexicano y en los tratados internacionales de los cuales México sea parte.

Ahora bien, votar en las elecciones populares es un derecho constitucional de la ciudadanía previsto en el artículo 35, fracción I, por lo que atento a lo dispuesto en el artículo 1°, debe analizarse toda restricción o suspensión a su ejercicio.

En ese sentido, el artículo 38 del mismo ordenamiento establece que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos como el establecido en el artículo 35, fracción I, se suspenden, de entre otros supuestos, porque una persona este sujeta a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión y, durante la extinción de una pena corporal.

De una interrelación lógica de los supuestos normativos referidos podemos concluir que, una persona que tenga la calidad de ciudadana mexicana no puede votar en las elecciones populares

cuando se encuentre privada de su libertad, ya sea por una sentencia condenatoria o a partir de la emisión de un auto de formal prisión.[2]

Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación[3] realizó una interpretación del derecho al voto activo y la restricción prevista en el artículo 38 de la Constitución federal. En ese sentido, concluyó que las personas que se encontraban en prisión preventiva y que aún no hubieren sido sentenciadas, se encuentran bajo la tutela de la presunción de inocencia y, por ende, se les debe privilegiar el derecho al voto activo.

No obstante, desde mi perspectiva, es necesario reflexionar y dialogar de manera abierta y estructurada, sobre la posibilidad de que toda persona recluida en un centro penitenciario —aún por sentencia condenatoria— pueda ejercer su derecho al voto activo, en atención al deber constitucional de eliminar toda forma de discriminación que atente contra la dignidad humana, vinculada con la restricciones o suspensiones previstas en la propia norma fundamental.

En ese orden de ideas, en el presente documento se exponen las razones de mi postura, los datos que la sustentan, así como las ideas y comparaciones que hacen viable un nuevo tema de evolución a nuestro sistema democrático.

## II. Derechos civiles y políticos de la ciudadanía

Los derechos políticos son derechos fundamentales en un sentido doble: como derechos subjetivos de carácter básico que constituyen el fundamento de otros derechos e instituciones; y como

[2] Conforme a la doctrina, la naturaleza jurídica del auto de formal prisión es ser una medida cautelar que impone la privación de la libertad de un inculpado con el fin de asegurar su presencia durante el proceso penal. Su finalidad no es prejuzgar los actos y la responsabilidad del indiciado, sino asegurar que este no se sustraiga a la acción de la justicia. Actualmente el término correcto es auto de vinculación a proceso.

[3] En adelante, Sala Superior.

derechos subjetivos consagrados en las normas fundamentales (Constitución) del ordenamiento jurídico.[4]

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.[5]

En nuestro país, el derecho al voto está inserto en nuestro marco constitucional, ya que el artículo 35, fracción I, establece que es derecho de la ciudadanía votar en las elecciones populares; asimismo, el artículo 36, fracción III, señala que son obligaciones del ciudadano de la república votar en las elecciones, las consultas populares y los procesos de revocación de mandato, en los términos que señale la ley.

Por su parte, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona lo siguiente:

> Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, **y sin restricciones indebidas,** de los siguientes derechos y oportunidades:
>
> a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
>
> b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
>
> c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. (énfasis añadido)

---

4 Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos: ensayos de sistematización*, México, TEPJF, 2005, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral, pp. 34 y 35.

5 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

Por otro lado, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que:

> Derechos Políticos
>
> 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
>
> a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
>
> b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
>
> c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
>
> 2. La ley debe reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, **o condena, por juez competente, en proceso penal.** (énfasis añadido)

De esta manera, se consagra el derecho de la ciudadanía a la participación en la dirección de asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, en las cuales el Estado debe ser garante de ellas.

En ese sentido, la Corte IDH señaló que la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.[6]

De esta manera, la ciudadanía tiene el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos, consultas o bien, por medio de

[6] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que la ciudadanía pueda decidir directamente y elegir libremente en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.[7]

Por consiguiente, teniendo claro lo que establece nuestro marco constitucional y los tratados internacionales sobre derechos políticos, se puede afirmar que estos forman parte del gran cúmulo de derechos con los que cuentan las y los ciudadanos para poder intervenir en la toma de decisiones públicas en los sistemas democráticos.

Ahora bien, como se ha señalado en *supra* líneas para tener vigente el derecho al sufragio en nuestro país, se debe contar con la calidad de ciudadana o ciudadano misma que según el doctor Tacher Contreras se define como el reconocimiento derivado del cumplimiento de requisitos que se imponen a la persona y, en consecuencia, le son reconocidos los derechos políticos que le facultan para participar de las decisiones de ese poder político.[8]

Por otro lado, el jurista Héctor Fix-Fierro señala que la ciudadanía es la capacidad fundamental de la que deriva la posibilidad de poseer y ejercer los derechos políticos como derechos de participación en los asuntos políticos de un Estado. La ciudadanía, sin embargo, constituye en realidad un estatus jurídico más amplio, que no solo incluye los derechos estrictamente políticos, sino que abarca también ciertas obligaciones fundamentales.[9]

En ese sentido, nuestra carta magna en su artículo 34 dispone lo siguiente: "Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años, y II. Tener un modo honesto de vivir."

---

7 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit.*

8 Tacher Contreras, Daniel, *Suspensión de derechos políticos por causa penal*, México, TEPJF, 2014, p. 28.

9 Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, p. 43.

En consecuencia, todas las personas deben cumplir con los requisitos previamente citados para adquirir su calidad de ciudadanas y ciudadanos.

## III. Restricciones constitucionales de los derechos político-electorales

Cuando hablamos de restricciones constitucionales nos referimos a todas aquellas figuras jurídicas emanadas de la ley fundamental que condicionan el libre ejercicio de los derechos humanos.[10]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) realizó una interpretación al artículo primero constitucional en la contradicción de tesis 293/2011 en la cual señaló que

> [...] en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos, **en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.** (énfasis añadido)

De esta manera, se puede observar que si bien es cierto todas las personas contamos con un gran cúmulo de derechos humanos, estos no son absolutos y pueden limitarse, pues la misma Constitución y los tratados internacionales de los que México forma parte, señalan que sí pueden restringirse bajo el parámetro que establezca la propia Constitución federal.

---

[10] Ortega Peñuelas, Edgar Iván, "Las restricciones constitucionales de los derechos humanos en México a partir de la contradicción de tesis 293/11. Análisis argumentativo y valoración ponderativa para la solución de principios normativos en conflicto", *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol. 6, núm. 16, 2020.

Dicho lo anterior, los derechos políticos con los que cuentan las y los ciudadanos pueden suspenderse según las hipótesis mencionadas en el artículo 38 de la Constitución federal que a la letra señala:

> Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:
>
> I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;
>
> **II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;**
>
> **III. Durante la extinción de una pena corporal;**
>
> IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;
>
> V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y
>
> VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.
>
> La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación. (énfasis añadido)

Según lo establecido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, cualesquiera que sean las condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos político-electorales "deberán basarse en criterios objetivos y razonables", toda vez que "el ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos".[11]

En la misma sintonía se ha manifestado la Corte IDH señalando que:

[11] Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 25, Art. 25 Participación en los asuntos públicos y derecho de voto, LVII período de sesiones, 1996, párr. 4.

> La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos [consagrados en el artículo 23 de la Convención Americana] no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1o. de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. **La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.**[12] (énfasis añadido)

De igual manera, se ha pronunciado la Sala Superior señalando que los derechos fundamentales de carácter político-electoral no son derechos absolutos o ilimitados, sino que pueden ser objeto de ciertas restricciones permitidas, siempre que las previstas en la legislación, no sean irracionales, injustificadas, desproporcionadas o que se traduzcan en privar de su esencia a cualquier derecho, fin, principio o valor constitucional o electoral fundamental.[13]

Por otro lado, Robert Alexy sostiene que no solo los principios o derechos fundamentales pueden restringirse, sino que esas restricciones también son limitadas. Una restricción a un derecho fundamental solo debe darse en la medida en que en el caso concreto sea mayor a los principios contrapuestos.

Por ello, al momento de que se analice la restricción a algún derecho fundamental se debe atender a un test de escrutinio estricto para advertir cual es el derecho de menor afectación.

---

12 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit.*

13 TEPJF. Expediente SUP-JDC-695/2007.

En ese sentido, la restricción constitucional del derecho al voto activo como se ha señalado está inserto en el artículo 38 de nuestra carta magna, dicha restricción se encuentra prevista desde la creación de la Constitución política en 1917, en el cual el Congreso Constituyente manifestó lo siguiente:[14]

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

Sin embargo, hasta la fecha no se ha establecido cuál es el fin constitucionalmente válido de esta restricción, al prohibir de manera genérica el voto de las personas que se encuentran condenadas, por ello, sería interesante que se realizara un análisis sobre si la medida de prohibir el voto a las personas que se encuentran en prisión es proporcional, razonable y objetiva, así como lo marcan los tratados internacionales o, si por otra parte, el establecer dicha restricción no vulnera el principal objetivo de la pena que es la reinserción social, tema que se aborda más adelante.

Ahora bien, nos encontramos ante dos escenarios, uno que es el que privilegia el correcto desarrollo de los derechos humanos en su vertiente de los derechos políticos y el otro que es la restricción constitucional que se encuentra prevista en la Constitución federal, por ello, el discurso actual de los derechos humanos ha enfatizado que se debe realizar una armonización de los previstos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales con las restricciones constitucionales, tomando en cuenta la interpretación pro persona, maximizando el goce de los derechos humanos que tenemos todas y todos.

[14] Publicado en el Diario de los Debates, t. I, núm. 12, 1 de diciembre de 1916, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf*

Sin embargo, por otro lado, se encuentra el criterio establecido por la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011, que en la parte que interesa señaló lo siguiente:[15]

> Cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado.

Por ello, el criterio de la SCJN en el sentido de que la Constitución está por encima de los tratados internacionales por lo que hace a las restricciones constitucionales, generó críticas a nuestro máximo Tribunal constitucional, ya que si bien sostuvo la idea de que las restricciones constitucionales a los derechos humanos deberían ser de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no menos cierto es que esto pudiera resultar insuficiente, ya que aun existiendo estos principios, en la práctica no se aplican, y en la actualidad existen innumerables violaciones a derechos humanos.

Resulta importante destacar la postura de la Corte IDH,[16] al señalar que resultaba problemático la postura adoptada por la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011, que como se señaló en párrafos anteriores, aceptó que las restricciones expresas contenidas en la Constitución federal desplazaban a las normas internacionales, como lo son la Convención Americana de Derechos Humanos y las demás integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De tal manera, la Corte Interamericana estableció que el Estado mexicano podría estar incumpliendo obligaciones que se

---

15 Contradicción de tesis 293/2011, p.65, *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659*

16 Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482.

comprometió a acatar al firmar y ratificar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

De tal suerte, la misma Corte recordó que de manera constante se ha manifestado en el sentido de que las autoridades nacionales tienen la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Para llevar a cabo esa tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte, como última intérprete de la Convención.

Por ello, se ha señalado, que el criterio adoptado por la SCJN, en cuanto a la supremacía de la Constitución federal sobre los tratados internacionales por lo que hace a las restricciones constitucionales de derechos humanos y, en lo que interesa a este artículo, podría encontrarse en una situación de incompatibilidad con la Convención Americana y demás tratados de los que nuestro país es parte.

## IV. Decisiones en materia electoral respecto de las personas en prisión preventiva.

### 4.1. Contradicción de tesis 6/2008 PL

La Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 6/2008 PL explicó que la prohibición establecida en la fracción II, del artículo 38 constitucional atendió a que el Constituyente estableció que había una imposibilidad de llevar las casillas electorales a prisión y de todas las complicaciones que ello tuviera, como lo pudiera ser el hacer campañas dentro de los centros penitenciarios o, en su caso elegir a los funcionarios de casilla y que estos realicen sus labores dentro de una prisión.

Por ello, se concluyó que la prohibición del derecho al voto se centra únicamente a las personas que se encuentran privadas de su libertad y, excluye a las personas que obtengan su libertad provisional.

Como consecuencia la SCJN determinó que el criterio que de imperar es el siguiente:

> Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad. El artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los derechos o prerrogativas del ciudadano se suspenden, entre otros casos, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a partir de la emisión del auto de formal prisión. Por su parte, el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales, cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción constitucional. Ahora bien, la interpretación armónica de tal restricción con el indicado principio conduce a concluir que el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo.

### 4.2. SUP-JDC-352/2018 y acumulado

El 20 de febrero de 2019, la Sala Superior aprobó por mayoría de votos la sentencia en el expediente previamente citado, en ella, se realizó una interpretación del derecho al voto y la presunción de inocencia, en ese sentido se estimó que las personas que se encontraban en prisión preventiva oficiosa y que aún no hubieren sido sentenciadas se encuentran bajo la tutela de la presunción de inocencia y por ende se les debe privilegiar el derecho al voto, lo anterior, de acuerdo con una interpretación sistemática de la Constitución federal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la argumentación emitida por la mayoría de las y los integrantes de la Sala Superior, se sostuvo que la prohibición cons-

titucional de votar de las personas que se encuentran procesadas, pero no sentenciadas hace imposible su participación en el debate público e influir en los asuntos de toma de decisiones públicas.

En esa tesitura, determinó que, de acuerdo con los tratados internacionales y atendiendo el principio de presunción de inocencia, únicamente se puede restringir el derecho al voto cuando la persona cuente con una sentencia ejecutoriada, por ello, al estar las personas bajo la modalidad de prisión preventiva, sus derechos políticos se deben encontrar a salvo.

## V. Reinserción Social

Como es de conocimiento público la principal finalidad de la pena es la reinserción social de la persona sentenciada, es decir, que una vez que haya terminado su tiempo en prisión pueda desenvolverse en sociedad, cumpliendo con el pacto social para el buen vivir, dicho lo anterior, podemos recordar lo que establece las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela):

> Regla 4
>
> 1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.
>
> 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos.

Por otro lado, la Ley Nacional de Ejecución Penal en su artículo 1° establece lo siguiente:

> Artículo 1. Objeto de la Ley
>
> La presente Ley tiene por objeto:
>
> I. Establecer las normas que deben de observarse durante el internamiento por prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial;
>
> II. Establecer los procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal, y
>
> **III. Regular los medios para lograr la reinserción social.** (énfasis añadido)

Ahora bien, de acuerdo al Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana de abril de 2023, la mayoría de la población que se encuentra privada de la libertad se encuentra en edades productivas, de esta manera se puede observar que si realmente contamos con políticas públicas orientadas a la reinserción social, las personas que se encuentran en los centros penitenciarios pueden lograr el cometido de reinsertarse en la sociedad, y no ser discriminados.

En esa sintonía nace la pregunta ¿Otorgando el derecho al voto activo, se puede ayudar a las personas privadas de su libertad para lograr la reinserción social?

Con la creación de la Constitución de 1917 se habló no solamente del trato digno que debían recibir las personas que se encuentren en prisión, sino también se acuñó el término de "regeneración", posteriormente para 1964 se eliminó el término de regeneración y se plasmó el de readaptación social, en aquel momento se implementó el derecho al trabajo y educación para facilitar la readaptación social de la persona condenada.

Ahora bien, ya en el 2008 se trajo a la práctica el término de reinserción social, por ello, hoy en día en los centros penitenciarios las personas recluidas gozan de ciertos derechos, mismos que favorecen a la reinserción social, ya que cuentan con el derecho a la salud, trabajo, deporte, educación, capacitación, entre otros.

Por lo anterior, nace la inquietud en el sentido de si permitir el derecho humano al voto a las personas que se encuentran recluidas con sentencia pudiese favorecer a su reinserción social.

Ante esto, se puede ver que existen distintos criterios internacionales con los cuales se reconoce el derecho al voto a las personas privadas de su libertad, aun y cuando se encuentren sentenciadas, prueba de ello son Canadá, Reino Unido, España y ciertos estados de los Estados Unidos de América.

Las elecciones enfatizan que todos somos miembros de una comunidad, trabajando para un bien común, y que tenemos vínculos sociales. La votación representa una forma de crear y mantener esos vínculos. Por lo tanto, psicológica y socialmente, el derecho al voto podría permitir a los presos percibirse a sí mismos como útiles, responsables, confiables y como ciudadanos respetuosos de la ley. Esto podría favorecer su rehabilitación y ayudarles a reintegrarse en la sociedad después de la liberación.[17]

## VI. Análisis de la población penitenciaria en México

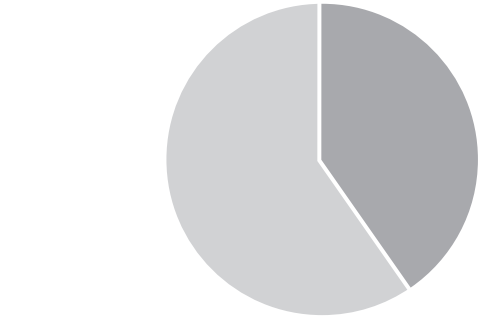
Al cierre del mes de abril de 2023, se tienen 285 centros penitenciarios en nuestro país, de los cuales 14 pertenecen al Gobierno federal, 13 al Gobierno de la Ciudad de México y 258 a Gobiernos estatales, la capacidad de estos centros penitenciarios era de 218,266 espacios, sin embargo, había una ocupación de 231,907 personas, de este total, el 87.01% (201,941) pertenecen al fuero común y el 12.92% (29,966) al fuero federal.[18]

A continuación, se muestra una gráfica que detalla el estatus de las personas que se encuentran privadas de su libertad en los centros penitenciarios en nuestro país.

[17] Dhami, Mandeep K., "La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Valdivia, vol. 22, núm. 2, diciembre de 2009.

[18] Cifras al mes de abril de 2023, de acuerdo con el Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional de la SSPC.

***Personas Privadas de la Libertad***




A decir de las cifras anteriormente mencionadas, se cuenta con un gran número de personas privadas de la libertad en los centros penitenciarios en nuestro país, ya sea que se encuentren en prisión preventiva o sentenciados, recordemos que a raíz de la sentencia de clave SUP-JDC-352/2018 emitida por la Sala Superior se ordenó al INE de proveer lo necesario a fin de que para el proceso electoral 2023-2024 las personas que se encontraran bajo prisión preventiva pudieran emitir su voto, partiendo del principio de presunción de inocencia, pero, ¿Qué sucede con las personas que ya se encuentran sentenciadas y privadas de su libertad? Como se ha mencionado anteriormente, son muchas las voces que luchan por lograr un cambio y que las personas condenadas no tengan restringidos sus derechos políticos y de esta forma puedan alzar la voz en búsqueda de políticas públicas que favorezcan su proceso de reinserción y mejoren su calidad de vida, así como la de sus familias.

## VII. Conclusiones

Considero que es el momento oportuno de debatir y poner en consideración el derecho al voto activo de las personas que se encuentran privadas de la libertad con sentencia ejecutoriada, y hablar sobre la racionalidad y proporcionalidad de la restricción que impide ejercer ese derecho, de tal suerte, existen pos-

turas que buscan eliminar dicha restricción y permitirles a las personas privadas de su libertad por sentencia ejecutoriada gozar de su derecho al voto activo, dentro de sus principales argumentos se han encontrado los siguientes:

- "La prisión es solo la pérdida de la libertad y no tendría que representar la pérdida de derechos, incluidos los políticos".
- "La restricción al voto puede no ser benéfico y es contrario al espíritu democrático, de ahí que el ejercicio del voto pueda ser un instrumento para la rehabilitación y readaptación social".
- "Permitir que las personas condenadas voten les proporcionará conexiones con sus comunidades fuera de la cárcel. Estas conexiones sociales ayudarán a recuperar su propósito y su sentido de autoestima".
- "Permitir que las personas privadas de su libertad voten puede reforzar sus vínculos sociales y su compromiso con el bien común, promoviendo así una participación legalmente responsable en la sociedad civil".
- Prohibir el derecho al voto de las personas que se encuentran en prisión llegaría al extremo de condenarlas con muerte civil.[19]

Sin embargo, así como existen posturas que se manifiestan a favor del voto activo de las personas que se encuentran privadas de su libertad, también hay los que se manifiestan en contra, esto porque, al realizar un comportamiento grave al margen de la ley, han roto el contrato social para preservar el orden público en una comunidad, por eso consideran que es justo que por medio de tipos penales se pueda perder o restringir ciertos derechos, entre los cuales se encuentra el derecho al voto activo.

Como se ha mencionado, recientemente en nuestro país hemos transitado en un modelo garantista de los derechos humanos y, partiendo del principio de presunción de inocencia es que se ha permitido el voto a las personas que se encuentran bajo prisión preventiva, sin embargo, si en nuestro país cambiaran las reglas del juego político, y se permitiera el voto de todas las per-

[19] Se habla de muerte civil para señalar que una persona ha perdido una serie de derechos como consecuencia de algún tipo de comportamiento grave, quebrantando la ley.

sonas que se encuentran privadas de su libertad con sentencia ejecutoriada, nos encontraríamos bajo un escenario con importantes retos y, principalmente por las condiciones de autogobierno y cogobierno en las que se encuentran muchos de los centros penitenciarios en nuestro país.

Según los datos que obran en el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2021 (CNDH), nos indica la existencia de una de las problemáticas más complejas que se observaron en 44 de los 254 centros penitenciarios supervisados donde las personas privadas de la libertad realizan o participan en actividades propias de la autoridad, es decir, las personas internas realizan funciones de autoridad ya sea de manera única o conjunta con las autoridades penitenciarias, motivo por el cual, sujetos internos podrían coaccionar el sentido del voto de las personas que ejerzan su derecho a votar.

En segundo término, considero que, en aquellos centros penitenciarios donde no existan este tipo de problemáticas, pudiese existir la muy grande posibilidad que los sujetos que emitan su voto pudiesen ser coaccionados, pero ahora por parte de las autoridades penitenciarias, lo cual permitiría que las mismas autoridades penitenciarias pudiesen vender el voto de los internos a favor de ciertas candidaturas.

***Estados con centros penitenciarios con problemáticas de gobernabilidad:***

| | | | |
|---|---|---|---|
| Campeche (2) | Chiapas (1) | CDMX (2) | Estado de México (2) |
| Guerrero (2) | Hidalgo (7) | Jalisco (1) | Michoacán (1) |
| Nayarit (1) | Oaxaca (2) | Puebla (2) | Quintana Roo (3) |
| Sinaloa (4) | Sonora (7) | Tabasco (4) | Tamaulipas (2) |
| Zacatecas (1) | | | |

Por todo lo anteriormente expuesto, considero que se deben realizar diálogos con el poder legislativo y otros organismos involucrados como lo son las autoridades de seguridad penal con la finalidad de coadyuvar y ver la factibilidad de otorgar el derecho al voto activo a las personas que se encuentran privadas de su libertad con sentencia ejecutoriada, estudiando los

matices en los que se realiza en otros países, tomando en cuenta su experiencia en el tema, además, se debe atender a la sentencia *García Rodríguez y otros vs. México* en la cual se estableció que las normas de derecho interno, no pueden ser contrarias ni se encuentran en un nivel jerárquico superior a los tratados internacionales, vulnerando de tal manera el derecho al voto activo, en esa tesitura se deberá analizar las modalidades más óptimas para poder ejercer su derecho al voto, ya sea por medio de correo postal, instalación de mesas de votación o el voto electrónico.

## Referencias

Dhami, Mandeep K., "La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Valdivia, vol. 22, núm. 2, diciembre de 2009.

Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos: ensayos de sistematización*, México, TEPJF, 2005, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral.

Ortega Peñuelas, Edgar Iván, "Las restricciones constitucionales de los derechos humanos en México a partir de la contradicción de tesis 293/11. Análisis argumentativo y valoración ponderativa para la solución de principios normativos en conflicto", *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia*, vol. 6, núm. 16, 2020.

Tacher Contreras, Daniel, *Suspensión de derechos políticos por causa penal*, México, TEPJF, 2014, p. 28.

### Otros documentos y legislaciones

CNDH. Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria.

Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 25, Art. 25 Participación en los asuntos públicos y derecho de voto, LVII período de sesiones, 1996.

Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

SCJN, Contradicción de tesis 293/2011.

SCJN, Contradicción de tesis 6/2008 PL.

TEPJF, Expediente SUP-JDC-695/2007.

TEPJF, Expediente SUP-JDC-352/2018.

# El sufragio en reclusión desde una perspectiva de derecho comparado en Latinoamérica

*Carlos Rubén Eguiarte Mereles**

Sumario: I. Introducción. II. Restricción del derecho humano al voto en México. III. La perspectiva supranacional de la restricción del voto. IV. Una mirada desde el derecho comparado en Latinoamérica. V. Conclusiones. Referencias

## I. Introducción

En este capítulo se estudia la trascendencia del voto y la suspensión de este derecho para quienes se encuentren en reclusión desde un enfoque de derecho comparado con algunos países latinoamericanos, considerando que cuentan con factores de homogeneización sociales, culturales y económicos con México, arribando con ello a conclusiones respecto a la razonabilidad y proporcionalidad de esta restricción aún vigente en nuestro sistema jurídico.

Una de las categorías principales en este trabajo es el voto, entendido no solo como un mecanismo para elegir gobernantes y representantes, sino como la más importante expresión de la voluntad ciudadana, que ubica en un plano de igualdad a

* Maestro en Derecho Electoral, consejero electoral del Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Querétaro.

todas las personas electoras y que dota de legitimidad a quienes ocupan los cargos en disputa. De acuerdo con Juan Jacobo Rousseau, *el sufragio es un derecho que nadie puede arrebatar a los ciudadanos.*[1]

En nuestros días, permanece la identificación del voto como una fuerza propia de la ciudadanía para integrar la voluntad general, en palabras de Presno Linera: "En un sistema democrático el voto es, pues, un 'derecho', un poder reconocido por el ordenamiento a los individuos para que intervengan en la adopción de las decisiones políticas y en la formación de las normas a través de las que se expresa la voluntad popular".[2]

Para la debida configuración de la integridad electoral[3] podemos referir algunos requisitos como el ejercicio libre y secreto del voto de todas las personas, incluidas aquellas que integran algún grupo de atención prioritaria; la transparencia en su procesamiento; el estricto apego a los principios rectores de la materia; un sistema de medios de impugnación efectivo; la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales; la libertad de expresión; la libertad de asociación; el control del financiamiento de las campañas, y el acceso a información pública entre otros factores.

En este orden de ideas, se debe considerar a las personas que se encuentran privadas de la libertad como integrantes de un grupo de atención prioritaria, históricamente invisibilizado, que requieren de una protección reforzada por parte del Estado mexicano para que logren, mediante la implementación de deter-

1 Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 2015, p. 73.

2 Presno, Miguel Ángel, *El derecho de voto como derecho fundamental*, México, IIJ-UNAM, 2012, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-electoral/article/view/9979/12007*

3 Mata, Felipe de la y Bustillo, Roselia, *Justicia electoral principialista*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 115. El concepto de integridad electoral "[...] indica contar con elecciones que se basen en principios democráticos de sufragio universal, igualdad política, protección a los derechos humanos, regulados en las constituciones y tratados internacionales, y aplicados con imparcialidad, transparencia y profesionalismo en todas las fases del proceso electoral."

minadas medidas de nivelación,[4] el objetivo principal del sistema penitenciario que es la reinserción social.

La dignidad que otorga el voto surge del ejercicio del poder que otorga la ciudadanía a quienes la detentan, y establece la idea de que la restricción al ejercicio de este derecho tiene efectos perniciosos en una doble dimensión, por un lado en la dimensión individual, ya que trastoca el sentido de igualdad que brinda el ejercicio democrático, pero también en la dimensión colectiva, ya que afecta el grado de legitimidad de quienes obtienen el triunfo y asumen cargos de gobierno o de representación.

De acuerdo con el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), es derecho de la ciudadanía el votar en las elecciones populares, y en términos del artículo 41 de la misma norma fundamental, este derecho se ejerce "mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo".

Del texto transcrito en el párrafo anterior, destaca el principio de universalidad del voto como un verdadero anhelo constitucional, que contiene la idea básica de "una persona – un voto" y apunta hacia la verdadera democracia inclusiva, en la que no debe quedarse nadie atrás, en donde todas las personas pueden ejercer en condiciones de igualdad el derecho al sufragio como una de las más notables formas de participación política.

Para ilustrar la importancia que le da la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a este principio, basta citar la jurisprudencia 37/2014[5] de rubro:

---

[4] De acuerdo con el artículo 15 Ter., de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación: "Las medidas de nivelación son aquellas que buscan hacer efectivo el acceso de todas las personas a la igualdad real de oportunidades eliminando las barreras físicas, comunicacionales, normativas o de otro tipo, que obstaculizan el ejercicio de derechos y libertades prioritariamente a las mujeres y a los grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad." Es decir, la implementación de ajustes razonables a efecto de que se deroguen disposiciones normativas, por ejemplo, aquellas que impongan requisitos discriminatorios de ingreso y permanencia a escuelas y trabajos, así como la homologación de condiciones de derechos y prestaciones para los grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad.

[5] Jurisprudencia 37/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral,* año 7, núm. 15, 2014, pp. 64 y 65, también refiere que, "[...] la univer-

> Sistemas normativos indígenas. Elecciones efectuadas bajo este régimen pueden ser afectadas si vulneran el principio de universalidad del sufragio: "[...] el derecho de sufragio constituye la piedra angular del sistema democrático, en tanto que, con su ejercicio, se permite la necesaria conexión entre los ciudadanos y el poder público, legitimando a este; de ahí que, si se considera que en una elección no se respetó el principio de universalidad del sufragio, ello conduce a establecer que se han infringido los preceptos que lo tutelan y que, además, se ha atentado contra la esencia misma del sistema democrático [...]"

Tras este breve análisis en torno al voto y la trascendencia que tiene en nuestra democracia, en el próximo apartado analizaremos las restricciones constitucionales de las que es objeto, para estar en condiciones de cuestionar su razonabilidad y eficacia.

## II. Restricción del derecho humano al voto en México

Los derechos humanos no son absolutos, en una sociedad democrática es admisible que se encuentren restricciones en la legislación aplicable, siempre que se consideren razonables y necesarias para alcanzar fines legítimos, como lo es el respeto de los derechos y libertades de terceros, la conservación del orden público y la garantía del bienestar general.

La suspensión de derechos humanos suele poner en tensión a nuestro cuerpo normativo, un ejemplo de ello es el arraigo, que a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó[6] que el Estado mexicano es responsable por violar la

salidad del sufragio, se funda en el principio de un hombre, un voto; con el cual se pretende el máximo ensanchamiento del cuerpo electoral en orden a asegurar la coincidencia del electorado activo con la capacidad de derecho público."

[6] Véase Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470. Notificada al Estado mexicano el 27 de enero de 2023, en el que la Corte concluyó que se había incumplido la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, ordenando como medida de reparación el que

libertad personal al imponer el arraigo, hasta la fecha, en el artículo 16 de la CPEUM encontramos establecida la posibilidad de decretar el arraigo[7] a quien se encuentre en el supuesto establecido. Sin embargo, ese es un problema del que no nos haremos cargo en este documento.

La restricción del ejercicio de los derechos ciudadanos se encuentra establecida en el artículo 38 de la CPEUM y refiere:[8]

> Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:
>
> I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;
>
> II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;
>
> III. Durante la extinción de una pena corporal;
>
> IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;
>
> V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal;
>
> VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión, y
>
> VII. Por tener sentencia firme por la comisión intencional de delitos contra la vida y la integridad corporal; contra la libertad y se-

se dejara sin efecto en el ordenamiento interno, las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza procesal.

7 En relación con el arraigo, el artículo 16, párrafo octavo, de la CPEUM refiere: "[...] La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia [...]."

8 La reforma y adición al artículo 38 de la CPEUM, fue publicada en el *DOF* el 29 de mayo de 2023, *https://www.dof.gob.mx/index_113.php?year=2023&month=05&day=29#gsc.tab=0*

> guridad sexuales, el normal desarrollo psicosexual; por violencia familiar, violencia familiar equiparada o doméstica, violación a la intimidad sexual; por violencia política contra las mujeres en razón de género, en cualquiera de sus modalidades y tipos.
>
> Por ser declarada como persona deudora alimentaria morosa.
>
> En los supuestos de esta fracción, la persona no podrá ser registrada como candidata para cualquier cargo de elección popular, ni ser nombrada para empleo, cargo o comisión en el servicio público.
>
> La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

Por ser materia de estudio en este capítulo, analizaremos las fracciones II y III del citado artículo 38, que establecen la suspensión de derechos ciudadanos a quien esté "sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión" y "durante la extinción de una pena corporal", y como se ha indicado, específicamente revisaremos la restricción al derecho al voto.

Ahora bien, para analizar la pertinencia de las restricciones a derechos humanos, es útil conocer, para efectos orientadores, algunos criterios emitidos por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación[9] (en adelante SS del TEPJF) de los que se advierte un criterio principialista.[10] Entre otras sentencias, la recaída al expediente SUP-JDC-85/2007,[11]

---

9 Véase SUP-JDC-894/2017, SUP-REC-531/2018, SUP-REC-1150/2018 y SUP-JE-115/2019 y sus acumulados.

10 "El principialismo electoral se define como la aproximación que mejor responde a un papel garante de la democracia y de los derechos humanos, especialmente en la tutela de los derechos políticos de las personas en situación de desventaja social, lo que permite abonar al objetivo de la democracia sustantiva e inclusiva. [...] El principialismo se trata de una práctica interpretativa en la cual se consideran a gran parte de las normas constitucionales, no como reglas susceptibles de observancia o inobservancia, sino como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí". Mata, Felipe de la y Bustillo, Roselia, *op. cit*., pp. 27 y 31.

11 Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, promovido por José Gregorio Pedraza Longi, en la que la SS del TEPJF

conocido como el caso *Pedraza Longi*, indica, a foja 25 que: "Si bien los derechos y prerrogativas de los ciudadanos consagrados en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no son de carácter absoluto, *todo límite o condición que se aplica a los derechos relativos a la participación política debe basarse en criterios objetivos y razonables*". (cursivas añadidas)

En este asunto, la SS del TEPJF interpretó de manera evolutiva el alcance de la restricción a derechos ciudadanos prevista en la fracción II, del artículo 38 constitucional, al determinar que:

> [...] si el actor únicamente puede ser privado del derecho a votar por sentencia ejecutoria, la cual no ha sido dictada, tan solo se encuentra sujeto a proceso penal, el cual enfrenta en libertad por haber obtenido el beneficio constitucional previsto en el numeral 20, párrafo I de la Constitución federal, entonces no hay razones válidas para justificar la suspensión del derecho político-electoral de votar en contra del demandante, pues es innegable que salvo la limitación acaecida, dicho ciudadano, al encontrarse libre y al operar en su favor el principio de presunción de inocencia, debe continuar en el uso y goce de todos sus derechos.

Esta determinación constituyó una contradicción con un criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Jus-

---

revoca la resolución emitida por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores (DERFE), por conducto de su Vocalía en la 06 Junta Distrital Ejecutiva del entonces IFE en el Estado de Puebla, a través de la cual declaró improcedente su solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía, debido a que en los archivos de la DERFE existía información proporcionada por el Juez Penal en la que se señalaba que se había dictado en su contra auto de formal prisión en la causa penal 30/05, por lo que tenía suspendidos sus derechos políticos en términos del artículo 38 constitucional; al considerar que "[...] la suspensión de los derechos políticos se produce únicamente respecto de aquellos ciudadanos que, dada la magnitud del ilícito cometido, no tienen la posibilidad de encuadrar en la hipótesis normativa que actualiza el incidente caucional y por ende, al encontrarse forzados a ingresar en prisión, se ven restringidos en el uso y goce de ciertos derechos como los político-electorales. Consecuentemente, quedan automáticamente fuera de dicha sujeción los delitos que no necesariamente se castigan con pena privativa de libertad, como los que solo prevén sanción pecuniaria, apercibimiento o pena alternativa, casos en los cuales no se afecta la libertad personal."

ticia de la Nación, misma que fue resuelta por el Tribunal Pleno de la Corte el 26 de mayo de 2011, en la Contradicción de Tesis 6/2008-PL, prevaleciendo el siguiente criterio:

> Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad. El artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los derechos o prerrogativas del ciudadano se suspenden, entre otros casos, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a partir de la emisión del auto de formal prisión. Por su parte, el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales, cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción constitucional. Ahora bien, la interpretación armónica de tal restricción con el indicado principio conduce a concluir que el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo.

Años más adelante, en febrero de 2019, la SS del TEPJF resolvió el expediente SUP-JDC-352/2018 y su acumulado, que constituye un ejemplo más del principialismo electoral, en donde interpretó de manera armónica la restricción prevista en la fracción II, del citado artículo 38 de la CPEUM, con la presunción de inocencia prevista en el artículo 20 de la misma carta fundamental, ordenando al Instituto Nacional Electoral a tomar las medidas necesarias para que personas que se encuentran en prisión preventiva pudieran votar.

Uno de los razonamientos en los que se podría apoyar la idea de restringir el ejercicio del derecho al voto, tiene que ver con el carácter *ciudadano* de la persona electora, ello a partir de que la CPEUM en su artículo 34 refiere que son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, cuenten con 18 años cumplidos y un "modo honesto de vivir", requisito que podría ponerse en duda respecto de las personas en reclusión. Sin embargo, es necesario precisar que el Ple-

no de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobó la tesis P./J. 2/2023 de rubro: modo honesto de vivir. las autoridades no pueden exigir a las personas cumplir con ese requisito legal a fin de acceder a un cargo público, como tampoco pueden sancionarlas determinando que carecen de ese modo de vivir. Este criterio resulta relevante, ya que afirma que exigir el requisito de tener un *modo honesto de vivir* puede traducirse en una forma de discriminación, pues "[...] un régimen constitucional democrático de Derecho debe rechazar la idea de un modelo único de moralidad que reduzca la idea de honestidad o decencia a una sola dimensión".[12]

De acuerdo con lo determinado en esta Tesis, el "modo honesto de vivir" es una expresión ambigua y de difícil apreciación, por lo que no debe considerarse como un requisito exigible para quien tenga la intención de votar, aun estando en reclusión.

## III. La perspectiva supranacional de la restricción del voto

La promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, es una obligación constitucional impuesta a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, y cuando se trata de su interpretación, se debe hacer considerando el principio *pro homine*[13] incorporado en junio de 2011 en el segundo párrafo, del artículo 1° de la CPEUM: las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.[14]

---

12 Tesis P./J. 2/2023, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, 26 de mayo de 2023, *https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/zpjjZ4gBvbG1RDkaUB_A*

13 De acuerdo con la Tesis 2a./J. 56/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 6, t. II, mayo de 2014. El principio *pro homine* o pro persona, implica que "[...] si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, esta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales [...]", *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006485*

14 CPEUM, art. 1, segundo párrafo, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf*

Con esta disposición incorporamos como una nueva fuente de derecho al derecho internacional, motivo por el cual es necesario conocer la forma en que se tutelan y restringen los derechos humanos en los tratados internacionales.

Así, en el plano supranacional, al momento de fijar límites al ejercicio de derechos humanos de una persona, encontramos como un común denominador a la protección de los derechos y libertades de los demás, en este tenor, el segundo párrafo del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, refiere:

> 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley **con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.** (énfasis añadido)

En armonía con lo anterior, el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en el que se tutela la libertad de asociación, se indica que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole, y de manera explícita, en el párrafo segundo determina cuáles son sus límites:

> 2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley **que sean necesarias en una sociedad democrática,** en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden, públicos, **o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.** (énfasis añadido)

En esa misma tesitura, más adelante en el artículo 30 de la CADH, reitera como elementos indispensables para que una restricción se considere razonable, el que se trate de una limitante ya positivizada (principio de legalidad) y que tenga por finalidad la protección del interés general:

> Artículo 30. Alcance de las Restricciones.
>
> Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la mis-

> ma, **no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general** y con el propósito para el cual han sido establecidas. (énfasis añadido)

Por su parte, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sigue la misma ruta al prohibir las restricciones indebidas cuando se trata de ejercer, entre otros, el derecho al voto, lo que implica la obligación de todos los Estados parte, a analizar de manera permanente si son razonables las restricciones al ejercicio de derechos humanos, incorporadas en el derecho interno.

> Artículo 25.
>
> Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y **sin restricciones indebidas,** de los siguientes derechos y oportunidades:
>
> a) [...]
>
> b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. (énfasis añadido)

Para concluir la idea que se busca establecer en este apartado, puede ser útil analizar el contenido de los párrafos 184 y 185 de la sentencia recaída al caso *Yatama vs. Nicaragua,*[15] dictada por la Corte IDH el 23 de junio de 2005:

---

[15] El 8 de marzo de 2000, miembros de la organización indígena *Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA)* intentaron obtener la autorización para ser reconocidos como partido político regional, sin embargo, a pesar de los diversos recursos presentados, la solicitud fue denegada. Ello impidió que el grupo YATAMA participara en las elecciones del 5 de noviembre de 2000. La Corte IDH, resolvió en base a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido de que, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se observen "las debidas garantías" que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf*

> 184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.
>
> 185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

Es así como se justifica el estudio relativo a la restricción del derecho humano al voto de las personas privadas de la libertad desde la perspectiva supranacional, ya que la sólida línea jurisprudencial de la Corte IDH impulsa el deber de actuación de los Estados que tienen reconocida su competencia contenciosa, para eliminar de su derecho interno regulaciones que se consideren discriminatorias.

## IV. Una mirada desde el derecho comparado en Latinoamérica

Es pertinente el estudio del voto de personas en reclusión desde una perspectiva de derecho comparado, a efecto de poner a disposición de quien estudia el tema, información relacionada con la manera en que se tutelan los derechos político- electorales de la ciudadanía en otros sistemas jurídicos, de manera tal que se cuente con elementos que, al confrontarlos, permitan arribar a conclusiones que se traduzcan en propuestas que enriquezcan las condiciones de su ejercicio en nuestro país. Así, en palabras de la doctora Consuelo Sirvent:

> El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado.
>
> El derecho comparado obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro. Así, su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y las similitudes como los defectos y los aciertos de ese orden.[16]

De acuerdo con René David en la obra *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, es relevante la idea de recuperar la experiencia de diversos sistemas jurídicos, para mejorar el derecho interno de una nación determinada:

> El derecho comparado tiene una función preponderante que desempeñar en la ciencia del derecho. Aspira en efecto, en primer término, a instruir juristas sobre la función y significación del derecho, aprovechando con ese propósito la experiencia de todas las naciones. Aspira también, en una óptica más pragmática, facilitar la organización de la sociedad internacional revelando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la regulación de las relaciones internacionales. Finalmente permite a los juristas de diversas naciones plantearse la posibilidad de una mejoría de sus sistemas de derecho internos. Para que el derecho comparado cumpla con su función es necesario que los juristas, que pareciera ser cada vez más el caso, no se limiten al estudio de su propio derecho nacional sino que, en cada oportunidad propicia, recurran al método comparativo.[17]

En este sentido, no es extraño encontrar en el sistema jurídico mexicano, algunas figuras que tienen su origen en otros países, como es el caso del *Certiorari*[18] que representa la posibili-

---

16 Sirvent, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos,* 23a. ed., México, Porrúa, 2020, p. 1.

17 David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a. ed., México, UNAM, 2010, pág.11

18 Para mayor comprensión de esta figura, en la sentencia recaída al expediente SUP-REC-214/2018, a foja 23 se lee: "Como sucede con los Tribunales Constitucionales y figuras procesales en otras latitudes, como el certiorari en los Estados Unidos de América, de manera que, al reconocer esa

dad de que la autoridad jurisdiccional haga uso de su atribución discrecional para ensanchar el camino de acceso de recursos de reconsideración y resolver el fondo de algún caso que, por su importancia, a pesar de no satisfacer algún requisito de procedencia, resulte relevante fijar un criterio.

> El *writ of certiorari,* como tantas otras instituciones del derecho americano, forma parte de la herencia del *common law* inglés. Una vez trasplantada en suelo colonial, experimentó una evolución peculiar. El *certiorari* al que normalmente se alude, la jurisdicción discrecional que permite al Tribunal Supremo controlar el acceso a la apelación de los casos que le llegan.[19]

Con base en estas afirmaciones, se identificarán algunas diferencias y similitudes que el derecho mexicano guarda con otros sistemas jurídicos, de modo tal que sea posible construir un nuevo criterio con apoyo en el atisbo de que en nuestro país se podrían expulsar del marco jurídico las restricciones de derechos civiles que no se consideren proporcionales y razonables.

Como ya se indicó, en este apartado se formularán breves aproximaciones respecto a la forma en que se regula el derecho al sufragio de personas privadas de la libertad en países latinoamericanos, ello, al considerar que entre las naciones que integran la región, además de tener un idioma en común (se trata de países americanos que hablan lenguas derivadas del latín), se comparten rasgos sociales, históricos y culturales.

Es oportuno señalar que, debido a la extensión de este capítulo, no resulta posible analizar un mayor número de países, ni profundizar más en la forma en que tienen regulado el derecho al voto en su normatividad interna, sin embargo, se cumple el objetivo de este esfuerzo comparativo, al poner a la vista la forma en que cinco países latinoamericanos entienden el valor del voto y

---

potestad discrecional a este Tribunal, se autoriza como supuesto adicional de procedencia la selección de los casos que implican una importancia que, por sus alcances, debe ser decidida en esta instancia."

19 Ahumada Ruiz, María Ángeles, "El certiorari. Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* España, núm. 41, 1994, p. 99.

si encuentran razonable, o no, la restricción de su ejercicio para quien se encuentra en situación de privación de la libertad.

### 4.1. Costa Rica

El artículo 90 de la Constitución Política de Costa Rica[20] indica que "La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponden a los costarricenses mayores de dieciocho años", en el artículo siguiente, el 91, refiere que la ciudadanía solo se suspende: "1) Por interdicción judicialmente declarada; y 2) Por sentencia que imponga la pena de suspensión del ejercicio de derechos políticos".

Acorde con lo anterior, al no existir restricción al ejercicio de derechos civiles y políticos por encontrarse en reclusión, en Costa Rica votan todas las personas que se encuentran privadas de la libertad, con o sin sentencia, a menos que la sentencia suspenda específicamente el derecho al sufragio, situación poco frecuente, ocupando palabras de Luis Antonio Sobrado González: "Esa concepción favorable al ejercicio del sufragio por parte de los privados de libertad se refuerza por la circunstancia de que el Código Penal costarricense prevé la privación de dicho derecho como pena aplicable en muy pocos supuestos delictivos".[21]

La legislación secundaria se armonizó mediante la Ley 7653, que fue publicada el 23 de diciembre de 1996 en la gaceta de la Asamblea Legislativa,[22] misma que reforma diversos artículos del Código Electoral de Costa Rica, entre otros el 168 que previo a la reforma prohibía a las Juntas Receptoras, instalar locales de vo-

---

20 Constitución Política de la República de Costa Rica, *https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/textos%20juridicos/constitucion_politica_digital_edincr.pdf*

21 Sobrado González, Luis Antonio, "Experiencia costarricense del voto de personas privadas de libertad", *Revista de Derecho Electoral*, núm. 3, primer semestre, 2007, p. 3, *http://www.tse.go.cr/revista/art/3/sobrado_gonzalez.pdf*.

22 Observatorio de Reformas en América Latina, *https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2015/03/costa-rica-leyesdecuotas-1996-ley-7653.pdf*

tación dentro de una cárcel u otro centro semejante de reclusión, en el cual pueda impedirse el libre acceso de los particulares, la debida vigilancia de los partidos o la irrestricta libertad de los votantes, quedando de la siguiente manera:

> Quienes estén habilitados para sufragar, pero se encontraren detenidos o prestando servicio en cuarteles y cárceles, tendrán derecho a que se les permita comparecer a votar libremente. El Tribunal Supremo de Elecciones reglamentará lo concerniente al voto en los centros penitenciarios y el Ministerio de Justicia presentará el material logístico y apoyo que el Tribunal requiera.

### 4.2. Bolivia

Bolivia es un país que reconoce el derecho al sufragio de las personas en reclusión, incluso aquellas que tienen sentencia condenatoria, mientras no se acredite, mediante sentencia ejecutoriada, el estar en uno de los supuestos que la misma carta fundamental señala.

Destaca en el diseño constitucional boliviano, el entendimiento de la dignidad humana como un principio inviolable, de manera específica refiere el texto constitucional que toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad "será tratada con el debido respeto a la dignidad humana", específicamente en el artículo 22 señala que "la dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado", de igual forma, refiere que es responsabilidad del Estado, la reinserción social de las personas privadas de la libertad, velar por el respeto de sus derechos, así como su custodia en un ambiente adecuado.

El artículo 26 de la Constitución Política de Bolivia indica que todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva.

Refiere también que el derecho a la participación comprende, a partir de los 18 años, el sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio.

Más adelante, el artículo 28 establece que el ejercicio de los derechos políticos se suspende en los siguientes casos, previa sentencia ejecutoriada, mientras la pena no haya sido cumplida: "1. Por tomar armas y prestar servicio en fuerzas armadas enemigas en tiempos de guerra. 2. Por defraudación de recursos públicos. 3. Por traición a la patria".

De esta manera, Bolivia se coloca como un país en el que la dignidad humana es la base para garantizar el libre ejercicio del voto, alejándose de la imposición de penas accesorias e injustificadas que tienen como efecto la muerte civil de las personas en reclusión.

### 4.3. Chile

La Constitución Política de la República de Chile,[23] en su Capítulo II dedicado a la nacionalidad y a su ciudadanía, define quiénes son chilenos, los casos en los que se pierde la ciudadanía, quiénes tienen derecho al sufragio, así como las bases generales del sistema electoral público.

De este Capítulo II, conviene señalar que en su artículo 13 prevé los requisitos para obtener la ciudadanía y la identifica como el origen del derecho al sufragio:

> Artículo 13. Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva.
>
> La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran. [...]

Teniendo claro que es la calidad ciudadana la que otorga el derecho a votar, es pertinente ahora señalar que en el artículo 17 de la misma carta fundamental chilena, se señalan los casos en los que se pierde la ciudadanía:

---

[23] Constitución Política de la República de Chile, *https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf*

> Artículo 17. La calidad de ciudadano se pierde:
>
> 1º. Por pérdida de la nacionalidad chilena;
>
> 2º. Por condena a pena aflictiva, y
>
> 3º. Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.
>
> Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2º, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3º podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena.

Del artículo transcrito se desprende que al contar con una "pena aflictiva", entendida como una sentencia condenatoria firme, se pierde la calidad ciudadana y en consecuencia el derecho al sufragio, de manera que todas las personas privadas de la libertad, sin sentencia, en apego al texto constitucional, tienen a salvo este derecho.

No obstante lo anterior, debe mencionarse que a pesar de no tener constitucional ni legalmente una suspensión de derechos, las personas que se encuentran en una situación de prisión preventiva en Chile, en realidad no han estado en la posibilidad real de ejercer el derecho al voto.

Sobre esta situación se pronunció la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile, que en sesión de 2 de febrero de 2017 determinó en el caso conocido como *INDH vs. Servicio Electoral y Gendarmería* que el derecho de participación se debe ejercer con igualdad de oportunidades en la vida nacional, por lo que el sufragio constituye uno de los instrumentos de participación ciudadana más importante y afín con la democracia.

> Dos tipos de observaciones pueden realizarse respecto a este importante fallo. Por un lado, constituye un avance relevante en la particular cuestión de la defensa del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad. Por otro, da cuenta de que el poder judicial puede jugar un rol importante en la solución de la crisis de la institucionalidad carcelaria chilena, particularmente en lo que se refiere al respeto y tutela de los derechos de los internos.[24]

[24] Marshall, Pablo y Rochow, Diego, "El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia rol n° 87743-16 de la Corte

### 4.4. Colombia

De acuerdo con el artículo 99 de la Constitución Política de la República de Colombia, "La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción."

En la legislación secundaria, el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993),[25] que regula la ejecución de las penas privativas de la libertad personal, establece la posibilidad de que personas privadas de la libertad puedan votar, siempre que reúnan determinados requisitos:

> Artículo 57. VOTO DE LOS DETENIDOS. Los detenidos privados de la libertad si reúnen los requisitos de ley podrán ejercer el derecho al sufragio en sus respectivos centros de reclusión. La Registraduría Nacional del Estado Civil facilitará los medios para el ejercicio de este derecho. Se prohíbe el proselitismo político al interior de las penitenciarías y cárceles, tanto; de extraños como de los mismos internos. El incumplimiento a esta prohibición y cualquier insinuación en favor o en contra de candidatos o partidos por parte de los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, constituye causal de mala conducta.

Para el ejercicio de este derecho fue necesaria la intervención de la autoridad jurisdiccional, en este caso, la Corte Constitucional de Colombia dictó la sentencia T-324/94,[26] el 14 de julio de 1994, para resolver el proceso de tutela promovido por Sonia Eucaris Botero Ramírez, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil de Palestina Caldas, que sostenía que los afectados disponían de cédulas debidamente inscritas y que, por lo tanto,

---

Suprema y sus antecedentes", *Revista chilena de derecho*, 2018, pp. 233-254, *https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100233*

[25] Ley 65 de 1993, *https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9210*

[26] En esta sentencia, la Corte Constitucional de Colombia señaló que: "el voto ciudadano no solo debe ser entendido como un derecho individual, sino también como una función en cuanto contribuye a la formación de la voluntad política y al buen funcionamiento del sistema democrático", *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-324-94.htm*

tenían derecho a ejercer su derecho fundamental al sufragio. Las razones principales de la Corte para reconocer el derecho al voto de las personas en prisión preventiva fueron:

a) Hasta en tanto no se demuestre la pérdida de la calidad de ciudadano, no se puede coartar el derecho al sufragio.
b) El derecho de participación política constituye una esfera indispensable para la autodeterminación de la persona, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo.

Para entender de mejor manera la visión de la Corte Constitucional de Colombia, es oportuno recordar que en la sentencia T-596, de 1992 la Corte determinó: "La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas recluidas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos en vista del comportamiento antisocial".

### 4.5. Argentina

En Argentina tienen derecho al sufragio en todos los "actos eleccionarios" aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad y que no cuentan con sentencia firme, lo anterior de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 bis, del Código Electoral Nacional de Argentina:[27]

> Los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos.
>
> A tal fin la Cámara Nacional Electoral confeccionará el Registro de Electores Privados de Libertad, que contendrá los datos de los procesados que se encuentren alojados en esos establecimientos de acuerdo con la información que deberán remitir los jueces competentes; asimismo habilitará mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención y designará a sus autoridades.

[27] Código Nacional Electoral de Argentina, *https://www.electoral.gob.ar/nuevo_legislacion/cen.php*

> Los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que le corresponda podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados y sus votos se adjudicarán al Distrito en el que estén empadronados.

En concordancia con lo transcrito, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad prevé en su Capítulo I, los principios básicos de la ejecución y es precisamente en su artículo 1º que establece que "la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad."

Entre los aspectos relevantes relacionados con la forma en que se ejerce el derecho al voto al interior de prisiones argentinas, encontramos:

> Los presos no sentenciados en ese país emiten su voto con una boleta especial, solo para las categorías de candidatos nacionales, y para ello se contempla el último domicilio que tuvieron antes de ser detenidos.
>
> Durante la jornada electoral, los agentes de servicios penitenciarios o docentes de la misma cárcel son quienes fungen como autoridades de mesa o casilla.
>
> Los electores se identifican con su identificación oficial, la cual es resguardada por las autoridades de los centros penitenciarios.
>
> El elector emite su voto en una papeleta especial, que debe ser depositada en un sobre, y este, a su vez, en una urna, la cual es enviada a la Cámara Electoral para que, ahí, se realice el recuento de los sufragios emitidos.[28]

## V. Conclusiones

Una de las primeras reflexiones planteadas en este capítulo, descansa en la relevancia que tiene el voto en un Estado constitu-

[28] Trejo, Isaías, *Derecho al voto de los presos sin condena*, México, TEPJF, 2022, p. 37, *https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/CE_Trejo_Derecho_al_voto.pdf*

cional y democrático de derecho, en palabras de Claudia Zavala: "La promoción y protección del derecho al voto activo es una de las obligaciones fundamentales en las sociedades democráticas y uno de los imperativos para garantizar la igualdad en los mecanismos de participación política de la ciudadanía".[29]

También se indicó el impacto positivo que tiene el reconocimiento de la dignidad humana de las personas en reclusión, a partir de la cual se les podría permitir votar con lo que se pondría fin a la exclusión de la que históricamente han sido objeto y se favorecería su proceso de reinserción social.

Se debe hacer énfasis también, en que la reforma constitucional de junio de 2008 en materia penal "[...] está llamada a otorgar un nuevo rostro a las autoridades mexicanas en materia de procuración e impartición de justicia, al transformar el modelo mixto —donde prevalecía el atributo inquisitivo sobre el acusatorio— en otro que tutelara y protegiera de forma más efectiva los derechos humanos de las personas imputadas".[30]

La citada reforma constitucional presenta como un avance inaplazable la llegada de la justicia restaurativa como herramienta de solución de conflictos y reparación del daño, superando la visión tradicional de entender al sistema penal como una controversia jurisdiccional.

El enfoque expuesto a partir de tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como la forma en la que se regula el derecho al voto de personas privadas de la libertad en cinco países latinoamericanos, nos permite ver que si bien es cierto que en nuestro país se ha presentado un importante avance respecto de la posibilidad de voto de las personas en reclusión sin sentencia, también lo es que en países como Costa Rica y Bolivia nos han abierto la ruta para ver también a través

---

29 Zavala, Claudia, *Justicia electoral y derechos humanos*, 2a. ed., México, TEPJF, 2019, p. 745, *https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/Justicia_electoral_derechos_humanos_2ed.pdf*

30 Mata, Felipe de la, "El derecho a votar de las personas en prisión preventiva. Reflexiones a la sentencia SUP-JDC-352/2018", en Eguiarte, Carlos (coord.), *Voto en prisión preventiva*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 40.

de las gafas de la dignidad, a aquellas personas que ya han sido sentenciadas.

Para entender el alcance de esta propuesta en México, sirve revisar el *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*[31] editado por el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana del Gobierno federal, que indica que en noviembre de 2023 había 233 836 personas privadas de la libertad en México, de las cuales 144 844 (62%) estaban sentenciadas.

En suma, a la luz de experiencias latinoamericanas, podemos afirmar que el voto de las personas privadas de la libertad, con o sin sentencia, extinguiría una restricción a derechos humanos que no persigue un fin legítimo; nos acercaría al anhelo constitucional de la universalidad del voto; favorecería la reinserción social y establecería el poderoso mensaje de que, en democracia, la reclusión no puede ser sinónimo de exclusión.

## Referencias

Ahumada Ruiz, María Ángeles, "El certiorari. Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* España, núm. 41, 1994.

Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, 2023.

David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a. ed., México, UNAM, 2010.

Mata, Felipe de la, "El derecho a votar de las personas en prisión preventiva. Reflexiones a la sentencia SUP-JDC-352/2018", en Eguiarte, Carlos (coord.), *Voto en prisión preventiva*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021.

[31] Cuaderno mensual de información estadística penitenciaría nacional, 2023, *https://www.gob.mx/prevencionyreadaptacion/documentos/cuaderno-mensual-de-informacion-estadistica-penitenciaria-nacional-2023?idiom=es*

Mata, Felipe de la y Bustillo, Roselia, *Justicia electoral principialista*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

Marshall, Pablo y Rochow, Diego, "El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia rol n° 87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes", *Revista chilena de derecho*, 2018.

Presno, Miguel Ángel, *El derecho de voto como derecho fundamental*, México, IIJ-UNAM, 2012.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 2015.

Sirvent, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos,* 23a. ed., México, Porrúa, 2020.

Sobrado González, Luis Antonio, "Experiencia costarricense del voto de personas privadas de libertad", *Revista de Derecho Electoral*, núm. 3, primer semestre, 2007.

Trejo, Isaías, *Derecho al voto de los presos sin condena*, México, TEPJF, 2022.

Zavala, Claudia, *Justicia electoral y derechos humanos*, 2a. ed., México, TEPJF, 2019.

## Legislación y Jurisprudencia

Código Electoral Nacional de Argentina.

Código Penitenciario y Carcelario de Colombia.

Constitución Política de Chile.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-324/94, de 14 de julio de 1994.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470.

Jurisprudencia 37/2014, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral,* año 7, núm. 15, 2014.

Tesis 2a./J. 56/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 6, t. II, mayo de 2014.

Tesis P./J. 2/2023, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, 26 de mayo de 2023.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, expediente SUP-JDC-85/2007, caso *Pedraza Longi*.

# Segunda Parte
# Restricciones constitucionales al ejercicio de derechos humanos de las personas privadas de la libertad

# El tratamiento de las personas privadas de libertad desde el marco de las Naciones Unidas

*Javier Rascado Pérez**

Sumario: I. Introducción. II. Protección convencional. III. Marco de *soft law*. IV. Conclusiones. Referencias

## I. Introducción

Las normas internacionales de protección de los derechos humanos no solo obligan al Estado en su conjunto, también son de cumplimiento necesario por parte de los funcionarios de las prisiones. Estos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se encuentran obligados a conocer las normas internacionales y aplicarlas en su labor cotidiana.

Las personas privadas de la libertad, como todo ser humano, deberán ser tratadas humanamente en respeto a su dignidad inherente. Sin excepción alguna, nadie podrá ser tratado de forma cruel o degradante. No obstante, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán hacer uso de la fuerza, siempre y cuando esta sea estrictamente necesaria.

Toda persona privada de libertad deberá tener garantizado un nivel de vida adecuado que incluya alimentación, agua, aloja-

* Presidente de la Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro.

miento y vestido. De igual forma, tendrá derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud física o mental.

El trato a los reclusos debe alentar su readaptación social. La finalidad de su tratamiento debe ayudarles a que vivan conforme a la ley y poderse mantener posterior a su puesta en libertad con el producto de su trabajo. Por ello, en estas líneas expondremos diversos criterios e interpretaciones adoptados desde los órganos de protección de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas para precisar cómo debe ser el tratamiento de las personas privadas de libertad, su marco normativo aplicable y los derechos y restricciones a los mismos que tienen las personas privadas de libertad.

## II. Protección convencional

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1] (PIDCP) establece que toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. En la parte final de dicho precepto también se indica que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Este dispositivo está relacionado con el numeral 9 del mismo instrumento donde se consagra el derecho a la libertad y la seguridad personal, en el que se indica que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias y que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

El Comité de Derechos Humanos, órgano de protección e interpretación del PIDCP, ha interpretado el contenido del derecho a la libertad y seguridad personal, entre otros instrumentos por medio de su Observación general número 35.[2] En la misma, el

[1] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

[2] La cual sustituyó la Observación general núm. 8.

Comité aclara que la libertad personal se refiere a la ausencia de confinamiento físico, no a una libertad general de acción; mientras que la seguridad personal se refiere a la protección contra lesiones físicas o psicológicas así como la integridad física y moral.

De acuerdo con el Comité, la privación de la libertad implica una restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación, también establecida en el artículo 12 del PIDCP.

El Comité admite que el derecho a la libertad personal no es absoluto y que el propio pacto reconoce que a veces la privación de la libertad está justificada; por ejemplo, como consecuencia de la aplicación de la legislación penal. Para ello, se requiere que la privación de la libertad no sea arbitraria y que se lleve a cabo respetando el principio de legalidad. Asimismo, el Comité indicó que la reclusión puede ser arbitraria si el trato que recibe la persona recluida no corresponde con el presunto objeto de la reclusión.

El trato humano de las personas privadas de libertad recibió atención por parte del Comité desde sus primeras observaciones generales. Muestra de ello, es la adopción en 1982 de la Observación general número 9 sobre el tema, donde se indica que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad humana; y que este trato constituye una norma básica de aplicación universal que no puede depender enteramente de los recursos materiales.

Diez años después, el Comité decide sustituir dicha observación general con la número 21, donde se subraya que el artículo 10 del PIDCP establece la obligación positiva para los Estados en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad, que complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Expresamente el Comité señala que las personas privadas de libertad no pueden ser sometidas a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad, debiendo garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres.

Las personas privadas de libertad, a juicio del Comité, gozan de los derechos enunciados en el PIDCP, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión. En este sentido, ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso.[3]

En la jurisprudencia sobre comunicaciones individuales del Comité, reiteradamente se han afirmado los principios contenidos en sus observaciones generales. Recientemente, en el caso *Mukadder Alakus c. Turquía*,[4] el Comité insistió que las personas privadas de libertad no deben ser sometidas a penurias o a restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad (como había establecido en el caso *El Abani c. la Jamahiriya Árabe Libi*).[5]

El Comité afirmó dicho principio en anteriores comunicaciones como *Bahadur Maharjan c. Nepal*,[6] donde indicó que las personas privadas de libertad no deben ser sometidas a otras dificultades o limitaciones que las dimanantes de su privación de libertad y que deben ser tratadas con humanidad y respeto a su dignidad (similar al caso *Edriss El Hassy c. Libia)*.[7]

Incluso, en *Gorji-Dinka c. Camerún,*[8] el Comité replicó su postura, además, haciendo referencia a las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas en 1957, como analizaremos más adelante, que integran una buena cantidad de normas de *soft law* en la materia.

---

3 Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 21, Trato humano de las personas privadas de libertad, 44° periodo de sesiones, 1992, p. 10.

4 Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 3736/2020, *Mukadder Alakus c. Turquía,* dictamen aprobado el 26 de julio de 2022.

5 Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1640/2007, *El Abani c. la Jamahiriya Árabe Libia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2010.

6 Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1863/2009, *Bahadur Maharjan c. Nepal,* dictamen aprobado el 19 de julio de 2011.

7 Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1422/2005, *Edriss El Hassy c. Libia,* dictamen aprobado el 24 de octubre de 2007.

8 Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1134/2002, *Gorji-Dinka c. Camerún,* dictamen aprobado el 17 de marzo de 2005.

Además del PIDCP, otros tratados internacionales sobre derechos humanos en el seno de Naciones Unidas han reiterado la obligación de un tratamiento digno a las personas privadas de libertad.

Prueba de ello es el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)[9] que establece que ningún niño debe ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. El texto convencional mandata que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Expresamente se indica que todo niño privado de su libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de su Familia (CTMF)[10] en su artículo 17 establece que todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de la libertad, será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su *identidad cultural.* (énfasis añadido)

Este tratado también reitera que, durante todo el período en prisión en cumplimiento de una sentencia impuesta por un tribunal, el tratamiento del trabajador migratorio o familiar suyo tendrá por finalidad esencial su reforma y readaptación social.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)[11] en su artículo 14 indica que los Estados asegurarán que las personas con discapacidad no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley.

---

9 Asamblea General de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

10 Asamblea General de Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de su Familia, adoptada por resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990.

11 Asamblea General de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006.

Mandata que la existencia de alguna discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de la libertad. De igual forma deberán asegurarse de que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan en igualdad de condiciones con los demás, garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y deben ser tratados de acuerdo con los objetivos y principios de dicha convención, incluida *la realización de ajustes razonables*.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, en su Observación general número 2[12] indicó que si bien la CTMF no define los motivos admisibles de detención, sí establece que los trabajadores migratorios y sus familiares no serán privados de libertad salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca.

Insiste el Comité que la privación de la libertad deberá estar prescrita por la ley, debe perseguir un fin legítimo, ser necesaria en circunstancias concretas y ser proporcional al fin legítimo que se persiga.

En la misma Observación general, el Comité interpretando el artículo 17 de la CTMF, estableció que, para respetar la dignidad inherente al ser humano de los trabajadores migratorios y sus familiares privados de libertad, los Estados tienen la obligación de garantizar condiciones adecuadas siguiendo las normas internacionales aplicables.

De igual forma, se indica que los Estados deben velar por que el personal de los centros de detención reciba formación en materia de derechos humanos, sensibilidad cultural y consideraciones relacionadas con la edad y el sexo de los detenidos.

El referido artículo 17 de la CTMF debe entenderse que se hacen extensivos a los trabajadores migratorios detenidos los mismos derechos que tengan los nacionales que se encuentren en igual situación, como puede ser el derecho a comunicarse con

[12] Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observación general núm. 2, 28 de agosto de 2013.

el exterior, a acceder a profesionales de la salud o a servicios educativos si los nacionales disponen de tales garantías.

El Comité señala de forma adicional que los Estados deben tener en cuenta la situación especial de las trabajadoras migrantes privadas de libertad, velando por que se preste servicios de salud orientados específicamente a la mujer y atender las necesidades especiales de las embarazadas, las madres lactantes y las madres con hijos pequeños.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, también se ha pronunciado sobre la materia en sus observaciones generales. Precisamente en la relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil,[13] el Comité estableció una serie de normas y principios en los casos de privación de la libertad de menores, entre los que podemos señalar:

- Se debe propiciar a los niños un entorno físico y un alojamiento que les permita alcanzar los objetivos de reintegración que tiene el internamiento.
- Se debe prestar la debida atención a sus necesidades de privacidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades para asociarse con sus iguales.
- Todo niño tendrá derecho a una educación adaptada a sus necesidades y capacidades.
- Todo niño tiene derecho a recibir una atención de la salud física y psíquica adecuada durante su estancia en el centro.

Incluso, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también recomendó a los Estados asegurar que las condiciones de detención se ajusten a las normas internacionales pertinentes para proteger los derechos de las mujeres privadas de su libertad.[14]

---

13 Comité de los Derechos del Niño. Observación general núm. 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, 2019, observación que sustituye a la núm. 10, 2007.

14 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

## III. Marco de *soft law*

El desarrollo de normas internacionales sobre personas privadas de la libertad ha sido abordado en numerosas ocasiones por medio de diversos instrumentos de *soft law* adoptados al interior de Naciones Unidas.

Desde 1957, el Consejo Económico y Social (Ecosoc) adoptó las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*[15] que, si bien no tienen por objeto describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sí buscan establecer principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

Las Reglas se dividen en dos grandes apartados. El primero de ellos dedicado a las reglas generales, que incluyen los siguientes temas: registro, separación de categorías, locales destinados a los reclusos, higiene personal, ropas y camas, alimentación, ejercicios físicos, servicios médicos, disciplina y sanciones, medios de coerción, derecho de queja, contacto con el mundo exterior, biblioteca, religión, depósito de objetos pertenecientes a los reclusos, notificación de defunción, enfermedades y traslados, traslados de reclusos, personal penitenciario e inspección.

El segundo apartado está dedicado a las reglas aplicables a categorías especiales: condenados, *enfermos mentales*, personas en prisión preventiva, entre otros.

La Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), por medio de su resolución 2858[16] señaló las Reglas Mínimas a la atención de los Estados y les recomendó que las aplicaran en la administración de las instituciones penales y correccionales y que consideraran favorablemente la posibilidad de incorporarlas en su legislación nacional.

---

15 Consejo Económico y Social. Resolución 663C (XXIC) aprobó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, 31 de julio de 1957. El 13 mayo de 1977, por medio de la resolución 2076 (LXII) se aprobó una extensión de los Reglas Mínimas a las personas detenidas o encarceladas sin que haya cargos en su contra.

16 Asamblea General de Naciones Unidas. Los derechos humanos en la administración de justicia, XXVI periodo de sesiones, 20 de diciembre de 1971.

Posteriormente, la AGNU por medio de la resolución 37/194[17] aprobó los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes*, en donde enfatizó que el personal de salud, especialmente los médicos, encargados de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas.

En 1984, el ECOSOC adoptó los *Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,18* preocupado por la persistencia de obstáculos de diversos tipos que impiden la plena aplicación de las Reglas Mínimas.

Con el objeto de promover el bienestar de los menores de edad en la mayor medida posible y con la finalidad de reducir al mínimo el número de casos en que tenga que intervenir el sistema de justicia de menores, la AGNU aprobó[19] las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores* o "Reglas de Beijing".

Años después, la misma Asamblea General por medio de la resolución 43/173[20] aprobó el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*; que indica en su primer principio que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. El documento consta de 39 principios y una cláusula general.

---

17 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 37/194, aprobado el 18 de diciembre de 1982.

18 Consejo Económico y Social. Resolución 1984/47, aprobada el 25 de mayo de 1984.

19 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 40/33, aprobada el 29 de noviembre de 1985.

20 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 43/173, aprobada el 9 de diciembre de 1988.

A inicios de la década de los noventa, la AGNU, por medio de la resolución 45/110[21] aprobó las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad* conocidas también como "Reglas de Tokio", las cuales contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

En la misma sesión, la AGNU aprobó los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos,*[22] donde se indica que con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, así como de los demás tratados internacionales de derechos humanos que los Estados sean parte.

Asimismo, por medio de la resolución 45/112[23] se aprobaron las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil* o "Directrices de Riad", la cual indica que para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes; y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia.

De igual forma, fueron aprobadas las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*,[24] reconociendo que, debido a su gran vulnerabilidad, los menores privados de libertad requieren especial atención y protección garantizándose sus derechos y bienestar durante el período en que estén privados de su libertad y con posterioridad a ello.

---

21 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/110, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

22 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/111, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

23 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/112, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

24 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/113, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

De nuevo el ECOSOC, por medio de su resolución 2002/12,[25] adoptó los *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal*. En este documento recalca que la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.

Siguiendo con el desarrollo normativo de los instrumentos de *soft law* y reconociendo la necesidad de establecer reglas de alcance mundial con respecto a consideraciones específicas que deberían aplicarse a reclusas y delincuentes, la AGNU aprobó las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes* o "Reglas de Bangkok".[26]

La primera parte de las reglas establece criterios de aplicación general como es el ingreso, registro, lugar de reclusión, higiene personal, servicios de atención de salud, seguridad y vigilancia, contacto con el mundo exterior, el personal penitenciario y su capacitación, y reclusas menores de edad. La segunda parte establece reglas aplicables a categorías especiales: a) reclusas condenadas, y b) reclusas en prisión preventiva o en espera de juicio.

En cada categoría a su vez se analiza la situación de las reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel; extranjeras; grupos minoritarios y pueblos indígenas. La tercera parte incluye reglas relativas a medidas no privativas de la libertad. Mientras que la última parte establece reglas sobre la investigación, planificación, evaluación y sensibilización pública.

Para 2010, la AGNU hizo suya la *Declaración de Salvador*,[27] aprobada por el 12° Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal. En dicha Declaración, los Estados reconocieron que un sistema de justicia penal, eficaz,

---

25 Consejo Económico y Social. Resolución 2002/12, aprobada el 24 de julio de 2002.

26 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 65/229 aprobada el 21 de diciembre de 2010.

27 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 65/230, aprobada el 21 de diciembre de 2010.

justo y humano se basa en el compromiso de proteger los derechos humanos en la administración de justicia y en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia.

De igual forma, se reconoció que los sistemas penitenciarios son un elemento principal del sistema de justicia penal y destacó la necesidad de reforzar las medidas sustitutivas del encarcelamiento, entre ellas el servicio comunitario, la justicia restaurativa y la vigilancia electrónica; así como el apoyo a programas de rehabilitación y reinserción, como los destinados a corregir las conductas delictivas y los programas de educación y formación profesional para reclusos.

Los Estados se comprometieron a procurar el uso de las reglas y normas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos como fuente de orientación para elaborar o actualizar sus códigos nacionales de administración penitenciaria.

Por último, pero desde luego con una gran notoriedad, la Asamblea General, por medio de su resolución 70/175[28] adoptó las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, también conocidas como "Reglas Nelson Mandela".

Estas reglas sirven para enunciar los principios y prácticas que se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria, partiendo de conceptos generalmente aceptados y de elementos esenciales de los sistemas contemporáneo más adecuados.

Las *Reglas Nelson Mandela* constituyen una revisión[29] de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas en la década de los cincuenta y constituyen un homenaje al legado de Nelson Rolihlahla Mandela, quien pasó 27 años encarcelado durante su lucha por los derechos humanos, la igualdad y la democracia. Han sido reconocidas como los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad.[30]

---

28 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015.

29 Cerca del 35% de las reglas fueron revisadas con dicha actualización.

30 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Las Re-

Cabe destacar que la AGNU, por medio de la resolución 67/166,[31] reconoció la importancia del principio que, a excepción de aquellas restricciones legales que sean fehacientemente necesarias en razón de la encarcelación, las personas privadas de libertad deben conservar sus derechos humanos inalienables y todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales.

Dicha resolución sirvió también para recordar que la rehabilitación social y la reintegración en la sociedad de las personas privadas de libertad debe ser uno de los objetivos esenciales del sistema de justicia penal, garantizando, en la medida de lo posible, que los delincuentes puedan llevar una existencia respetuosa y autónoma de la ley cuando se incorporen de nuevo a la sociedad.

De forma reiterada, la AGNU hace referencia a dichos principios en sus resoluciones tituladas "Los derechos humanos en la administración de justicia".[32] En su última resolución sobre la materia,[33] la AGNU reconoció que el recurso excesivo al encarcelamiento constituye una de las principales causas del hacinamiento carcelario y reiteró que el sistema penitenciario debe ofrecer la posibilidad de la reforma y la rehabilitación social de quien haya delinquido en todos los casos que proceda.

Subrayó también que, en el caso de las personas en situación de vulnerabilidad o marginadas, los prejuicios y la discriminación en la administración de justicia pueden dar lugar a un recurso excesivo al encarcelamiento de esas personas y a que estén excesivamente representadas en todo el sistema de justicia penal.

---

glas Nelson Mandela). Un modelo actualizado para la gestión penitenciaria en el siglo XXI.

31 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 67/166, aprobada el 20 de diciembre de 2012.

32 Asamblea General de Naciones Unidas. Resoluciones 69/172, 71/188, 73/177 y 75/185. Anteriormente, bajo el mismo título había adoptado las resoluciones 44/162, 45/166, 46/120, 48/137, 50/181, 52/124, 54/163, 56/161, 58/183, 60/159, 62/158, 65/213 y 67/166.

33 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 77/219, Los derechos humanos en le administración de justicia, aprobada el 15 de diciembre de 2022.

La AGNU reafirmó que nadie debe ser privado de su libertad de manera ilegal o arbitraria, observando que toda privación de la libertad debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) también ha seguido la práctica de adoptar resoluciones en la materia, estas tituladas "Los derechos humanos en la administración de justicia, incluida la justicia juvenil",[34] en las que ha indicado también que exceptuando las restricciones legítimas que sean evidentemente necesarias en razón del propio encarcelamiento, las personas privadas de libertad conservan sus derechos humanos inalienables y todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales.

## IV. Conclusiones

La normatividad internacional en la materia coincide con el abordaje que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Amparo en revisión 1219/2016) al considerar que la pena privativa de libertad afecta inherentemente otros derechos —además de la propia libertad— a pesar de que el objetivo de la pena sea la reinserción social.

En este sentido, hemos podido observar cómo se consideran ciertos derechos que son suspendidos (derecho de libertad); otros derechos que no pueden ser objeto de suspensión (derecho a la vida digna); y otros derechos que pueden ser restringidos (derecho a la familia).

Independientemente de lo anterior, las personas privadas de libertad tienen derecho a vivir en condiciones de dignidad y corresponde al Estado garantizar ese derecho.

Lo que corresponderá analizar, en cada caso concreto, será si las restricciones a los derechos de las personas privadas de libertad resultan razonables y necesarias; es decir, que pasen por un

[34] Consejo de Derechos Humanos. Resoluciones 30/7, aprobada el 1 de octubre de 2015; 36/16, aprobada el 29 de septiembre de 2017, y 42/11 aprobada el 26 de septiembre de 2019.

ejercicio argumentativo, pues, de lo contrario, podría anularse o limitarse su goce en grado tal que resulte inconstitucional.

En este sentido, como bien indica el Comité de Derechos Humanos[35] respecto a la posibilidad de privar el voto a los ciudadanos: "los motivos para privarles de ese derecho deben ser objetivos y razonables. Si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el período de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena. A las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar".

Por ello, como cuando se analiza cualquier restricción a un derecho humano, debemos partir de la base de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad; para ello, nunca debemos perder de vista que, cuando hablamos de la finalidad de privación de la libertad, esta es alentar su readaptación social.

## Referencias

### Tratados Internacionales

Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de su Familia.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### Instrumentos Internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas. Los derechos humanos en la administración de justicia, XXVI periodo de sesiones, 20 de diciembre de 1971.

[35] Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 25, La participación en los asuntos públicos y el derecho al voto, párr. 14.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 37/194, aprobado el 18 de diciembre de 1982.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 40/33, aprobada el 29 de noviembre de 1985.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 43/173, aprobada el 9 de diciembre de 1988.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/110, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/111, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/112, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 45/113, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 65/229 aprobada el 21 de diciembre de 2010.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 65/230, aprobada el 21 de diciembre de 2010.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 67/166, aprobada el 20 de diciembre de 2012.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015.

Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1134/2002, *Gorji-Dinka c. Camerún,* dictamen aprobado el 17 de marzo de 2005.

Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1422/2005, *Edriss El Hassy c. Libia,* dictamen aprobado el 24 de octubre de 2007.

Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1640/2007, *El Abani c. la Jamahiriya Árabe Libia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2010.

Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 1863/2009, *Bahadur Maharjan c. Nepal,* dictamen aprobado el 19 de julio de 2011.

Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 3736/2020, *Mukadder Alakus c. Turquía,* dictamen aprobado el 26 de julio de 2022.

Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 21, Trato humano de las personas privadas de libertad, 44° periodo de sesiones, 1992, p. 10.

Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 25, La participación en los asuntos públicos y el derecho al voto.

Comité de los Derechos del Niño. Observación general núm. 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, 2019, observación que sustituye a la núm. 10, 2007.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observación general núm. 2, 28 de agosto de 2013.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

Consejo Económico y Social. Resolución 1984/47, aprobada el 25 de mayo de 1984.

Consejo Económico y Social. Resolución 2002/12, aprobada el 24 de julio de 2002.

Consejo Económico y Social. Resolución 663C (XXIC) aprobó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, 31 de julio de 1957.

# Derechos humanos de las mujeres en prisión y su alcance en las infancias y adolescencias

*Carolina del Ángel Cruz**

*"Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad"*

Nelson Rolihlahla Mandela

Sumario: I. Introducción. II. La naturaleza punitiva de la privación de la libertad y su consecuencia en el sistema penitenciario y en el concepto de dignidad: ¿castigo o readaptación social? III. Las mujeres en prisión: castigo y olvido. IV. Infancias y adolescencias: víctimas inocentes de la situación en prisión de sus madres. V. Una propuesta de amnistía. Referencias.

## I. Introducción

Hace apenas poco más de una década que la Constitución mexicana mandata a todas las autoridades que sus actuaciones tengan como parámetro de origen, el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, quizá por lo reciente de la disposición; quizá porque no existe el andamiaje jurídico necesario o, quizá porque la propia sociedad aún no naturaliza esta forma de entender al ser

* Consejera del Instituto Electoral de la Ciudad de México. Feminista. Abogada, psicóloga, especialista en Justicia Electoral, maestra en Derecho Electoral y doctorante en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Catedrática en la FES Aragón de la UNAM.

humano, como sujeto de dignidad, aún no podemos decir que la disposición constitucional sea una realidad material.

Cabe mencionar, como antecedente, que, en nuestro territorio, durante la época prehispánica, la privación de la libertad no era una sanción *per se*, sino el paso previo a una pena mucho más dura, como la esclavitud, el sacrificio o el destierro; es decir, se trataba de un tipo de prisión preventiva.

Fue hasta la época colonial, con las Leyes de Indias, que el régimen penitenciario se arraiga en nuestras tierras. Lamentablemente, desde su establecimiento, se concibe a la prisión como un castigo, olvidando en los hechos, la necesidad de rehabilitación y reinserción social.

Cualquier diálogo que tenga como tema central a las personas en prisión, por propia naturaleza, entraña la ineludible necesidad de hacerlo con perspectiva de derechos humanos, esto ha sido así incluso, desde antes de que fuera acuñado el concepto de los derechos fundamentales; y como ejemplo, podemos mencionar que ya en 1899, León Tolstoi, en su novela "Resurrección", hacía el cuestionamiento acerca del "por qué unas personas se creen con el poder, los motivos y la razón para encarcelar a otras personas".

De igual manera, Carnelutti en su texto "Las miserias del proceso penal", publicado en 1957, puso énfasis en el hecho de que, una persona puede ser rechazada a primera vista o socialmente por ser delincuente y, sin embargo, puede generar al mismo tiempo un sentimiento de compasión al momento de ser apresada; en el momento preciso en el que se le ponen unas esposas o es sometida por la fuerza pública que lo presentará ante la justicia. Ese sentimiento, esa compasión, es la que antecede a lo que sabemos inevitable: el cambio de condición de vida de una persona al momento de ingresar a prisión.

Sin duda, nuestra sociedad y su concepción de castigo "a quien se porta mal", ha hecho de la cárcel, el lugar en donde se cumple ese terrible castigo, y por ello, se ha llegado a justificar que la gente que en ella ingresa, sea merecedora del olvido y el desprecio, pues al haber infringido las normas, ha perdido su valor humano y, en consecuencia, su dignidad.

Se trata pues de una temática delicada y compleja, características que se vuelven mucho más visibles cuando hablamos de mujeres en prisión y de las infancias y adolescencias que, como consecuencia de los roles de género, son quienes terminan siendo víctimas de la situación de sus madres en prisión.

La realidad de las mujeres en prisión es que, además de soportar la pena carcelaria, tienen a cuestas un severo juicio social por no haber sido lo que la sociedad esperaba de ellas al haber nacido mujeres. Ello se debe a la ausencia de la perspectiva de género que es apreciable, por ejemplo, en el hecho de que 8 de cada 10 mujeres en prisión no reciben visitas.[1]

Y esta falta de perspectiva de género es replicada también por el Estado, quien no cumple con las necesidades básicas de las mujeres en reclusión, por poner un ejemplo, en la mayoría de las entidades federativas no existe presupuesto para la adquisición de insumos para su periodo menstrual. Esa es la realidad de las mujeres en prisión, la que, por la perpetuación de roles y estereotipos de género, alcanza a seres inocentes: su decendencia menor de edad.[2]

En este breve ensayo, justamente, se pretende hacer un recuento de algunas situaciones que viven las mujeres en prisión y cómo afecta a sus hijos e hijas que no alcanzan aún la mayoría de edad, concluyendo con una propuesta de amnistía, fundamentada en un modelo recientemente aprobado en Colombia. Para ello, y de inicio, se presenta un análisis del sistema penitenciario en México y su relación con los derechos humanos y la dignidad inherente a ellos.

## II. La naturaleza punitiva de la privación de la libertad y su consecuencia en el sistema penitenciario y en el concepto de dignidad: ¿castigo o readaptación social?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciem-

[1] Ancira, Daniela, *et al., Acusáis a la mujer sin razón,* México, Aguilar Ideas, 2023, p. 14.

[2] *Idem.*

bre de 1948, en la ciudad de París, Francia, es un parteaguas en la conceptualización de la humanidad, pues con ella se determinan los parámetros mínimos que deben proteger a todas las personas del orbe. Desde su adopción, ha inspirado la expedición de múltiples herramientas de carácter mundial y regional.

Esta nueva forma de socialización mundial trajo consigo la adopción jurídica del concepto de dignidad humana, entendiendo este como el valor intrínseco a las personas por el simple hecho de existir, que no depende de ninguna otra característica, y que permite a las personas explotar sus capacidades para desarrollarse adecuadamente. La dignidad humana es irrenunciable e inalienable al ser el eje toral de los derechos humanos.

En ese contexto, los derechos humanos —y su inherente dignidad humana— son de carácter universal, es decir, corresponden a todos y cada uno de los seres humanos en cualquier situación que estos se encuentren. Así, no podemos perder de vista que, en el caso de las personas que se encuentran privadas de su libertad, el Estado detenta una obligación específica y diferente derivada de la imposibilidad de aquellas para satisfacer por sí mismas sus necesidades, ni siquiera las mínimas.

En ese orden de ideas, cometer un delito no debe ser, de ninguna manera, el motivo de la cancelación o pérdida de los derechos humanos (ello sería imposible), pues el aislamiento social consecuencia de una pena, tiene como finalidad preservar el tejido social, en tanto que, la persona que delinquió adquiera las herramientas necesarias para su readaptación social, es decir, el confinamiento carcelario no solo debe ser considerado un castigo, sino una medida que pretende una adecuada reinserción social.

En ese sentido entonces, al emplear el encarcelamiento como castigo por haber agraviado a la sociedad (realidad innegable), se debe tener presente que, incluso en esa condición, las personas que delinquieron siguen siendo seres humanos, y que, la clave de su reinserción depende no solo de pagar una condena para reparar la falta cometida, sino además de poder tener más y mejores opciones una vez reinsertadas en la sociedad.

Lamentablemente, diversos factores negativos del sistema penitenciario (como corrupción, sobrepoblación, hacinamiento,

falta de presupuesto, autogobierno, entre otras), han propiciado que, lejos de readaptarse, las personas que entran a una prisión fortalezcan sus resentimientos sociales y, en consecuencia, haya una negación al aprendizaje y a la readaptación social, ya sea de manera consciente o inconsciente. Así, cabe preguntarnos, ¿cómo puede una persona reintegrarse a una sociedad que la estigmatiza y la rechaza?

Una de las medidas utilizadas para tratar de aminorar esta problemática es la división de las personas en las prisiones por motivos diversos. Ya en 1840 se decretó que las cárceles se dividieran en departamentos para incomunicados, detenidos y sentenciados; y en 1843 se determinó que se dispusieran lugares separados para detención y para prisión.

En contraste, el Código Penal Federal de 1871, conocido como "Código Martínez de Castro" utilizó el término "prisión", y determinó que esta era individual, es decir, las personas estaban separadas e incomunicadas, y únicamente se les permitía la comunicación con otras personas capaces de instruirlos en su religión y en la moral.

En la actualidad, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —el cual refiere al sistema penitenciario— señala que las prisiones deberán dividirse por diversas características: por situación jurídica, por sexo, por edad y por régimen de vigilancia.

Por su situación jurídica, las personas en prisión preventiva (las que están siendo procesadas) deberán estar en un sitio distinto al que está designado para las personas que se encuentran cumpliendo su pena. A pesar de ello, es del dominio público que esta disposición solo es una ilusión, pues en las prisiones conviven personas de las que aún se presume su inocencia con las personas que han sido declaradas culpables.

En cuanto hace a su sexo, el artículo en comento menciona que las mujeres compurgaran sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Por lo que hace al régimen de vigilancia, se establece que para la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada

se destinarán centros especiales. Al respecto, el precepto constitucional mencionado contempla la restricción de las comunicaciones de personas inculpadas o sentenciadas por delincuencia organizada, salvo en el acceso a quien ejerza su defensa.

En lo relativo a la edad, el precepto constitucional mencionado refiere que deberá establecerse un sistema integral de justicia para las adolescencias (entre 12 y 17 años cumplidos), estipulando además que las personas menores de 12 años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, solo podrán ser sujetos de asistencia social.

Es indudable que la prisión en un escenario en el que se evidencia lo crítico de los derechos humanos, pues es en esa condición en donde se ha vulnerado uno de los derechos humanos más preciados: la libertad en todos los aspectos. Por ello, no podemos dejar de enfatizar que ese "castigo jurídico" se agrava por el castigo de facto que representa la sobrepoblación, el hacinamiento, los malos tratos, la corrupción, entre muchos otros factores.

Así, por lo que hace al tema de la visión de la prisión como un castigo, el mencionado "Código Martínez de Castro" (1871) determinaba que, a partir de su conducta, a las personas en prisión les fueran impuestos castigos o se les otorgaran premios.

Por tanto, si bien es cierto la pena de la prisión es un escarmiento social que sirve como admonición, esta función no deja de ser una medida represiva, por lo que cabe analizar si en realidad es necesario que la pena sea un ejemplo para las demás personas, aunque ello signifique la vulneración de los derechos humanos más básicos.

Podemos apreciar entonces una clara contradicción entre la prevención y la represión que, en el contexto penitenciario, se sale de control, lo que genera violación de los derechos fundamentales; así pues, debemos analizar la falta de conciliación entre estas dos circunstancias: si la pena debe ayudar a la persona sentenciada, o si debe ayudar a la ciudadanía en general.

Como podemos ver, la sociedad ha aceptado la privación de la libertad como pena, en parte como un avance humanitario si se compara con las penas impuestas en otros momentos de la historia, pero ello implica una falsa premisa, pues en la realidad,

y dadas las condiciones de las prisiones, la pena privativa vulnera derechos humanos y en poco o nada abona a la reinserción social, que debiera ser la única meta del sujetar a las personas a situación de prisión.

Así, existen innumerables casos de personas condenadas que pueden redimirse antes del término de su condena, pero que continúan en prisión por la entendida necesidad de servir como ejemplo a la sociedad para que no delinca.

Al respecto, la Comisión de Derechos Humanos ha señalado que es indispensable generar una reflexión colectiva sobre el alcance de la prisión como sanción, pues esta medida se vuelve negativa con visiones y narrativas criminalizantes, se genera apología de penas elevadas, y comete el error de no contemplar en primera instancia otras opciones de sanción que podrían contribuir a la reparación del daño de las víctimas y a la readaptación social.[3]

En efecto, el objetivo de la pena privativa de la libertad consistente en la readaptación social tiene muchas aristas, por ejemplo, el artículo 18 constitucional refiere que las personas sentenciadas podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social, situación que no aplica en los casos de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Pero entonces, ¿por qué la pena de privación de la libertad no está sirviendo a su objetivo de readaptación social? La respuesta es que el encarcelamiento, al ser en sí mismo una situación que vulnera la dignidad humana se agrava con la violación de los derechos humanos en una interacción en la que, algunas personas, tienen el anhelo de la libertad, en tanto que otras, hacia la resignación de no volver a obtenerla, ello de la mano del olvido al que se somete a las personas que se considera "merecen" no tener libertad, lo que genera sin duda, condiciones poco o nada óptimas para el desarrollo humano.

[3] Comisión Nacional de Derechos Humanos, Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2022, México, CNDH, 2022, p. 16.

Hagamos un poco de remembranza. En los años de 1935 y 1952 se realizaron un par de congresos penitenciarios, en los cuales se concluyó que los edificios carcelarios no tenían las características apropiadas, y que esos espacios se encontraban sobrepoblados y además existía corrupción.

En 1971 fue expedida la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, en la cual se especificaba que dicha readaptación se obtendría sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

En el año de 2004, la Organización de las Naciones Unidas, en la publicación del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,[4] refirió que en las prisiones de México subsiste en gran medida el hacinamiento, la corrupción, los castigos ilegales, la falta de fuentes de trabajo, las condiciones de vida subhumanas (en materia de comida, alojamiento, servicios mínimos) la violencia y la falta de trabajo, estudio y capacitación. El mismo documento refiere que, especialmente, dura e indigna resulta la vida de las mujeres en reclusión.

Esta realidad es innegable, y en el caso de la Ciudad de México, como ejemplo, mencionaremos que, en enero de 2018, el entonces subsecretario de Sistema Penitenciario en la capital del país, declaro:

> Después de 30 años [...] el hacinamiento, corrupción, violación de derechos humanos, falta de recursos y pérdida de credibilidad siguen siendo los principales problemas de los centros de reclusión que, tal y como están, ya no cumplen con su misión de readaptar [...]. Se tienen que revalorar los esquemas tradicionales de tratamiento de readaptación. Lo que necesitamos generar es un ambiente sano, donde no prevalezca la ley del más fuerte, sobre la base elemental de los derechos humanos.

No en balde el artículo 18 constitucional inicia mencionando que "el sistema penitenciario se organizará sobre la base del res-

[4] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México 2003, México, 2004, p. 19.

peto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley".

No obstante, es innegable que la sociedad ha concebido de manera diferente a la prisión, y creemos equivocadamente que al tratarse de un espacio en donde el Estado ingresa a las personas que han cometido un delito, como por arte de magia, en él se realizará un cambio radical simplemente porque se les ha aislado y apartado de la sociedad; sin analizar que en ese lugar se hace más evidente la desigualdad, la injusticia, la violencia, la ausencia de oportunidades y muchos otros aspectos negativos que, lejos de readaptar, incrementan el rencor, lo que puede ser un motivo para volver a delinquir.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, en su Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2022, menciona que:

> Seguir invisibilizando las graves problemáticas que enfrenta gran parte del sistema penitenciario en nuestro país, como son: la sobrepoblación, el autogobierno y/o cogobierno, el hacinamiento, la insuficiencia del personal de seguridad, la falta de supervisión de las personas titulares, la indebida o ineficiente clasificación de las personas, constituyen alarmas que requieren atención primordial, que de no observarse continuaran generando graves efectos, que vulneran y ponen en riesgo, no solo la seguridad de los centros, sino la vida de quienes viven y trabajan en ellos, así como la paz social.[5]

Lamentablemente, las medidas que se han tomado no son suficientes para garantizar la readaptación social y el respeto a los derechos humanos de las personas en prisión. Por tanto, esta es sin duda alguna, una enorme deuda que tenemos como sociedad.

El sistema penitenciario debe salvaguardar la dignidad y el respeto a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, lo que atraviesa diversos aspectos, tales como el espacio arquitectónico, las actividades que se realizan al interior, la

[5] Comisión Nacional de Derechos Humanos, Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2022..., *cit.,* p. 12.

correcta administración de los centros penitenciarios, entre muchos otros. Es indispensable comprender que la prisión como pena no debe en ningún caso generar mayor sufrimiento que el que ya implica la propia privación de la libertad, pues como se ha mencionado ya en varias ocasiones, el objetivo principal debe ser la readaptación social.

## III. Las mujeres en prisión: castigo y olvido

Como ya señalamos, las mujeres se encuentran en un alto nivel de olvido en el sistema penal y penitenciario, lo cual, además, se ve repicado en la doctrina al respecto, pues existen muy pocos estudios o publicaciones que evidencien lo que se está constatando de manera empírica, aunque estas han ido incrementando en los últimos años. En efecto: las prisiones son espacios creados por hombres y para hombres, por lo que carecen de perspectiva de género.

Aunque la bibliografía que aborda el tema es poca, existe la suficiente para realizar análisis y reflexión al respecto, vale la pena mencionar que, de acuerdo con la investigación denominada *Mujeres en Contextos de encierro en América Latina,* se debe hacer una clara distinción de cuatro aspectos desde los cuales se analiza a las mujeres en las prisiones: a) a partir de la conducta delictiva cometida; b) a partir del entorno de socialización que las llevó a esa situación; c) a partir de sus características sociodemográficas, y d) a partir del contexto socioeconómico previo a su detención.[6] Analicemos uno a uno.

a) A partir de la conducta delictiva cometida.

   El estudio al que se alude pone en evidencia que la conducta delictiva de las mujeres es diferente a la de los hombres, pues las primeras infringen, principalmente, nor-

[6] Safranoff, Ana y Tiravassi, Antonella, *Incarcerated Women in Latin America, Characteristics and Risk Factors Associated whit Criminal Behavior*, 2018, p. 6, *https://publications.iadb.org/publications/english/viewer/Incarcerated-Women-in-Latin-America-Characteristics- and-Risk-Factors-Associated-with-Criminal-Behavior.pdf*

mativa penal relacionada con las drogas, además de que la reincidencia es menor y el inicio de la carrera delictiva se da en forma tardía; además de que los delitos por los que son sentenciadas se ejecutan con menos violencia que los cometidos por los hombres.

b) A partir del entorno de socialización.

Sobre este aspecto, la mayoría de las mujeres privadas de la libertad tuvieron una infancia difícil, en la que no encontraron afecto, oportunidades y cuidados. Sin embargo, esta situación hay que analizarla a la luz de la perspectiva de género, pues también es cierto que los varones recluidos, en su mayoría, tuvieron las mismas condiciones en la infancia, sin embargo, la socialización patriarcal hace que esta situación afecte más el desarrollo de las mujeres que el de los hombres. De cualquier manera, vale la pena destacar que el estudio al que nos referimos en estos párrafos menciona que "el perfil promedio de la población reclusa femenina está representado por mujeres que han crecido en ambientes social y económicamente desfavorecidos y vulnerables que pertenecen a grupos familiares extensos y desestructurados y/o con antecedentes penales y/o toxicológicos [...]"

c) A partir sus características sociodemográficas.

Al respecto, se menciona que si bien es cierto la mayoría de las mujeres privadas de su libertad son poco educadas académicamente, también lo es que, en términos relativos, ellas tienen mayor formación que los hombres. También es de destacarse que existen más reclusas que reclusos de nacionalidad extranjera en las prisiones.

En este aspecto, y de mayor relevancia para este ensayo, es donde se menciona que la proporción de mujeres en prisión que declaran tener descendencia es mayor a la de los hombres, aunado a que una gran cantidad de ellas es, además cabeza de familia monoparental, y en consecuencia, es sobre ellas quien recae la responsabilidad de la crianza, la manutención y la unidad familiar. Al respecto, se ha detectado que, de manera frecuente, los delitos

cometidos por ellas están relacionados con esas responsabilidades, y en algunos casos, de entre las que si tienen pareja, ese vínculo las lleva a cometer delitos en los que participan para encubrir o ser cómplices a sus parejas, situación que no acontece con los hombres.

d) A partir del contexto socioeconómico previo a su detención.

Sobre este rubro, los datos analizados por el estudio al que se hace referencia confirman que las mujeres se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad, pues, por lo que hace a su situación laboral, en comparación con los hombres, son más las mujeres que no contaban con un trabajo formal y remunerado al momento de su detención; y ello se constata si analizamos a nivel mundial el grado de desempleo de las mujeres. Así pues, el estudio señala que la mayoría de las mujeres en prisión son pobres y económicamente marginales, desempleadas, con ínfima cualificación profesional y/o experiencia laboral, lo que sin duda repercute, incluso, en la labor de readaptación social.

Así pues, como vimos en el apartado anterior, la vida en reclusión está plagada de complicaciones que hacen difícil el desarrollo humano de las personas que se encuentran en las cárceles compurgando una pena. Vimos también que la sociedad castiga severamente a quienes consideramos "se lo merecen", en un sentimiento de enojo e incluso de venganza, sin embargo, esta situación tiene un sesgo negativo cuándo de mujeres se trata.

Como venimos analizando en este apartado, el sistema de justicia, igual que la sociedad, es patriarcal, y castiga más a las mujeres, por el simple hecho de ser mujeres, porque sin decirlo, la sociedad las castiga por no ser "buenas mujeres", por salirse del estereotipo de género que exige de las mujeres abnegación y sumisión, que exige a las mujeres no comportarse como si le es permitido, hasta cierto punto, a los hombres.

Las mujeres representan el 5.7% del total de la población penitenciaria en México, y sin embargo, suelen tener las penas más altas por los mismos delitos en comparación con los hombres.

Como ejemplo mencionaremos el filicidio, para el cual la pena más alta para los hombres es de 50 años, y para las mujeres es de 95; este ejemplo evidencia que a las mujeres se les castiga por el delito, pero además por no ser la madre que se espera sea, a partir de los roles y estereotipos de género.

Por lo que hace a la prisión preventiva, también se nota un sesgo perjudicial para las mujeres: 47% de las mujeres en prisión no han recibido una sentencia, en contraste con el 37.4% de los hombres en la misma situación.

Otra realidad es que 8 de cada 10 mujeres en prisión no reciben visitas, lo que implica olvido, pero también la ausencia del apoyo emocional y social, aspectos indispensables para mantener la cordura y la estabilidad en una situación ya complicada de por sí. Por supuesto, por ese motivo carecen también de apoyo económico que les permita solventar sus gastos más indispensables.

En las prisiones existen actividades de capacitación para el trabajo, pero ahí también se reproducen las desigualdades que derivan de los roles y estereotipos de género, lo que tampoco facilita la independencia económica de las mujeres.

Podemos decir que las mujeres en prisión están compurgando un doble castigo: el primero por el delito que cometieron, y el segundo, aún más indignante y severo, el que les impone la sociedad por no haber sido lo que se esperaba de ellas, por haber "fallado como mujeres".

Ante esta realidad, en el 2015, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en su "Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las Mujeres Internas en los Centros de Reclusión de la República Mexicana", hizo un llamado a las autoridades para:

> [...] diseñar políticas públicas encaminadas a mejorar el sistema y la infraestructura penitenciaria nacional con un enfoque de género, a efecto de que la reclusión de las mujeres se lleve a cabo en inmuebles separados a los que ocupan los hombres; separar a las internas sentenciadas de las procesadas; edificar locales y/o establecimientos con instalaciones apropiadas para la atención médica, espacios que permitan el desarrollo infantil y propicios para el tratamiento de las mujeres, tomando en cuenta sus necesidades específicas; así como para que, tanto ellas como sus hijos que conviven con ellas,

> reciban un trato respetuoso y digno, de acuerdo con la condición de su género, atendiendo a sus necesidades de salud, educación, capacitación, trabajo productivo y remunerado, así como actividades deportivas, entre otras.[7]

También resulta revelador un análisis sobre el tipo de delitos por los que las mujeres son privadas de su libertad. Un estudio realizado en 2018, sobre la situación de mujeres encarceladas en ocho países de América Latina,[8] nos arroja que ellas rara vez cometen delitos violentos, y muchas veces están reclusas por delitos de crimen organizado, en dónde ellas son "carne de cañón" y muy rara vez ocupan un espacio de toma de decisiones en las organizaciones delictivas.

El impacto diferenciado de las mujeres frente al de los hombres en prisión no debe ser subestimado y, por el contrario, debe ser motivo de análisis con perspectiva de género. Las mujeres suelen sufrir violencia —incluida la sexual— desde su arresto y durante todo el tiempo que dura su privación de la libertad.

Esa distinción no implica que cerremos los ojos a que también los hombres sufren condiciones infrahumanas en prisión (ya hablábamos en el apartado anterior de hacinamiento, sobrepoblación, autogobierno y tortura), sin embargo, las mujeres encarceladas se enfrentan a situaciones aún más complejas, pues, como ya mencionamos, viven en espacios diseñados por y para hombres, a menudo no tienen acceso a productos de higiene personal e íntima, y ni hablar de la salud y las revisiones ginecológicas, que rara vez se atienden de manera adecuada en las prisiones. A eso, como ya hemos señalado, se debe sumar que muchas mujeres, incluso, no cuentan con apoyo familiar.

Para concluir este apartado, es adecuada una reflexión: si bien es cierto el porcentaje que las mujeres representan del total del sistema penitenciario en México es considerablemente menor al de

---

7 Comisión Nacional de Derechos Humanos, Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las Mujeres Internas en los Centros de Reclusión de la República Mexicana, México, 2015, p. 2. *www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2015_IE_Mujer- esInternas.pdf*

8 Safranoff, Ana y Tiravassi, Antonella, *op. cit*., p. 18.

los hombres (poco menos del 7% para las primeras y poco más del 93% para ellos), eso no justifica en modo alguno, la ausencia de perspectiva de género en todos los aspectos de la vida dentro de prisión, por lo que se requiere presupuesto y condiciones especiales para el respeto de la dignidad y los derechos humanos de las mujeres que se encuentran en situación de prisión; pues es innegable que el funcionamiento y administración de los centros de reclusión es predominantemente androcéntrico.

## IV. Infancias y adolescencias: víctimas inocentes de la situación en prisión de sus madres

A las niñas, niños y adolescentes que tienen a su padre o a su madre (o en ocasiones, a ambas figuras) compurgando una pena privativa de la libertad, también les alcanza de manera indirecta la sanción de sus progenitores; y ante una sociedad patriarcal que recarga la crianza en las mujeres, la descomposición familiar es terrible cuando la encarcelada es la madre de familia.

En efecto, las consecuencias negativas para las familias son maximizadas por la reclusión de las mujeres, pues muchas veces, además de ser madres, son el sustento familiar, cuidadoras de personas mayores o de personas enfermas o con discapacidad.

Al respecto, vale la pena traer a este ensayo los resultados que arrojó la investigación denominada "Mujeres en Contextos de encierro en América Latina, Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos", realizado en 2018, el cual señala que, en América Latina, hay alrededor de 2 millones de niñas, niños y adolescentes con madres o padres en prisión. El documento aquí citado nos presenta un doloroso relato del cómo las y los menores de edad, siendo completamente inocentes, sufren una mayor pobreza y violencia, deficiencias educativas, problemas de salud, estigma y discriminación debido al encarcelamiento de sus progenitores.[9]

Y el impacto diferenciado no concluye con el excarcelamiento de las mujeres, pues estas enfrentan mayores obstáculos al in-

[9] *Idem.*

tentar reconstruir sus vidas tras haber estado en prisión, pues no solo es encontrar una forma de sustento económico con el estigma de los antecedentes penales, sino reincorporarse a los cuidados asignados a las mujeres por los roles y estereotipos de género, lo que no siempre resulta fácil, sobre todo con criaturas que ya no reconocen en ellas a una figura de autoridad. Más aún, en muchas ocasiones deben, incluso, iniciar controversias jurídicas para recuperar su custodia, normalmente con todo en su contra. Esto sin duda, afecta a las mujeres, pero principalmente, afecta la educación y, en consecuencia, el desarrollo psicosocial de las niñas, niños y adolescentes.

En los siguientes dos apartados haremos un análisis de niñas, niños y adolescentes cuya madre se encuentra recluida, ello desde dos perspectivas diferentes: las infancias que viven en prisión con sus madres y las infancias y adolescencias fuera de prisión, pero cuya madre se encuentra privada de la libertad.

### 4.1. Infancias que viven en prisión

Es un hecho innegable que la prisión de ninguna manera es un lugar para bebés, para niños o para niñas, y sin embargo, a partir de la concepción de la prisión como una consecuencia a la comisión de delitos, ha sido necesario conciliar esa realidad con otra igual de innegable: el derecho de las infancias a una educación en la que se encuentren presentes sus progenitores; y ello de la mano con la obligación implícita que la sociedad patriarcal recarga sobre las mujeres en el cumplimiento de las obligaciones que devienen del respeto a ese derecho inherente a las infancias.

Así pues, las niñas y los niños que viven con sus madres en prisión son otros grandes olvidados del sistema penitenciario, pues si las cárceles no están diseñadas para las mujeres (como ya hemos analizado), mucho menos lo están para las infancias.

En efecto, niñas y niños que viven en prisión con sus madres duermen en las mismas camas que ellas, y padecen, en términos generales, las mismas condiciones de hacinamiento; además de que se encuentran en constante exposición a situaciones completamente negativas para su desarrollo, tales como la existencia

de sustancias psicoactivas, la violencia que genera el encierro y la falta de empatía en general por tratarse de espacios pensados para personas adultas.

En México ponemos como ejemplo la cárcel de Santa Martha, en la capital del país, en donde las niñas y los niños con madres en prisión pueden estar con ellas hasta que cumplen los 3 años de edad, y por solicitud de ellas, puede ser hasta los 5 años de edad. Al menos en este penal, se intenta que las condiciones de las infancias sean lo más adecuadas posibles y, por ejemplo, mencionaremos que se estableció un Centro de Desarrollo Infantil (CENDI)[10] en igualdad de condiciones de esos establecimientos en el exterior; sin embargo, el material didáctico utilizado en ellos es, en su mayoría, donado por particulares.

El hecho de que la educación preescolar de las infancias que conviven con sus madres en prisión sea en un CENDI es con la intención de apartarlo —física y conceptualmente— del espacio de la prisión, ello con la finalidad de no estigmatizar a las infancias, por lo que en ningún expediente aparece que su preescolar fue dentro de prisión.

Sin embargo, un rasgo general en las prisiones en donde las infancias conviven con sus madres es el relativo a que aquellas están marcadas por la precariedad; y pocas prisiones cuentan con áreas de juego y recreación para menores, y por lo tanto, crecen naturalizando el vivir dentro de paredes grises.

Para concluir este apartado, mencionaremos que, de acuerdo con datos de la Encuesta Nacional de la Población Privada de la Libertad (ENPOL 2021) 86% de las niñas y niños que viven con sus madres en prisión no tiene acceso a ropa ni calzado adecua-

[10] Los CENDI brindan la prestación del servicio educativo a través de Organismos Públicos y Privados. El servicio que proporcionan se organiza promoviendo competencias básicas en el alumnado menor de 6 años de edad, agrupados en secciones de lactantes, maternales y preescolares. Actualmente en cada centro labora un grupo multi e interdisciplinario de personas dedicadas a atender una parte específica del servicio que se presta, sensibilizando a los padres y las madres de familia y comunidad, sobre la importancia de su participación en el desarrollo y la formación de los niños y las niñas.

do, y 71% de sus madres han tenido que pagar por contar con los medicamentos para el cuidado de su salud.

### 4.2. Infancias y adolescencias con madres en prisión

Como hemos mencionado, la carga que el sistema patriarcal le impone a las mujeres sobre el deber exclusivo de cuidado de sus hijas e hijos se ha adoptado como un dogma, y ello ha repercutido en todos los aspectos sociales. Así, cuando una mujer entra en reclusión, su descendencia que por edad no puede estar en la prisión con ellas, pero que aún se encuentran en una etapa formativa, tienen un cambio radical en su crianza, y en pocas ocasiones son los padres quienes se hacen cargo de esa responsabilidad. En efecto, de acuerdo con datos de la ENPOL 2021, 55% de los hijos e hijas de las mujeres en prisión está al cuidado de las abuelas y abuelos; mientras que, en el caso de los hombres en reclusión, el 89% de los menores queda bajo la responsabilidad de sus madres.

En ese orden de ideas, y bajo esa obligación de rol de género, las madres que crían infancias y adolescencias, al ser sometidas al encierro de la prisión, se encuentran imposibilitadas para realizar la crianza por estar separadas de su núcleo familiar, lo que lleva, como primer resultado, el desapego afectivo con sus hijos e hijas.

La infancia y la adolescencia son las etapas más importantes en el desarrollo humano, sobre todo la segunda, la cual se traduce en una etapa de crisis en el que resulta indispensable un vínculo familiar sólido, con reglas y límites impuestas por las personas responsables de crianza, que, como hemos venido mencionando, es un papel jugado primordialmente por las madres, bajo un sistema patriarcal.

Es por ese motivo que las adolescencias que se ven despojadas de la presencia de su madre se desarrollan en condiciones poco favorables, las cuales ponen en riesgo su desarrollo social, al tiempo que genera condiciones en las que se puede replicar y dar continuidad al círculo delictivo. Así, es importante mencionar que estos factores son propicios para que se repliquen acciones

delictivas, lo que puede conducir a las juventudes a vivir en carne propia la reclusión.

Concluimos este apartado mencionando que las situaciones señaladas encuentran un reflejo inmediato en las infancias y las adolescencias, al incrementar la brecha entre las juventudes en contextos de oportunidades que les permiten una adecuada integración social y quienes, por diversos motivos y en el caso concreto la prisión de sus madres, no tiene acceso a las mismas condiciones y oportunidades.

Sin duda, las personas menores de edad con progenitores en prisión, se sienten en el abandono parental y se vuelven invisibles para el Estado, además de que suelen cargar con el estigma, la discriminación y la condena social ajenas.

## V. Una propuesta de amnistía

Colombia se volvió, en los años recientes, un ejemplo de avanzada en materia de derechos humanos de mujeres en prisión y de sus hijos e hijas, al aprobar una ley innovadora que promueve alternativas al encarcelamiento de mujeres que son madres y que cumplan con una serie de condiciones (Ley No. 093 de 2019 Senado y 498 de 2020 Cámara). El proyecto fue presentado desde el año 2019 y fue aprobado en 2020; lamentablemente, el entonces presidente Iván Duque se negó a promulgarla, con argumentos endebles, y en particular, uno totalmente carente de perspectiva de género: que lo aprobado no daba el mismo trato a hombres en condiciones similares a las propuestas para las mujeres.

Ante ello, fue necesario que el Tribunal Constitucional de Colombia emitiera un fallo con enfoque de derechos humanos, en el cual reconoció que existe un impacto desproporcionado del encarcelamiento en las mujeres, y en consecuencia, declaró que las objeciones impuestas por el presidente carecían de fundamento.[11]

[11] Corte Constitucional de Colombia, Comunicado 22, Colombia, 2022, *https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2022%20-%20Julio%206%20de%202022.pdf*

Finalmente, en marzo de 2023, el presidente Gustavo Petro (quien años atrás aprobó la ley de mérito en su calidad de congresista) sancionó la norma volviéndola una realidad.

Esta acción afirmativa para mujeres en prisión será aplicable para las presas cabeza de familia que sean madres en crianza o cuidadoras de personas mayores o con discapacidad, y que se encuentren recluidas por delitos menores que no involucren la seguridad ciudadana cuya pena sea igual o menor a ocho años, que demuestren que los delitos por las que fueron sentenciadas se cometieron en condiciones de marginación y que no tengan reincidencia en los cinco años previos. Además, se regula la posibilidad de cumplir la prisión preventiva en el lugar de residencia. Se trata pues, de una norma que, con perspectiva de género y considerando el papel social que las mujeres juegan en materia de crianza y cuidados, contribuye a la prevención de la vulneración de los derechos humanos de las mujeres, de las niñas niños y adolescentes, y de las personas en situación de vulnerabilidad que requieren de cuidados.

Al mismo tiempo, esta disposición coadyuva en los trabajos tendentes a la disminución de hacinamiento en las prisiones, a la readaptación social, a la reinserción social y a la preservación del tejido social; todo ello derivado de que se trata de una medida que reconoce diversas desigualdades, y con ello contribuye a la construcción de una sociedad que se conduzca a ser más justa y equitativa.

Como vemos, se trata de una norma que se puede retomar de manera adecuada en nuestro país, y con ello se brindarían herramientas que sienten las bases para la solución de algunos de los problemas que el sistema penitenciario acarrea para sí mismo y para el entorno social.

## Referencias

Ancira, Daniela, *et al., Acusáis a la mujer sin razón*, México, Aguilar Ideas, 2023.

Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, 4a. reimp., trad. de Santiago Sentis Melendo, Bogotá, Temis, 1989, Monografías jurídicas, segunda serie, núm. 55.

Comisión Especial de Reclusorios, *Humanizando el sistema penitenciario, Memoria de la Comisión Especial de Reclusorios*, Ciudad de México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2014.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2022, México, CNDH, 2022.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Informe diagnóstico sobre las condiciones de vida de las mujeres privadas de la libertad desde un enfoque interseccional, México, CNDH, 2022.

Corte Constitucional de Colombia, Comunicado 22, Colombia, 2022.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-256 de 2022, 2022.

INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021.

Montoya Camarena, Ramsés, *Interpretación de las restricciones constitucionales. Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México 2003, México, 2004.

# Afectación del derecho a la protección de la familia de las personas privadas de la libertad

*Mariana Durán-Márquez**
*Héctor Manuel Guzmán Ruíz***

Sumario: I. Algunos antecedentes históricos del encarcelamiento. II. Breve perspectiva del estado contemporáneo de las prisiones y del impacto de la pena de prisión en las personas privadas de la libertad y sus familias en México. III. Reconocimiento del derecho a la familia en general y, en particular, en el contexto del encarcelamiento en la normatividad internacional en materia de derechos humanos. IV. Regulación constitucional y legal de la vida carcelaria en México. V. Conclusión: discriminación indirecta para las personas privadas de la libertad y sus familias en el régimen mexicano de ejecución de penas. Referencias.

## I. Algunos antecedentes históricos del encarcelamiento

Las prisiones son, en sus orígenes, los lugares donde se retenía a una persona acusada o culpable de haber cometido un delito, cumpliendo una función asegurativa y una misión de "segregar socialmente", sin la consideración de la readaptación

* Investigadora nacional nivel I, Sistema Nacional de Investigadores (SNI), CONACyT. Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP).

** Investigador nacional nivel I, SNI, CONACyT. Profesor de la Escuela Nacional de Ciencias Forenses de la UNAM.

y reinserción a su núcleo social; consecuencia del surgimiento de las penitenciarías como sistemas, con el afán de "corregir", reteniendo y custodiando hasta que les fuera dictada una sentencia.

Podemos encontrar, las Casas de Corrección (*House of Correction,* Londres 1552-1555 y *Workhouses,* Ámsterdam, 1595-1596) en los siglos XVI y XVII en los actuales territorios de Inglaterra, Alemania, Holanda y Suiza, teniendo una influencia en la justicia penal occidental, en donde las personas se segregaban conforme sexo, edad y delito.[1] En el caso específico de la península ibérica, se encuentra la Casa de Corrección de San Fernando del Jarama creada por Real Orden de 1766, y en pie hasta 1819.

En los territorios de la Corona castellana en ultramar, específicamente la Nueva España, a finales del siglo XVI se efectuó una política general para la creación de cárceles en todas las ciudades y villas, y la construcción de fortalezas y presidios en las provincias, y que ya en la época de la casa reinante de los Borbones, con el virrey Juan de Acuña (1722-1734), se reguló su funcionamiento. Ejemplos de esas construcciones hasta nuestros días, se encuentran el presidio de Perote y la fortaleza de San Juan de Ulúa. En 1807, el virrey José de Iturrigaray solicitó a Juan de Fagoaga,[2] alcalde ordinario de primer voto de la Ciudad de México, es decir, el que administraba justicia a los vecinos,[3] que le informara sobre la relación de los presos de la diputación, manifestando en su informe, que consta en documentos bajo resguardo, actualmente, en el Archivo General de la Nación (AGN), un total de

1 Checa Rivera, Natalia, El *sistema penitenciario. Orígenes y evolución histórica*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2017, pp. 9, 10 y 19, *https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31992/TFM%20NATALIA%20CHECA%20RIVERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

2 Gobierno de México, *Algunas penas y prácticas penitenciarias en la Nueva España*, México, Archivo General de la Nación, 26 de mayo de 2022, *https://www.gob.mx/agn/es/articulos/algunas-penas-y-practicas-penitenciarias-en-la-nueva-espana?idiom=es*

3 Mier Reyes, Gustavo y Gutiérrez Ayala, Marcos, "Alcaldes ordinarios en la Ciudad de los Ángeles: origen y aspectos jurídicos", *Revista de Derecho*, Colombia, Universidad del Norte, 2020, pp. 254-272.

74 personas presas, refiriendo la casta a la que pertenecían y los delitos que compurgaban: estupro, homicidio, robo, adulterio, amancebamiento, portación de armas, heridas, escape de prisión, falsificación de firmas, contrabando y ebriedad.[4]

Ya en el México independiente, Porfirio Díaz construye en 1900, la famosa Penitenciaría de Lecumberri o "Palacio Negro", que funcionó hasta 1976 bajo el régimen penitenciario celular o filadélfico, es decir, con aislamiento absoluto durante día y noche y exclusión de todo trabajo, esperando por el arrepentimiento derivado de la soledad rigurosa,[5] que contó con un reglamento interior, y dividió a las personas procesadas (que permanecieron en la cárcel de Belem hasta 1933) de las personas sentenciadas en Lecumberri; y las Islas Marías, cerradas por decreto del Ejecutivo federal de enero de 2021.

Por otra parte, debe tenerse presente que México ha experimentado una evolución en la concepción del régimen penitenciario, al pasar de un modelo de readaptación a uno de reinserción social, actualmente vigente en el artículo 18 constitucional. Como reflexiona Iván García Zárate:

> El modelo de reinserción social implica dos aspectos fundamentales en los que se sustenta el cambio de paradigma. Por un lado, las personas privadas de la libertad dejan de ser tratadas de acuerdo con su personalidad y se les considera sujetos de derechos y obligaciones, con esto se da una ruptura con los modelos anteriores. Así el modelo de reinserción social deja atrás cualquier pretensión de tratamiento a una persona y se centra en favorecer la civilidad, gobernabilidad y seguridad del centro penitenciario a cargo de la autoridad administrativa para dar cumplimiento a las resoluciones judiciales.[6]

---

4 Gobierno de México, *Algunas penas y prácticas..., cit*.

5 Regímenes penitenciarios, *http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/3103/Capitulo3.pdf*

6 García Zárate, Iván, "Ejecución penal. Cambios de paradigma y cultura jurídica", *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, núm. 12, año XVI, diciembre 2008, p. 5. Profundiza el mismo autor: "Los modelos que consideraban las anteriores cartas magnas mexicanas partían justamente de categorías psicológicas o morales y buscaban la transformación interna del individuo. El texto original de la Constitución de 1917 decía: Artículo 18 Solo por de-

## II. Breve perspectiva del estado contemporáneo de las prisiones y del impacto de la pena de prisión en las personas privadas de la libertad y sus familias en México

El 13 de agosto de 2018, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la Recomendación General 33/2018 *sobre el derecho a mantener la vinculación con el exterior de las personas privadas de la libertad*[7] *en los centros penitenciarios de la República*

lito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de esta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas. Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal –colonias penitenciarías o presidios– sobre la base del trabajo como medio de regeneración. De acuerdo con el investigador Miguel Sarre y el defensor público Gerardo Manrique 'en ese estado primigenio del dep (derecho de ejecución penal) –algunos de cuyos matices prevalecen– se consideraba que quienes se hacían acreedores a una pena privativa de la libertad eran sujetos desvalidos y carentes de oficio', por lo que era necesario regenerarlos. La persona que cometía un delito era moralmente mala o degenerada por lo que la pena tendría que dirigirse al arrepentimiento y modificación de la personalidad mediante un tratamiento especializado. En 1965 se reformaría la Constitución mexicana para dejar atrás el modelo de regeneración y se establecería un nuevo modelo: Artículo 18. Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. El modelo de readaptación social dejó atrás las consideraciones morales del sujeto que delinque y pasó a un entendimiento cientificista basado en la criminología positivista, el cual busca readaptar a la persona delincuente, que es considerada como mentalmente desviada, desadaptada o anormal, y que por lo tanto debe recibir un tratamiento científico que permita estudiar su personalidad y a partir de ello determinar su normalidad para ser reincorporada a la sociedad. Estos modelos –el de regeneración y el de readaptación– si bien conciben diferente al sujeto que delinque, coinciden en que es por vía de un tratamiento al individuo, basado en la moral o en la ciencia, que se transformará la personalidad delictiva y de esa manera no se volverá a delinquir".

7 El cual, debe entenderse como aquel derecho "por medio del cual a las personas privadas de la libertad se les reconoce la posibilidad de tener contacto con sus familiares, amigos y personas cercanas que les permitan una vinculación apropiada con el mundo externo, resultando así de la mayor importancia el fortalecer estos vínculos, teniendo dentro de su contenido la dignidad y, en especial, el libre desarrollo de la personalidad". *Cfr*.

*Mexicana* emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), la cual fue redactada, de acuerdo a la actualización aprobada por la Asamblea General de la ONU sobre las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (reglas Nelson Mandela), con la finalidad que el Estado mexicano traduzca en una realidad la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos de todas las personas que se encuentren privadas de la libertad, sin ningún tipo de discriminación, y conforme a los estándares fijados en la Ley Nacional de Ejecución Penal, que contempla la obligación de desarrollar un modelo de gestión penitenciaria encaminado a la reinserción social, lo que conlleva, la vinculación que la persona privada de la libertad tendrá con el exterior, como un elemento definitorio en su efectiva realización.

Conforme a dicha recomendación, a mayo de 2018, el Sistema Penitenciario Nacional (SPN) estaba conformado por 342 centros penitenciarios distribuidos en todo el territorio nacional, siendo 18 federales, 280 de las entidades federativas, y 44 municipales; albergando a 203,364 personas (192,773 hombres (94.79 %) y 10,591 mujeres (5.21 %)).

Refiere la CNDH que, para octubre de 2019, el SPN estaba conformado por 300 centros penitenciarios, con una capacidad instalada de 217,657 lugares, con una población de 202,221 personas (191,702 (94.80%) hombres y 10,519 (5.20%) mujeres); 172,566 (85.34%) por delitos del fuero común y 29,655 (14.66%) por delitos del fuero federal, y solo 124,337 (61.48%) con una sentencia.[8]

Por su parte, la *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad ENPOL* 2021,[9] a cargo del Instituto Nacional de Esta-

---

CNDH, Recomendación General 33/2018 sobre el Derecho a Mantener la Vinculación con el Exterior de las Personas Privadas de la Libertad en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana, *DOF*, 13 de agosto de 2018, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5535730&fecha=23/08/2018&print=true*

8 CNDH, *Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad*, Informe de Actividades 2022, México, *https://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50087*

9 Encuesta ordenada legislativamente, en la Ley Nacional de Ejecución Penal, que en el último párrafo del artículo 29, establece: "Por su parte, la

dística y Geografía —órgano rector de la estadística nacional en México— da cuenta de que para ese año la población penitenciaria había aumentado a 220.5 mil personas, de las cuales 94.3% corresponde a hombres y 5.7% a mujeres, en un rango de edad de 30 a 39 años de edad (36.1% de hombres y 25.8% de mujeres), de los cuales 85.4% de hombres y 73% de las mujeres refirieron haber trabajado la semana previa a su detención.[10]

A la vez, el 79.65% del total de la población privada de la libertad señaló que tenía dependientes económicos (80.3% de los hombres y 68.1% de las mujeres).[11] En ese orden de ideas, el 67.8% de las mujeres refirió que tenía hijos menores de edad —de ellas, el 53.4%, manifestó tener de dos a tres hijos mientras que el 55.2% identificó que eran cuidados por los abuelos—. Más aún, el 11.7% manifestó haber estado embarazada alguna vez durante su estancia en prisión (de las cuales, 19.9% refirió haber sufrido un aborto). Lo cual, se corresponde con que el 36.5% de la población penitenciaria enfrenta una pena de prisión de entre 1 a 10 años, el 23.5% de entre 11 y 20 años y el 39% penas mayores a 21 años.[12]

De estos datos —los últimos oficiales disponibles— se advierte con claridad el impacto de la pena de prisión más allá de la es-

---

Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad tendrá como finalidad generar información estadística que permita conocer las condiciones de procesamiento e internamiento de las Personas privadas de su libertad, su perfil demográfico y socioeconómico, los delitos por los que fueron procesados o sentenciados, entre otras características. Dicha encuesta se levantará de manera periódica y conforme a criterios estadísticos y técnicos, será de tipo probabilística, incluirá a población privada de la libertad tanto del fuero común como federal y será representativa a nivel nacional y estatal. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía realizará dicha Encuesta conforme a su presupuesto. Asimismo, los Centros Penitenciarios seleccionados en la muestra determinada para la Encuesta deberán brindar todas las facilidades al Instituto para realizar entrevistas directas a la población privada de la libertad."

10 INEGI, ENPOL 2021, *Resultados principales*, pp. 12,13 y 15, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf*

11 *Ibidem*, pp. 16, 20 y 33.

12 *Ibidem*, p. 72.

fera individual de las personas sentenciadas, antes bien, se puede afirmar que, si no bien *de iure* (puesto que existe la prohibición de imponer penas trascedentes) sí *de facto*, la cárcel es una pena de toda la familia, la compurgan conjuntamente los esposos, madres e hijos separados, los abuelos que deben asumir roles de cuidadores primarios, los hogares que pierden el aporte económico de proveedores principales que se encuentran en la plenitud de su edad productiva y que ello acontece por largos intervalos —aunque estratificados— de tiempo, todo ello por la pérdida de interacción entre sus miembros que además, cuando sí se presenta, está severamente restringida por la complejidad de los familiares para acudir rutinariamente al centro carcelario, al punto en que solo el 54.9% de la población recibió visitas de familiares o amigos y solo el 17.2% recibió visitas íntimas en el año previo.[13]

Además, se aprecia un impacto diferenciado respecto de las mujeres sentenciadas que tienen embarazos —y abortos— durante su tiempo de internamiento lo que, sin duda, multiplica al por mayor las problemáticas. En ese sentido, 5.8% de las mujeres refirieron tener hijos menores de doce años viviendo dentro del centro penitenciario, de las cuales 96.6% indicó que los hijos nacieron durante la reclusión, cuyo rango de edad es de uno a tres años para el 56.5% de esos casos. Mientras que el 22% de las mujeres en esta situación ha tenido que pagar por algunos de los bienes o servicios para sus hijos dentro del reclusorio (71.3% por medicamentos) y el 34% de ellas recibe ayuda de otras internas para el cuidado de los menores.[14]

---

13 *Ibidem*, pp. 127 y 128.

14 *Ibidem*, pp. 107, 108, 110 y 111. A mayor abundamiento sobre la muy precaria situación de estos niños, destaca el Observatorio de Prisiones de la Organización de la Sociedad Civil Documenta que: "57.6% de las mujeres que ejercen la maternidad en prisión, indicaron la falta de acceso a una alimentación adecuada para las y los niños. Se trata de un derecho humano que la institución penitenciaria no está proporcionando, con todos los efectos nocivos para el desarrollo que conlleva no tener una alimentación adecuada los primeros años de vida. El acceso a una educación inicial es otro derecho que no está siendo recibido por los y las niñas que viven en prisión con sus madres. La falta de espacios para educación y la falta de acceso a estos servicios (79.2% no recibe educación) les coloca en una situación de desventaja que impacta en su condición física, emocional y psi-

En el mismo sentido, el 60.9% de las mujeres identificaron que su reclusión afectará negativamente sus posibilidades de reintegrarse al ámbito laboral, mientras que 31.2% consideró que tal situación igualmente afectará el poder reintegrarse a su familia tras quedar en libertad.[15]

El sesgo de género igualmente se advierte en las cargas que deben asumir las mujeres en libertad, cuyos parientes varones se encuentran encarcelados:

> Las mujeres que visitan las prisiones son quienes mantienen los lazos sociales con las personas encarceladas (indispensable para lograr una efectiva reinserción social). Pero también son las que proveen los insumos que estas personas necesitan para vivir. Aquello que el Estado no le da a los internos en los Centros de Readaptación Social: agua, comida, medicinas, jabón, ropa, cobijas, zapatos, lo proveen estas mujeres. (El día del levantamiento de la encuesta, 94% de las personas dijo llevar cosas para ingresar al penal para su familiar/amigo.) Pero además de pagar por estos bienes es frecuente que tengan que pagar (a los custodios o a otros internos) por ingresar esas cosas a los Centros, como también para asegurar que familiares en prisión no sean golpeados, para que tengan una cama donde dormir o para que los mantengan en (o cambien a) los

cológica. Al no contar con espacios suficientes para la infancia, las mujeres en prisión se ven limitadas en sus actividades de desarrollo personal y por ende en la participación de programas que benefician a sus procesos de reinserción social como dicta la ley. Asimismo, sobresale que solo 21% de la población infantil de 0 a 6 años, tiene acceso a juguetes, el resto depende de asociaciones civiles, grupos religiosos, familiares o mujeres liberadas que comparten con quienes se quedan. Esto les quita posibilidad de desarrollarse como lo que son, niñas y niños con derecho al juego. En cuanto a la salud, aunque los datos refieren que hay acceso a los servicios médicos del 65.6%, no precisamente se garantiza que la atención sea correcta y especializada, 57.6% de las niñas y niños que viven en prisión con sus madres no tienen acceso a medicamentos por lo que las mujeres en prisión tienen que comprarlos o sus familiares, aunque tarden meses en visitarlas por la condición de abandono en la que se encuentran; incluso una interna refirió que a veces el cuidado médico de sus hijas e hijos depende del comportamiento que tenga la madre". Documenta, *Niñas y niños que viven con sus madres en prisión*, 2016 a 2021, *https://observatorio-de-prisiones.documenta.org.mx/archivos/4053*

[15] *Ibidem*, p. 154.

> módulos donde pueden recibir visitas y trabajar. Deben pagar también a los abogados que prometen sacar a sus familiares de prisión y los costosos trámites que las más de las veces no sirven de más que para empobrecerlas más. Además, deben también trabajar para mantener a sus hijos y otros dependientes de las que se han convertido en las principales responsables.
>
> Para subsanar estos costos (implícitos en el encarcelamiento de sus parejas, hijos, hermanos o padres), estas mujeres deben buscar trabajos y dejar a otras el cuidado de sus hijos. La encuesta incluso reveló que muchas necesitan mantener dos trabajos para solventar sus nuevas responsabilidades económicas. Sin embargo, como se trata de mujeres con baja escolaridad y sin experiencia laboral, el principal trabajo que encuentran es el empleo doméstico. Así, a raíz del encarcelamiento de su familiar, terminan cuidando a los hijos, o las casas, de otros, en detrimento de los propios. En otras palabras, las deficiencias, e ilegalidades, del sistemas —que a nadie le interesa corregir o que algunos incluso aplauden por considerarlas parte de la retribución que merecen los infractores (o presuntos infractores)— empujan a miles de mujeres a trabajar en el cuidado ajeno, un trabajo que nuestra sociedad insiste en mantener en la informalidad.[16]

Por otra parte, los estragos de la pena de prisión en las dinámicas familiares. En cuanto a los hijos de las personas privadas de la libertad:

> Las deficiencias que enfrenta todo el sistema penal mexicano, particularmente los centros penitenciarios femeniles, no solo impactan a las mujeres que están privadas de la liberación, también a sus hijos e hijas [...]. Para todos los niños, niñas y adolescentes cuyas madres se encuentran en prisión no existen programas ni leyes encaminadas a acompañarlos en sus procesos ni que garanticen su derecho a ser ciudadanos. La asociación civil Reinserta calcula que en todo el país hay medio millón de menores de edad que tienen padres o madres en las cárceles.[17]

---

16 Pérez Correa, Catalina, "Las mujeres que visitan las prisiones", *Nexos*, México, 8 de marzo de 2017, *https://www.nexos.com.mx/?p=31734*

17 García, Ana Karen, "Las mujeres y los niños: los más olvidados e invisibles dentro de las cárceles en México", *El Economista*, 19 de junio de 2022, *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Las-mujeres-y-los-ninos-*

Mientras que, destaca el Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres): "se observa que después de la detención, la manutención de los y las hijas de las personas internas recae en mujeres y en las y los abuelos".[18] Esto es así, en virtud de que el Estado incumple sus obligaciones de proveer las condiciones indispensables para la vida digna de las personas privadas de la libertad lo que se asocia con las extracciones indebidas asociadas a la corrupción de las autoridades penitenciarias, ya que de acuerdo con la ENPOL, el 55.3% de la población pagó por pase de lista en el año previo[19] y 88.9% de los pagos efectuados fue a los custodios mientras que el 79.3% de las personas que tuvieron visitas recibieron comida y el 67% artículos de higiene personal. De modo que, como apunta la misma Pérez Correa:

> La carga de mantener y visitar a una persona en prisión conlleva además costos sociales y familiares. Las personas encuestadas reportaron que a raíz del encarcelamiento dejaron de frecuentar amigos (51.6%), que dejaron de frecuentar vecinos (40.6 %), no poder llevar a sus hijos/nietos a la escuela (29.4%) e incluso, no poder cuidarlos (39.2%). Todo su tiempo se va en ir y venir del Centro de Readaptación o en trabajar para hacer las visitas. Además, 68.9% de las mujeres reportó haber desarrollado un problema de salud a raíz del encarcelamiento de su familiar. *En suma, en el contexto penitenciario no solo no se toma en cuenta quién cuida del otro, sino que se le castiga por hacerlo*.[20]

La situación brevemente descrita, permite advertir un aspecto cotidiano de ausencia de políticas públicas de atención integral para contemplar a los familiares como directamente impactados

*los-mas-olvidados-e-invisibles-dentro-de-las-carceles-en-Mexico-20220617-0083.html*. Por su parte, destaca el Inmujeres que "[...] a partir del encarcelamiento del padre o la madre, los hijos e hijas de los internos(as) han sido discriminados, se han visto obligados a trabajar y han tenido problemas en la escuela, de conducta y con la autoridad, entre otros". Instituto Nacional de las Mujeres, *Boletín INMUJERES*, año 1, número especial, p. 2.

18 *Idem*.

19 INEGI, ENPOL 2021..., *cit*., pp. 127, 146 y 148.

20 Pérez Correa, Catalina, *op. cit*., énfasis añadido.

—en proporción notablemente relevante— a la par de las personas privadas de la libertad.

Lo cual, se estima que no es casual, sino que tiene basamento en el diseño constitucional y legal del sistema penitenciario y de la concepción de la reinserción social de la persona privada de la libertad.

## III. Reconocimiento del derecho a la familia en general y, en particular, en el contexto del encarcelamiento en la normatividad internacional en materia de derechos humanos

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, se reconoce a la familia como institución fundamental de protección dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (CADH):

- Artículo 16, inciso 3 (DUDH): "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".[21]
- Artículo 23 (PIDCP): "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".[22]
- Artículo VI (DADDH): "toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".[23]

---

21 Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, *https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf*

22 Asamblea General de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, *https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf*

23 Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,* Bogotá, 1948, *https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Artículo%20VI.,la%20protección%20de%20la%20familia*

- Artículo 17.1 (CADH): "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".[24]

Respecto el entorno europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha manifestado que, si bien, la privación a la libertad tiene implícita una limitación a la vida privada y familiar, a la familia una parte esencial del ser humano, *todas las personas recluidas tienen derecho a la familia*, y las autoridades penitenciarias, son quienes deberán garantizarlo en primera instancia, brindándoles las facilidades para *conservar y mantener el contacto con los miembros de su familia*.[25]

Ello es de especial relevancia, como muestra el caso español en el estudio publicado en 2006 por el *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* de la Universitat de Barcelona, denominado "La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades", al reparar en el impacto que produce el encarcelamiento sobre la relación de las familias con su entorno social, al señalar que:

> [...] la cárcel tiene dos funciones básicas que repercuten en la vida familiar: por una parte, la función estigmatizadora y, por la otra, el fracaso de su finalidad reeducativa. El hecho de que el índice de reingreso a prisión sea extremadamente elevado, confirma que existe una gran incompatibilidad entre las exigencias disciplinarias propias de la pena privativa de libertad y el objetivo rehabilitador de la cárcel. Las consecuencias para las familias son muy graves. [...]: hundimiento y destrucción de la familia, ruptura de las relaciones del hogar, ruptura de las relaciones con los componentes de la familia, o con alguno/a de ellos/as, problemas psíquicos graves, especialmente para la madre, o problemas de salud graves para otros miembros de la familia. A todas estas consecuencias se tiene que añadir, además, el rechazo social.[26]

---

[24] Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf*

[25] TEDH, *Caso Messina vs. Italia*, sentencia de 28 de septiembre de 2000, párr. 61.

[26] Garcia-Borés, Pep (dir.), *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2009, p. 141.

En el caso específico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, podemos encontrar en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que les es reconocido a las personas privadas de la libertad la protección y el goce del derecho a la protección de la familia y vida familiar.

La CIDH ha destacado, en el caso *Oscar Elías Biscet y otros vs. Cuba* de 21 de octubre de 2006, la obligación del Estado de facilitar y reglamentar el contacto entre las personas privadas de la libertad y sus familiares, garantizando la adopción de medidas concretas para su contacto; por lo que las restricciones al mismo, deben regirse por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, manifestando en su Informe 67/06, la violación por parte del Estado cubano, del contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), en su artículo VI, de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos,[27] y del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,[28] al manifestar que:

> El derecho a la constitución y protección de la familia es tan básico que no se puede derogar, aunque las circunstancias sean extremas.

---

27 Artículo 37. "[L]os reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia [...], tanto por correspondencia como mediante visitas". *Cfr*. Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, Ginebra, 1955.

28 Principio 19. "[T]oda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho", Principio 20. "Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual. *Cfr.* Asamblea General de las Naciones Unidas, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Oficina del Alto Comisionado, 9 de diciembre de 1988.

> [...] La Comisión observa que, aunque el encarcelamiento separa forzosamente a los miembros de la familia, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias. En razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. En ese sentido, la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento. Cuando el Estado reglamenta la manera en que los reclusos y sus familias ejercen el derecho a la constitución y a la protección de la familia, no puede imponer condiciones o llevar a cabo procedimientos que constituyan una violación de los derechos consagrados en la Declaración Americana.[29]

Otro caso sobre el tema, en el que se ha manifestado la CIDH, es el denominado *X y Y vs. Argentina* de 15 de octubre de 1996, en el que con base en el artículo 17 de la CADH, se evidencia la obligación del Estado a facilitar el contacto de las personas privadas de la libertad con sus familias, con base en los supuestos de las propias limitaciones inherentes al encarcelamiento, evitando en todo momento las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del propio Estado y las personas funcionarias públicas; siendo la visita un derecho fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de la personas internas, y de garantizar de manera efectiva el derecho a mantener y desarrollar sus relaciones familiares; pues es el Estado, quien en las limitaciones que impone la propia reclusión, reglamenta la manera en que, tanto personas presas como sus familiares, ejercen el derecho a la familia.[30]

Del trabajo de Valdivieso y López, denominado *El derecho de las personas privadas de libertad a conservar sus vínculos familiares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, destaca la revisión de un total de 22 sentencias dictadas por la Corte IDH, entre

[29] CIDH, Informe 67/06, Caso 12.476, Oscar Elías Biscet y otros vs. Cuba, 21 de octubre de 2006, párrs. 235-240, *https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cuba12476sp.htm#_ftnref157*

[30] CIDH, Informe 38/96, Caso 10.506, X y Y vs. Argentina, 15 de octubre de 1996, párrs. 95-100.

los años 1988 y 2014,[31] de la que es posible obtener una jurisprudencia interamericana del derecho de las personas privadas de libertad a conservar sus vínculos familiares y observar el derecho a la protección de la familia, lo que se ha sostenido sobre la base del derecho a la integridad personal conforme a la Convención, al ser "el régimen de confinamiento solitario constituye en sí un trato cruel e inhumano",[32] y que descansa en tres ámbitos de protección integral, en primer lugar, el de la protección de la honra, dignidad e intimidad de la familia; en segundo lugar, a la protección de la unidad del núcleo familiar; y, por último, a la protección de los hijos con el objeto de garantizar su desarrollo integral y goce pleno de sus derechos,[33] lo cual, pone en la mira la exigencia de considerar circunstancias, que deben primar sobre la lógica, de la distancia entre los centros penitenciarios y/o el domicilio familiar, o bien, la comunidad de origen de la PPL, y los costos y gastos asociados de los familiares, para realizar los viajes de visita a los centros de reclusión.

Sobre esa tesitura, el derecho de las personas que se encuentran privadas de su libertad a preservar sus lazos familiares, obliga a las autoridades a implementar acciones que faciliten el contacto mutuo, que por lo que hace al derecho a la familia, el último objetivo se basa en reducir las disparidades entre las limitaciones que trae consigo la vida en prisión y una vida en libertad, así como evitar intervenciones arbitrarias, por parte de los gobiernos, que injustificadamente restrinjan la comunicación, que durante la ejecución de la pena privativa de libertad, suponga el deterioro de los vínculos familiares. Este derecho, además, se encuentra estrechamente relacionado con el propósito fundamental a la reinserción de las personas condenadas y con la obligación de prevenir sufrimientos innecesarios que excedan los efectos inherentes al encarcelamiento, y con el deber de prevenir el abuso y la tortura.[34]

---

31 Valdivieso, Mónica y López, Valentina, *El Derecho de las personas privadas de libertad a conservar sus vínculos familiares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago de Chile, 2018, pp. 56 y 57.

32 *Ibidem*, p. 154.

33 *Ibidem*, p. 47.

34 *Ibidem*, p. 66.

Adicionalmente a los casos referidos en el contexto interamericano, personas investigadoras han realizado estudios que involucran a países como Ecuador, Colombia y Chile, en las que se pueden encontrar las siguientes referencias:

Ecuador

> [en] La última década el número de familias desestructuradas ha ido aumentando en el mundo entero y de manera especial en los países en vías de desarrollo o subdesarrollados como los países Latinoamericanos, las causas principales de este fenómeno psicosocial son los divorcios, muerte, detención de algún miembro de la familia en un Centro Penitenciario o las precarias condiciones económicas, las mismas que obligan que algún miembro de la familia emigre a otros países con la finalidad de brindarle una mejor condición de vida a su familia.[35]

Colombia

> Se manifiesta una ausencia de programas de intervención para población carcelaria que incluyan al grupo familiar, la cual, puede conllevar un riesgo permanente de desestructuración del núcleo familiar del sujeto privado de la libertad, encontrándose además que, en Colombia existe una ausencia de estudios enfocados a esclarecer el papel que cumple la familia en relación con el sujeto privado de la libertad y viceversa.[36]

Chile

> El 38,9% del total de la población son padres de familia, 26,3% son madres de familia, 24,1%, hijos e hijas, el 3,1% padres cabeza de hogar y el 1,9% madres cabeza de hogar (ver p. 14). El 92% de las PPL son padres de familia y en las mujeres el porcentaje sube a 98,8%. En promedio una persona privada de libertad tiene 2,6 hijos.[37]

---

35 Suriaga Aray, Cristian, *Desestructuración familiar como causa del trastorno disocia*l, Universidad Técnica de Machala, 2016, p. 2.

36 Gaviria, Julieta *et al*., *Familias y contexto penitenciario. Estrategias de afrontamiento frente al proceso de privación de la libertad*, Bogotá, Universidad de la Salle, 2015, Programa de Trabajo Social, p. 36.

37 Betancur-Pulgarín, Cl *et al*., "Funcionalidad familiar en personas privadas de libertad: departamento de Risaralda, Colombia", *Revista Chilena de Salud Pública*, vol. 22, núm. 1, 2018, p. 14.

## IV. Regulación constitucional y legal de la vida carcelaria en México

En la redacción original de la Constitución de 1917, el artículo 18 estableció que "los gobiernos de los Estados y de la Federación organizarán en sus respectivos territorios el sistema penal —colonias penales, penitenciarías, presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración".[38] Mientras que, actualmente, la redacción del numeral aludido contempla:

> [...]El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.
>
> [...]
>
> Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

De lo que se sigue que ni esa redacción primigenia ni en la contemporánea se previeron constitucionalmente las relaciones familiares. De manera concreta y clara no hay referencia a la familia en el catálogo del respeto y salvaguarda de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y de los medios que organizan el sistema penitenciario (trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte) y, consecuentemente, lograr la reinserción social no pasa explícitamente por la reinserción en la vida familiar.

---

[38] Sánchez, Antonio, "Historia del penitenciarismo en México", en García, Sergio e Islas de González, Olga (coords.*), Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo,* México, UNAM-INACIPE, 2018, Colección Nuevo Sistema, pp. 538 y 539.

En consecuencia, de una lectura llana del artículo 18 no se sigue la existencia de un derecho de las personas recluídas a mantener contacto con sus familiares; a que, mientras se compurga la pena, se mantenga en condiciones acordes a la dignidad y a que se tomen medidas tendentes a propiciar el regreso al seno familiar una vez que se compurgue la sanción.

Hay una gran omisión constitucional en este sentido, ya que en el concepto *domicilio* y *comunidad,* el concepto *familia* pudiera entenderse como un telón de fondo, como un sobreentendido (en el domicilio está la familia del sentenciado, en la comunidad hay muchas familias); no obstante, si de especular se trata, también pudiera leerse ese mismo dispositivo constitucional en clave de individualismo: el domicilio es donde una persona puede ser encontrada[39] y la sociedad es el cúmulo de sus individuos.

Así, a nivel constitucional, para efectos del sistema penitenciario y de la compurgación de penas en modo alguno la familia es una categoría específica y diferenciada de protección.

Lo cual contrasta con lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 4 de la CPEUM cuando, sin distinciones ni matices respecto de las personas privadas de la libertad indica que: "La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia", numeral del que se ha desprendido el derecho de protección a la familia. [40]

---

[39] Código Civil Federal, art. 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.
Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

[40] Protección de la familia como derecho humano en el derecho internacional. Su contenido y alcance. Los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la protección de la familia como derecho humano. Ahora bien, de la interpretación que de este derecho han realizado diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos, deriva su contenido y alcance: a) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; b) la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos

Un aspecto de especial importancia, se encuentra en el ámbito de la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuyo disfrute de derechos pasa por el cuidado y atención de sus padres (y que, como se veía previamente son especialmente susceptibles de sufrir consecuencias gravosas del encarcelamiento de alguno de ellos), no obstante que sus derechos, igual que el resto de personas de esa edad se encuentran tutelados desde una óptica de interés superior.

Tales previsiones constitucionales sobre la familia y los menores y su interés superior quedan en entredicho en el día a día cuando uno de los miembros de aquella o padres de estos se encuentra privado de la libertad, como se ha visto en el segundo apartado de estas reflexiones.

En ese orden de ideas, la falta de consideración específica de la familia (esto es, de previsiones genéricas ya que no hay lineamiento alguno hacia las autoridades para materializar la protección del vínculo familiar o para que los familiares puedan hacer lo propio mediante la efectividad en la exigencia del derecho) se

---

de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia; c) el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, mas no del matrimonio; d) por el simple nacimiento de un niño, existe entre este y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquella, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y, f) ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos ni sus interpretaciones, se pronuncian sobre procedimientos válidos o inválidos para disolver el vínculo matrimonial, lejos de ello, dejan en libertad a los Estados para que en sus legislaciones establezcan los que consideren más adecuados para regular las realidades propias de su jurisdicción, siempre y cuando ninguno de estos se traduzca en un trato discriminatorio en los motivos o en los procedimientos. Tesis 1a. CCXXX/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XIII, octubre de 2012, p. 1210.

refleja a nivel de la legislación secundaria, a todo lo largo de la Ley Nacional de Ejecución Penal (de la que se obvia su mención).

Las referencias a la familia o a las relaciones familiares en esta legislación se presentan, en términos generales, como: *i)* como un apéndice de la vida carcelaria (tanto de la institución penitenciaria como de la persona privada de la libertad) de modo que están consideradas como uno más entre varios aspectos a tomar en cuenta para regular la vida en prisión de la persona privada de la libertad y, en consecuencia; *ii)* sin que sean entendidas como un objeto específico y autónomo de protección para el que, por tanto, se prevean medidas acordes para mitigar afectaciones negativas para la conservación de los vínculos con motivo del encarcelamiento o para proteger su viabilidad una vez que se dé la externación .

El único supuesto de previsión expresa es la maternidad dentro de las instalaciones penitenciarias, en el que sí se advierte un desarrollo legislativo para la implementación de medidas de salvaguarda del vínculo familiar[41] —no obstante, la permanencia misma del recién nacido y de la madre se considera altamente cuestionable y que es muestra de la prevalencia de una visión punitivista en detrimento del enfoque constitucional de reinserción—.

En ese orden de ideas, la dimensión de *apéndice de la vida carcelaria* se aprecia en distintas facetas:

- cuando se contempla a los familiares dentro de la categoría de visitantes (art. 3, frac. XXVII) y respecto del régimen de visitas (art. 59) en donde la relación familiar solo es relevante de manera diferenciada en el supuesto de madres privadas de la libertad para las que se prevé que se "generen disposiciones aplicables flexibles que alienten y faciliten las visitas familiares, especialmente de sus hijas e hijos" y respecto de la visita íntima "por un plazo de dos horas mínimo y cinco máximo, y con una periodicidad de al menos una vez cada dos semanas";

[41] Para su consulta in extenso, véase: Artículo 10. Derechos de las mujeres privadas de su libertad en un Centro Penitenciario y Artículo 36. Mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos, ambos de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

- respecto de las comunicaciones al exterior de las personas internas (art. 60), de modo que la reglamentación dé uso preferente del servicio telefónico quienes no se encuentren en el centro penitenciario más próximo a su domicilio o "para aquellas que no reciban visita familiar con frecuencia";
- en la conformación del expediente de ejecución, que contempla como uno de tantos rubros (art. 27, frac. III, inc. S) la "información sobre cónyuge, o pareja, familiares directos, así como dependientes económicos, incluyendo su lugar de residencia, origen y/o arraigo";
- para la integración del Sistema Nacional de Información Estadística Penitenciaria que, igualmente, comprende (art. 29, segundo párrafo) el deber de recabar "información estadística sobre características demográficas, socioeconómicas y familiares de la población penitenciaria, así como de su situación jurídica";
- al regular las medidas de vigilancia especial (art. 37, fracc. VI) para en los supuestos de sentenciados por delincuencia organizada, poder restringir las "visitas familiares e íntimas, así como las comunicaciones con el exterior";
- en los traslados internacionales, en los que puede haber prioridad para su realización cuando (art. 56) se compruebe "enfermedad grave o terminal de la persona sentenciada o de alguno de sus familiares consanguíneos en línea directa de primer y segundo grado ascendiente y descendiente";
- para el caso de revisiones corporales a personas menores de edad que ingresan al centro penitenciario (art. 62) que cuando no haya un adulto responsable deben realizarse en presencia de personal "para el Desarrollo Integral de la Familia";
- respecto de medidas terapéuticas, cuando haya riesgo para la vida de la persona sentenciada y esta no pueda dar su consentimiento (art. 79, segundo párrafo) "este podrá requerirse a su cónyuge, familiar ascendiente o descendiente, o a la persona previamente designada por él";
- en el caso de los salarios de la persona interna que realice un trabajo remunerado (art. 93, frac. IV) de modo que

"un porcentaje de las ganancias o salarios que acumule en la cuenta podrá ser entregado a sus familiares";
- respecto de la legitimación para formular peticiones a la dirección del centro de internamiento, que (art. 108, frac. II) pueden formularse por los "familiares hasta el cuarto grado de parentesco por consanguinidad de la persona privada de la libertad, su cónyuge, concubinario o pareja de hecho";
- en tratándose de la concesión de permisos extraordinarios de salida por razones humanitarias (art. 145) cuando la salida "se justifique por enfermedad terminal, fallecimiento de un pariente consanguíneo en línea ascendiente o descendiente de primer grado, cónyuge, concubina o concubinario, o socioconviviente", lo que no procede en el caso de delincuencia organizada, y
- en la pérdida, suspensión o restricción de derechos de familia, de modo que (art. 162) "el Juez de Ejecución notificará al Ministerio Público para que promueva el procedimiento respectivo ante el Juez de lo Familiar competente".

Mientras que la falta de consideración de la familia como objeto específico y autónomo de protección con motivo del internamiento de la persona privada de la libertad se aprecia en:

- la ausencia de lineamientos de intervención a la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (art. 3, frac. II), instancia que se le contempla dentro de un muy amplio catálogo de autoridades (gobernación, desarrollo social, economía, educación pública, salud, trabajo, cultura, deporte) que fungen como corresponsables para intervenir en el cumplimiento de la legislación de ejecución penal en el ámbito de sus atribuciones, a las que se les instruye coordinación (art. 7) que, igualmente, carece de lineamientos específicos de actuación en los que se considere la protección de la familia;
- en los principios rectores del sistema penitenciario la famillia no es considerada (por ejemplo, para la mitigación de los efectos negativos del encarcelamiento para el mantenimiento de los lazos familiares, la posibilidad de la reincorporación de la persona sentenciada como un estí-

mulo para que logre objetivos de internamiento que contribuyan a su efectiva reinserción, medidas positivas para la restauración de los vínculos familiares tras el internamiento, etc.). Solo se alude a la familia en relación con el principio de igualdad (art. 4), de modo que la condición o las responsabilidades familiares no sean aspectos que se traduzcan en discriminación;

- en la libertad condicionada, que conlleva que una persona pueda terminar la compurgación de su pena en externamiento, mediante una modalidad de supervisión con o sin monitoreo electrónico (art. 136), de modo que el ámbito familiar no es uno de los aspectos que se deban tomar en consideración y, en consecuencia, menos aún que se deba privilegiar para la procedencia de la medida;[42]
- en la solicitud de preliberación, relativa a la posibilidad que la autoridad penitenciaria puede hacer al órgano jurisdiccional para la conmutación de la pena, la liberación condicionada o liberación anticipada de un grupo determinado de personas sentenciadas, no se considera ningún aspecto relativo a la familia como parte del catálogo de supuestos de procedencia; [43]

---

[42] Para su consulta in extenso, véase: Artículo 137. Requisitos para la obtención de la libertad condicionada y Artículo 141. Solicitud de la libertad anticipada, ambos de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

[43] Artículo 146. Solicitud de preliberación
La Autoridad Penitenciaria, con opinión de la Procuraduría, podrá solicitar al Poder Judicial de la Federación o ante el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, la conmutación de pena, liberación condicionada o liberación anticipada de un grupo determinado de personas sentenciadas de acuerdo a alguno de los siguientes criterios:
I. Se trate de un delito cuya pena máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;
II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos;
III. Por motivos humanitarios cuando se trate de personas sentenciadas adultas mayores, portadoras de una enfermedad crónico-degenerativa o terminal, independientemente del tiempo que lleven compurgando o les falte por compurgar de la sentencia;
IV. Cuando se trate de personas sentenciadas que hayan colaborado con la procuración de justicia o la Autoridad Penitenciaria, y no hayan sido acreedoras a otra medida de liberación;

- en la justicia terapéutica (un beneficio de la sustitución de la ejecución de la pena para atención integral para atender la dependencia de sustancias y su relación con la comisión de delitos, según el art. 169), en la que: no se contempla la rehabilitación de los lazos familiares como parte de sus bases de operación;[44] ni en los principios del procedimiento —en los que se alude la integralidad— (art. 171, frac. IX), que se refiere a "Considerar a cada persona de forma integral y abordar la problemática considerándola un fenómeno multifactorial", de modo que la fami-

V. Cuando se trate de delitos de cuyo bien jurídico sea titular la federación o la entidad federativa, o aquellos en que corresponda extender el perdón a estos;
VI. Cuando la continuidad de la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines de la reinserción del sentenciado a la sociedad o prevenir la reincidencia.
No podrá aplicarse la medida por criterios de política penitenciaria en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, trata de personas, delincuencia organizada, secuestro, ni otros delitos que conforme a la ley aplicable merezcan prisión preventiva oficiosa, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En cualquier caso, la Autoridad Penitenciaria deberá aplicar los principios de objetividad y no discriminación en el proceso y ejecución de la medida.

[44] Artículo 170. Bases del programa
El programa debe contemplar los siguientes aspectos fundamentales:
I. Los trastornos por la dependencia de sustancias son considerados una enfermedad biopsicosocial crónica, progresiva y recurrente que puede afectar el juicio, el comportamiento y el desenvolvimiento social de las personas;
II. Debe impulsar acciones para reducir situaciones de riesgo de la persona sentenciada frente a la justicia sobre la dependencia en el consumo de sustancias;
III. Debe garantizar la protección de los derechos de la persona sentenciada;
IV. Debe fomentar programas que promuevan estrategias de integración social mediante la participación del sector público y sociedad civil;
V. Debe mantener una interacción constante entre la persona sentenciada, el Centro de Tratamiento, el Juez de Ejecución y los demás operadores;
VI. Debe medir el logro de metas y su impacto, mediante evaluaciones constantes y realimentar el procedimiento, a efecto de lograr una mejora continua, y
VII. Debe promover la capacitación interdisciplinaria y actualización constante del personal de las instituciones operadoras del sistema.

lia será uno de los aspectos de tal fenómeno; tampoco en la elaboración del programa (art. 172) que tiene como una de sus previsiones que sea acorde con las necesidades y características de la persona, en lo que pudiera comprenderse a la familia; ni en que como parte de los incentivos por los progresos en el programa la persona sentenciada pueda incrementar la interacción con su familia para fortalecer sus vínculos, ello en todo caso, quedaría implícito (art. 187, frac. II) dentro de una interpretación muy amplia de la posibilidad de "autorizar la participación libre en actividades de la comunidad"; sí se contempla la dimensión familiar como una de las modalidades de intervención,[45] pero no como objeto principal de tratamiento, sino en función de las necesidades del paciente, de lo que es muestra que en las obligaciones de los centros de tratamiento esté (art. 177, fracción XI), "integrar recursos familiares que sirvan de apoyo al mismo", esto es, al propio centro, no recursos para apoyar a las familias, y

- en la justicia restaurativa, en la que solo se considera a la víctima y a "la comunidad" (concepto en el que podría entenderse que queda subsumida la familia, solo si se le entendiera ausente de cualidades específicas diferenciadoras) como mecanismo (art. 200) para la identificación de "las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como a coadyuvar en la reintegración de la víctima u ofendido y del sentenciado a la comunidad y la recomposición del tejido social".

[45] Artículo 174. Modalidades de intervención
El programa puede llevarse mediante las siguientes modalidades de intervención:
I. Tratamiento psico-farmacológico, en caso de ser necesario de acuerdo al criterio del médico para el manejo de la intoxicación, de la abstinencia o de los trastornos psiquiátricos concomitantes;
II. Psicoterapia individual;
III. Psicoterapia de grupo;
IV. Psicoterapia familiar;
V. Sesión de grupo de familias;
VI. Sesiones de grupos de ayuda mutua;
VII. Actividades psicoeducativas, culturales y deportivas, y
VIII. Terapia ocupacional y capacitación para el trabajo.

Mención aparte merecen los servicios postpenales, en los que sí se contempla la dimensión familiar, en cuanto la autoridad debe (art. 207) establecer centros de atención y formación de redes para "prestar a los liberados, externados y a sus familiares, el apoyo necesario para facilitar la reinserción social, procurar su vida digna y prevenir la reincidencia", así como para "promover en la sociedad la cultura de aceptación del libertado o externado" de modo que este tipo de servicios se brinde de forma individualizada atendiendo a las "circunstancias de cada caso y a las posibilidades del sentenciado, externado y su familia".

En ese orden de ideas, tampoco la protección de familia es considerada en algunos de los aspectos más determinantes en la toma de decisiones judiciales sobre la privación de la libertad, como lo son:

la prisión preventiva justificada como medida cautelar,[46] para cuya decisión el juez deba hacer una ponderación sobre la necesidad de la medida, atendiendo a los daños potencialmente irreversibles hacia la conservación del bienestar de la familia al imponer la prisión cuando la persona goza de la presunción de inocencia de manera cabal, pues solo se considera al sujeto en su individualidad cuando se establece (art. 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales) que el juez atienda el criterio de mínima intervención de modo que la medida sea proporcional "según las circunstancias particulares de cada persona", justificando que sea la "menos lesiva para el imputado";

[46] Dejando de lado la prisión preventiva oficiosa, declarada violatoria de derechos humanos con motivo de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* de 7 de noviembre de 2022, notificada al Estado mexicano el 7 de enero de 2023, en el sentido de que: "171. En términos generales, para la Corte, cualquier figura de naturaleza pre-procesal que busque restringir la libertad de una persona para llevar a cabo una investigación sobre delitos que ella presuntamente habría cometido, resulta intrínsecamente contraria al contenido de la Convención Americana y vulnera de forma manifiesta sus derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia". Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470.

- en la fijación del plan de actividades, que es la columna vertebral para la reinserción de la persona sentenciada refiere (art. 3, frac. XX) en su estructura, "la organización de los tiempos y espacios en que cada persona privada de la libertad realizará sus actividades laborales, educativas, culturales, de protección a la salud, deportivas, personales y de justicia restaurativa, de conformidad con el régimen y organización de cada Centro"; y cuya observancia es vigilada por el juez de ejecución (art. 104) y ante el cual puede ser objeto de controversia (art. 117, frac. I), y
- en la decisión sobre traslados penitenciarios, supeditados a la previsión constitucional de la ubicación del sentenciado en el centro penitenciario más próximo a su "domicilio", de modo que en la determinación administrativa o judicial ya sea que se trate de un traslado voluntario (art. 50 y ss.) la afectación de sus vínculos familiares no es un criterio a considerar como tampoco lo es las cargas que recaerán hacia la familia, especialmente hacia las mujeres —en dinero, afectaciones laborales y de salud, en tiempos de cuidado de sus hijos o de su autocuidado— que tengan que peregrinar incluso de un extremo a otro del país para hacer una visita.

## V. Conclusión: discriminación indirecta para las personas privadas de la libertad y sus familias en el régimen mexicano de ejecución de penas

El análisis reflejado en los apartados precedentes muestra que la familia es la gran ausente en la ejecución de las penas (tanto en la operación del sistema penitenciario como en la reinserción de la persona sentenciada) y que ello encuentra explicación constitucional que se traduce en una discriminación indirecta hacia las personas en prisión (sea preventiva o punitiva), ya que se omite hacer una distinción donde debe hacerse para la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, lo cual, es especialmente llamativo porque las personas privadas de la

libertad y sus familiares son susceptibles de un análisis desde la óptica de la interseccionalidad[47] para garantizar su protección

[47] Discriminación múltiple o interseccionalidad de la discriminación. Su concepto y caso en el que se actualiza. Hechos: El recurrente, en representación de su menor hija, quien tiene discapacidad auditiva, promovió juicio de amparo indirecto contra la aplicación de la Ley que Establece el Derecho a un Paquete de Útiles Escolares por Ciclo Escolar a todos los Alumnos Residentes en el Distrito Federal, Inscritos en Escuelas Públicas del Distrito Federal, en los Niveles de Preescolar, Primaria y Secundaria y de la Ley que Establece el Derecho a Uniformes Escolares Gratuitos a Alumnas y Alumnos Inscritos en Escuelas Públicas de Nivel Básico en el Distrito Federal, aplicables para la Ciudad de México, y solicitó la suspensión definitiva para que se incluya a aquella en el padrón de beneficiarios de útiles y uniformes escolares de la Secretaría de Inclusión y Bienestar Social de dicha entidad federativa y se le entregue la ayuda para uniformes, becas y útiles escolares para el ciclo escolar 2019-2020. Al respecto, la Jueza del conocimiento resolvió, por un lado, negar la suspensión definitiva en los términos descritos, al considerar que ya había concluido el ciclo escolar y, por otro, concederla para el efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus facultades, inicien un procedimiento para integrar a la quejosa a un programa social acorde con su situación particular; determinación contra la cual promovió recurso de revisión. Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que la discriminación múltiple o interseccionalidad de la discriminación se actualiza cuando concurren una serie de condiciones que sitúan a una persona en una situación de desventaja o desequilibrio, como ser menor de edad, mujer y con una discapacidad auditiva, en cuyo caso, esos factores de vulnerabilidad ponen en riesgo la satisfacción de diversos derechos humanos y su proyecto de vida. Justificación: El término "intersección" describe una discriminación basada en diferentes motivos y evoca una concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación; tuvo su origen en las limitaciones procesales para responder a casos en que existía una discriminación conjunta por motivos raciales y de género. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, reconoce y aplica el concepto de interseccionalidad de la discriminación, al referir lo siguiente: "... 290. La Corte nota que en el caso confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente." En ese sentido, al ser los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mandatos que ordenan alcanzar su grado de satisfacción en la mayor medida posible, es deber del Estado otorgarlos

efectiva. Además, tal estado de omisión se traduce en que se deje de atender las previsiones constitucionales enfocadas en la protección de la familia y el interés superior de la niñez.

Es más, es tal la distorsión de la vigencia de ello en el caso, no solo de los reclusos que son padres, sino de las mujeres que son madres y de las que están embarazadas y tienen hijos recién nacidos en internamiento, que el interés de los menores no es superior porque queda supeditado a que se cumpla la pena de prisión, aunque el menor igualmente deba estar encerrado en la cárcel.

Si hubiera verdaderamente esa superioridad y si verdaderamente el sistema buscase la reinserción y no solo el mero castigo, ello debería traducirse en que tal situación fuera un serio motivo para que el juez de ejecución debiera, por ley, pronunciarse sobre la posibilidad de la compurgación de la pena en externamiento o sobre la procedencia de un beneficio prelilberacional ya que, si en el mundo pudiera haber algo que motivara a alguien a cambiar de vida, a revertir las causas del delito y evitar a consciencia la reincidencia, sería precisamente el nacimiento de un hijo en circunstancias tan desfavorables.

Con ello, es más que evidente que la familia no es un eje constitucional ni puede entenderse salvaguardado en la referencia constitucional a la comunidad y, en consecuencia, en la legislación secundaria. Baste pensar qué diferente sería un sistema en el que se ponderara y hubiera directrices para mitigar el impacto hacia la familia entorno a las decisiones en materia de medidas cautelares, traslados penitenciarios, fijación de las directrices del plan de actividades, procedencia de beneficios preliberacionales, en la justicia terapéutica, etcétera.

Paradójicamente, aun cuando la reinserción es *social*, de un lado, el sistema normativo implícitamente entiende que la pena de prisión es individual pues se enfoca en el sujeto de manera singular, con lo que se dejan de considerar y atender

---

con el máximo grado de satisfacción, como los relativos a la educación, la salud y la no discriminación, máxime cuando hay una clara desigualdad, en tanto que la quejosa es una menor, mujer y con discapacidad." Tesis I.4o.A.9 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2021, p. 2460.

el tipo de impactos devastadores como los que se han indicado y, por otro, existe ausencia de medidas específicas para que la reinserción se dé (para que el sentenciado excarcelado se inserte en) la familia, que de manera indiscutida se reconoce como, precisamente, la célula básica de la sociedad. Esto es, el sistema penitenciario en México parte de una ficción —*la cárcel la sufre solo el individuo y no su familia en proporción*— y desemboca en otra —*la reinserción es social y no, antes que otra cosa, familiar*—.

Así, es necesario que el Estado mexicano reconozca y atienda una realidad evidente: la medida de prisión impacta muy negativamente a la familia del sentenciado, no puede haber una reinserción social auténtica que no pase primero a través de la reinserción familiar.

Las familias de las personas privadas de la libertad viven adversidades particularmente intensas, ante las que el silencio legislativo —de base constitucional— se traduce en una discriminación indirecta,[48] porque el marco jurídico es omiso ante

[48] Discriminación indirecta o por resultados. Elementos que la configuran. Del derecho a la igualdad previsto en el artículo 1o. de la Constitución Federal y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano, se desprende que la discriminación puede generarse no solo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a quienes están en situaciones diferentes; sino que también puede ocurrir indirectamente cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. En este sentido, los elementos de la discriminación indirecta son: 1) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; 2) que afecta negativamente de forma desproporcionada a un grupo social; y 3) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar. De lo anterior se desprende que, a fin de que un alegato de discriminación indirecta pueda ser acogido, es indispensable la existencia de una situación comparable entre los grupos involucrados. Este ejercicio comparativo debe realizarse en el contexto de cada caso específico, así como acreditarse empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás. Por su parte, a fin de liberarse de responsabilidad, el actor acusado de perpetrar el acto discriminatorio debe probar que la norma no tiene solo una justificación objetiva sino que persigue un fin necesario. Tesis 1a./J. 100/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, noviembre de 2017, p. 225, Así como: Discriminación indirecta o no explícita. Su determinación

la necesidad de medidas diferenciadas que tiendan a corregir un estado de vulnerabilidad interseccional (en tanto sus intregrantes se ubican en distintas categorías de vulnerabilidad: personas pobres, de la tercera edad, mujeres, menores de edad, etcétera).

Es por ello que resulta necesario que el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y deporte se debe contemplar la conservación de la unidad familiar como eje rector de la organización del sistema penitenciario y que la reinserción familiar se identifique como componente teleológico diferenciado dentro del fin constitucionalmente amplio de la reinserción social (como sí hace el mismo art. 18, párr. sexto, respecto de la justicia para adolescentes)[49] y que ello se refleje transversalmente en los

---

requiere el análisis de factores contextuales y estructurales. El parámetro de regularidad constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación reconoce que esta última ocurre no solo cuando las normas, las políticas, las prácticas y los programas invocan explícitamente un factor prohibido de discriminación –categoría sospechosa–, sino también cuando estas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación genera un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. Ahora bien, para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, restricción o exclusión explícita sí genera un efecto discriminatorio en una persona, por el lugar que ocupa en el orden social o al pertenecer a determinado grupo social –con el consecuente menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos o libertades fundamentales–, es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación, ubicándose entre estos factores las relaciones de subordinación en torno al género, la identidad sexo-genérica, la orientación sexual, la clase o la pertenencia étnica; las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos históricamente desaventajados, y las condiciones socioeconómicas. Estos factores pueden condicionar que una ley o política pública –aunque se encuentre expresada en términos neutrales y sin incluir una distinción o restricción explícita basada en el sexo, el género, la orientación sexual, la raza, la pertenencia étnica, entre otros– finalmente provoque una diferencia de trato irrazonable, injusta o injustificable de acuerdo con la situación que ocupen las personas dentro de la estructura social. Tesis 1a. CXXI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2018, p. 841.

[49] [...] Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de

distintos componentes de la vida carcelaria, para que realmente sea visible el bienestar de la familia como objeto específico de tutela jurídica y a sus integrantes como titulares específicos de derechos fundamentales, afectados por la pena de prisión.

La legislación relativa a la reinserción social debe dejar de considerar, por una parte, a la persona privada de la libertad de manera abstracta, desligada de la familia y, por otra, que la familia esté subsumida en la comunidad pues quizás el significado más primario y evidente de reinsertarse en la comunidad sea, simple y llanamente, volver a estar con la familia de nuevo, ese es el sentido de comunidad que más importa.

## Referencias

Betancur-Pulgarín, Cl *et al*., "Funcionalidad familiar en personas privadas de libertad: departamento de Risaralda, Colombia", *Revista Chilena de Salud Pública*, vol. 22, núm. 1, 2018.

Checa Rivera, Natalia, *El sistema penitenciario. Orígenes y evolución histórica,* Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2017.

CIDH, Informe 38/96, Caso 10.506, X y Y vs. Argentina, 15 de octubre de 1996.

CIDH, Informe 67/06, Caso 12.476, Fondo Oscar Elías Biscet y otros vs. Cuba, 21 de octubre de 2006.

CNDH, "Recomendación General 33/2018 sobre el Derecho a Mantener la Vinculación con el Exterior de las Personas Pri-

justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.

vadas de la Libertad en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana", *DOF*, 13 de agosto de 2018.

CNDH, *Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad*, Informe de Actividades 2022, México.

Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470.

Documenta, *Niñas y niños que viven con sus madres en prisión*, 2016 a 2021.

García Zárate, Iván, "Ejecución penal. Cambios de paradigma y cultura jurídica", *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, núm. 12, año XVI, diciembre 2008.

García, Ana Karen, "Las mujeres y los niños: los más olvidados e invisibles dentro de las cárceles en México", *El Economista*, 19 de junio de 2022.

Garcia-Borés, Pep (dir.), *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2009.

Gaviria, Julieta *et al*., *Familias y contexto penitenciario. Estrategias de afrontamiento frente al proceso de privación de la libertad*, Bogotá, Universidad de la Salle, 2015, Programa de Trabajo Social.

Mier Reyes, Gustavo y Gutiérrez Ayala, Marcos, "Alcaldes ordinarios en la Ciudad de los Ángeles: origen y aspectos jurídicos", *Revista de Derecho*, Colombia, Universidad del Norte, 2020.

Pérez Correa, Catalina, "Las mujeres que visitan las prisiones", *Nexos*, México, 8 de marzo de 2017.

Sánchez, Antonio, "Historia del penitenciarismo en México", en García, Sergio e Islas de González, Olga (coords.*), Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo,* México, UNAM-INACIPE, 2018, Colección *Nuevo Sistema*.

Suriaga Aray, Cristian, *Desestructuración familiar como causa del trastorno disocia*l, Universidad Técnica de Machala, 2016.

TEDH, *Caso Messina vs. Italia*, sentencia de 28 de septiembre de 2000.

Valdivieso, Mónica y López, Valentina, *El Derecho de las personas privadas de libertad a conservar sus vínculos familiares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago de Chile, 2018.

**Legislación**

Código Civil Federal.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

# Breves reflexiones en torno a la facultad soberana del Estado para realizar restricciones constitucionales

*Elba Jiménez Solares**

Sumario: I. Soberanía y derechos fundamentales. II. ¿Cuál es el objeto o fin de las restricciones constitucionales? III. El principio de supremacía constitucional como fundamento de validez de una restricción constitucional. IV. ¿Es válido restringir derechos humanos aún con el apoyo de la voluntad popular? V. La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, restricciones constitucionales expresas en la Constitución mexicana. VI. Conclusiones. Referencias.

## I. Soberanía y Derechos Fundamentales

En la doctrina nacional e internacional, encontramos diversas opiniones en torno a la soberanía estatal, que si ya no es absoluta, que si ha evolucionado, que si se ha relativizado o incluso, que si es inexistente ante el desarrollo del derecho internacional y el avance en el reconocimiento de los derechos humanos,[1] sin

* Consejera especialista en la protección de derechos humanos y búsqueda de personas dentro del Consejo Ciudadano.

1 Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, "La soberanía en la era de la globalización", en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus T. (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, FES Acatlán-UNAM, 2010, pp. 55-64.

embargo, con independencia de la postura que se adopte, es claro que el concepto soberanía sigue vinculado al Estado mismo, quien, por ser considerado soberano, los actos que realiza son relevantes tanto para el derecho nacional como internacional. En el tema de los derechos fundamentales, la característica de ser soberano constituye un elemento fundamental para atribuirle responsabilidad nacional e internacional por la falta o inadecuada protección de los derechos de las personas sometidas a su potestad, dentro de su ordenamiento jurídico.

De acuerdo con la doctrina relativa a la teoría del Estado, de entre sus elementos está el pueblo, libre y soberano, quien es el que le confiere el poder soberano. Este atributo denominado soberanía, le confiere el poder, pero también la responsabilidad para actuar a través de sus órganos y agentes, en su nombre y representación, así como para administrar los bienes públicos que le son dados con el fin de ordenar, dirigir y hacer posible la vida en sociedad, dentro y fuera de su territorio mediante el desarrollo normativo, nacional e internacional. En ese orden de ideas, el concepto jurídico-político soberanía trasciende para fundamentar todo el actuar del Estado, propiciando que se absorba y diluya, el elemento pueblo, quien al inicio fue el que le dio nacimiento y el poder para actuar.[2]

En esa tesitura, se presupone que es la voluntad del pueblo soberano, la que está expresada a través de las normas fundamentales que crea el Estado y por ende deben de imperar en su

[2] "La soberanía [...] nació como un concepto político, como cualidad de los gobernantes o de los gobernados y se transforma en uno jurídico, con la necesidad de auto determinarse en función de la potestad, de darse un orden jurídico que pase del mero concepto formal de soberanía, a un concepto práctico capaz de generar atribuciones, hasta llegar a su discusión como cualidad del pueblo, en cuya transformación se garantiza la libertad de acción de los miembros de la comunidad, y que no es sino a través de este orden jurídico que el estado alcanza el bienestar común. La soberanía nace hoy como forma de autodeterminación, como necesidad de darse un orden jurídico, no como originaria del pueblo, sino del estado como una unidad, donde el pueblo pasa a un segundo plano ya no como origen de la soberanía sino como un órgano del estado [...]", Rodríguez Santibáñez, Ileana, *La Soberanía en tiempos de globalización*, México, Porrúa, 2011, p. 15.

territorio, así como también, pueden limitar el poder del Estado, pero también autolimitar al mismo pueblo, a fin de vivir de manera armónica en sociedad y como parte de la comunidad internacional.

Por tanto, la justificación de la validez de las normas fundamentales está en su origen mismo, cuando se atribuye su creación a los órganos constituyentes, representantes y voceros de la voluntad popular. Visto así, el pueblo en ejercicio de su soberanía popular es quien se da sus normas y se autolimita. La voluntad popular soberana, libre y plena, es la que se erige como la única fuente válida y de legitimación de todo el ordenamiento jurídico nacional.[3]

Ahora bien, las normas de derechos fundamentales resultan ser aquellas normas jurídicas que se encuentran en la norma fundamental y que importan contenidos de derechos humanos en el ámbito interno, bien sean de origen nacional o internacional. Son los derechos que el Estado reconoce y atribuye a las personas físicas y jurídicas sometidas a su potestad, y que puede limitar y regular en su ejercicio y disfrute. Los derechos fundamentales constituyen un límite para el Estado y sus autoridades, implican, además, la realización de una serie de requisitos y condiciones que las autoridades estatales deben cumplir ante sus gobernados para el correcto y adecuado desempeño de las funciones y tareas que tienen encomendadas. Visto así, las normas fundamentales tienen como objeto regular y/o limitar el actuar del Estado, sus órganos y agentes, a efecto de servir a la población y trabajar en la consecución de los fines que el Estado tiene encomendados y que son la razón de su existencia, a saber: salud, abasto, seguridad, vivienda, educación, justicia, bienestar, orden, paz social, entre los más importantes y que corresponden a las demandas o

[3] Al respecto, cabe citar a Carlos S. Fayt quien afirma que conforme a la doctrina americana "[...] la radicación de la soberanía en la nación, o lo que es lo mismo, en el pueblo, significa en primer término 'dominio y posesión de sí mismo', esto es, facultad de autodeterminarse a sí mismo jurídica y políticamente; en segundo lugar, que el poder originario reside en él, y que todo poder de autoridad o dominación es delegado, 'un poder constituido y delegado'". Fayt, Carlos S., *Derecho Político*, 11a. ed., Argentina, Editorial La Ley, 2003, t. I, p. 231.

necesidades de la población para vivir con dignidad humana. Los fines contenidos en las normas fundamentales dotan de validez material al ordenamiento jurídico que desarrolla el Estado.

Asimismo, las normas de derechos fundamentales contienen caracteres propios del sistema jurídico nacional al que pertenecen. Estas normas jurídicas, aunque con diversas características, pueden importar contenidos semejantes a otras normas de derechos humanos pertenecientes a los diferentes sistemas jurídicos nacionales o internacionales existentes, o bien, presentar un diferente nivel o grado de desarrollo en sus contenidos. Es así que, las normas fundamentales a partir de sus coincidencias con otras normas jurídicas de derechos humanos ajenas a su sistema, internacional o nacional pueden ser complementadas y/o desarrolladas en sus respectivos ámbitos con el objeto de alcanzar los fines fijados dentro de su sociedad.

Cabe destacar que las normas de derechos fundamentales no solo importan contenidos sustantivos de derechos humanos, sino también de carácter adjetivo o procedimental,[4] e incluso, contienen reglas y principios relacionados con las funciones, atribuciones y deberes del Estado y de sus autoridades, así como respecto a la organización, estructura, funcionamiento y mantenimiento del aparato del Estado.

Con el surgimiento del Estado de derecho, donde los derechos humanos se convierten en un elemento legitimador del Estado, y la dignidad humana ocupa el centro del universo jurídico, se podría considerar que todas las normas, así como el actuar del Estado se vinculan con los derechos humanos, para buscar propiciar la vida digna de todas las personas dentro de la sociedad en la que se desarrollan.

Luego entonces, propiciar la dignidad humana constituye un deber ineludible del Estado y de sus autoridades con relación a las personas que están bajo su potestad. La soberanía estatal se convierte así, ya no solo en un atributo y poder del Estado, sino en una fuente de validez formal de las normas y en un elemento

[4] Véase Jiménez Solares, Elba, *Tratados internacionales de derechos humanos, ¿Derecho uniforme u orden público general?*, 2a. ed., México, Flores Editor, 2015, p. 420.

básico para atribuirle responsabilidad por su actuar frente a la población sometida a su imperio.

## II. ¿Cuál es el objeto o fin de las restricciones constitucionales?

Se entiende por restricción a toda acción y efecto de restringir, ceñir,[5] es decir, se trata de una acción consistente en limitar, acotar o reducir; denota una acción impuesta que tiene como efecto limitar o condicionar algo. Por tanto, en nuestro lenguaje jurídico la acepción restricción constitucional, se refiere a toda facultad del Estado y sus autoridades prevista en la norma constitucional o fundamental que tiene como efecto limitar, acotar o reducir el ejercicio y disfrute, por ejemplo, de los derechos fundamentales de las personas.

Una restricción a un derecho, contenida en la norma fundamental, es entendida como una expresión de la voluntad popular soberana de limitar un derecho, y por ende justifica el actuar del Estado en ese sentido. Es decir, constituye la expresión de la voluntad del pueblo soberano de querer autolimitarse.

En este orden de ideas, una restricción contenida en la norma fundamental solo puede ser entendida como la libre expresión de la voluntad del pueblo soberano de querer autolimitarse con el objetivo de alcanzar los fines sociales establecidos. Visto así, la creación, aplicación e interpretación de las normas jurídicas fundamentales que restringen derechos humanos se entiende justificado, y se puede predicar su validez y/o legitimidad, en el entendido de que se ha emitido con la finalidad de hacer posible, por ejemplo, la dignidad humana de todas las personas que componen esa sociedad que está sometida a su potestad.

Por el contrario, una restricción constitucional contenida en una norma fundamental que no tenga una justificación relacionada con el propiciar una vida digna o un trato digno a las personas a las que va dirigida, se puede convertir en una norma violatoria

[5] RAE, Diccionario de la lengua española, *https://dle.rae.es/restricci%C3%B3n?m=form*

de derechos fundamentales y de derechos humanos, y por tanto, ilegítima, por estar en contravención a los fines de dicha norma.

Bajo esta tesitura, es menester señalar que la protección y el respeto a los derechos humanos y fundamentales de las personas, a cargo del Estado y sus autoridades, se puede analizar desde dos ámbitos, uno, cuando se emiten normas jurídicas consecuentes y armónicas con los derechos humanos, y otro momento es cuando las interpretan, aplican y/o desarrollan en consonancia y armonía con dichos derechos, buscando propiciar la vida y/o un trato digno para las personas.

En varios artículos de nuestra Constitución encontramos diferentes restricciones constitucionales expresas, entre las que destacan las siguientes: *i)* la detención sin orden judicial por casos de urgencia o flagrancia y el arraigo de personas a las que se les impute la comisión de delitos de delincuencia organizada, conforme a lo previsto en el artículo 16; *ii)* la determinación del internamiento como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, para los adolescentes mayores de 14 años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito, la prohibición del derecho de un reo de compurgar su pena en un centro penitenciario cercano a su domicilio si se relaciona con un caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, según lo dispone el artículo 18; *iii)* la aplicación de la prisión preventiva oficiosamente, cuando a una persona se le impute la comisión de delitos relativos a abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el

libre desarrollo de la personalidad, y de la salud, según lo dispone el artículo 19; *iv)* en el caso de la persona imputada por el delito de delincuencia organizada la norma fundamental permite que la autoridad judicial pueda autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador; así como la restricción del derecho del imputado a la publicidad de la audiencia por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal lo estime conveniente; el no poder conocer de manera inmediata junto con su defensor el contenido de la carpeta de investigación en los casos excepcionales expresamente señalados en la ley y cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación, artículo 20, Apartado B; *v)* la procedencia de la acción de extinción de dominio sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos, artículo 22; *vi)* la prohibición del ejercicio del derecho al culto religioso en actos públicos con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política, artículo 24; *vii)* las limitaciones al derecho de la propiedad privada, artículo 27; *viii)* la restricción para acceder a algunos cargos públicos a nacionales y/o funcionarios públicos, artículo 32; *ix)* la restricciones para los extranjeros de poder realizar ciertas actividades, artículo 33; *x)* la restricción de la ciudadanía mexicana y de sus derechos y prerrogativas, artículos 37 y 38, y *xi)* la restricción de derechos laborales de algunos trabajadores al servicio del Estado, tales como militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, artículo 123, apartado B, fracción XIII.

Veamos pues si en el derecho mexicano se ha dado una fundamentación y justificación válida, para restringir derechos humanos.

## III. El principio de supremacía constitucional como fundamento de validez de una restricción constitucional

La supremacía constitucional en México está expresada en los primeros dos párrafos del artículo 1º de nuestra Constitución federal y en el artículo 133[6] del mismo ordenamiento en donde se dispone que la Constitución es la norma suprema y que los derechos fundamentales que las personas pueden disfrutar en México son los que la misma norma reconoce (derechos previstos en la norma fundamental y en los tratados en los que nuestro país es parte).

Nuestra norma fundamental dispone que el ejercicio de tales derechos se podrá restringir y suspender en los casos y condiciones que la misma norma fundamental dispone. Asimismo, la Constitución instruye a las autoridades a interpretar las normas de derechos humanos de conformidad con ella y con los tratados internacionales aplicables, haciendo uso en su caso, del principio pro persona.

Recordemos que, la inclusión expresa de las normas de derechos humanos (derechos fundamentales), de fuente nacional y convencional internacional, a nuestra norma fundamental se dio a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011.[7]

---

6 CPEUM, art. 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm*

7 *DOF,* Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de

En su momento, esa reforma constitucional fue calificada, como de gran trascendencia dado el gran número de derechos humanos que se reconocieron e incorporaron a nuestro sistema jurídico, sin olvidar que, con antelación, ya se había iniciado un proceso de incorporación de normas internacionales de derechos humanos en el derecho mexicano, vía jurisprudencial[8] y legislativa en materia de procuración de justicia penal con la reforma constitucional de 18 de junio de 2008.

En el 2008 se buscó instaurar no solo un conjunto normativo garantista, sino toda una infraestructura organizacional y funcional dentro del Estado, para conformar el entonces nuevo sistema de justicia penal en México,[9] cuyos fines eran proteger los derechos humanos de todas las personas en materia penal, no solo del imputado, sino también de las víctimas y de la sociedad mexicana, para hacer posible entre otros, la paz, la seguridad ciudadana, el combate a la impunidad, el acceso a la justicia pronta y expedita, la reparación del daño a las víctimas de delitos y de violaciones a derechos humanos y el respeto a la dignidad humana de todas las personas relacionadas con la comisión de un delito. Por tanto, la reforma de 2011 llegó a complementar y dar continuidad al proceso de conformación de un sistema normativo más garantista.

Recordemos que la reforma penal contempló, un plazo de ocho años para su debida y total implementación en nuestro país.

---

los Estados Unidos Mexicanos, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm*

8 Con la discusión por la Suprema Corte de Justicia de la Nación del Expediente Varios 912/2010, a propósito del cumplimiento de la sentencia del caso *Radilla Pacheco.* Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

9 Gerardo García Silva, refiere lo siguiente: "Eso que llamamos Sistema de Justicia Penal, se encuentra integrado por los subsistemas de Seguridad Pública, Procuración e Impartición de Justicia y Ejecución de Sanciones". Lo anterior, no permite ver que la reforma penal de 2008 no solo implicó una transformación del sistema normativo sino también un gran cambio en la estructura, atribuciones y funciones del Estado, de ahí su gran impacto. *El Nuevo Sistema de Justicia Penal, Fundamentos, alcances y perspectivas*, México, Porrúa, 2010, p. 12.

Pasado ese plazo y a lo largo del desarrollo normativo que hemos tenido a la fecha, bien cabe hacer una reflexión y balance respecto a dónde estamos y hacia dónde vamos en materia de protección y respeto a los derechos humanos, y a la luz de las restricciones constitucionales.

Al día de hoy, ya que vemos varias restricciones constitucionales expresas en nuestra norma fundamental bien valdría revisar si encuentran su justificación y congruencia con el proceso de instauración de un sistema jurídico más protector de los derechos humanos de todas las personas, y que el Estado mexicano inició desde 2008 y 2011 y que continúa a la fecha.

Sobre la validez y/o legitimidad de estas restricciones a los derechos humanos, nuestro máximo tribunal, se ha pronunciado en el sentido de justificarlas a la luz del principio de jerarquía normativa y con base en el principio de la supremacía constitucional, haciendo a un lado el pro persona, para resolver toda contradicción entre una norma internacional (léase norma convencional o sentencia internacional)[10] y una norma fundamental que contenga una restricción constitucional expresa a un derecho fundamental.[11]

---

[10] Porfirio Andrés Hernández refiere: "Lo anterior se agrava porque la Suprema Corte al resolver el expediente Varios 1396/2011 fue más allá de lo establecido en la contradicción de tesis 293/2011, pues indicó que las restricciones constitucionales (en este caso se trataría del arraigo) no solo prevalecían frente a las normas de derechos humanos, sino incluso frente a las sentencias de la Corte Interamericana". *Restricciones constitucionales y arraigo. Un tema pendiente para el Estado mexicano*, México, CEC-SCJN, 7 de octubre de 2021, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/restricciones-constitucionales-y-arraigo-un-tema-pendiente-para-el-estado-mexicano*. Véase también expediente Varios 1396/2011, *https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/SjIl3ngB_UqKst8o8-IU/*

[11] Al respecto la SCJN ha emitido las siguientes jurisprudencias, con motivo de la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011: Tesis P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. I, abril de 2014, de rubro Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional; Tesis P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. I, abril de 2014, de

Asimismo, nuestro máximo tribunal también ha señalado que en ningún caso, el principio pro persona podrá ser invocado para hacer a un lado una restricción constitucional expresa,[12] asegurando así la supremacía de la norma fundamental con respecto a cualquier otra norma nacional o internacional. Al final, encontramos que la Suprema Corte considera que, en tanto que se trata de un órgano constituido y no constituyente no puede ir más allá de la Constitución y, por tanto, las normas fundamentales son normas inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional previsto en la Constitución, agregando que la norma fundamental, "por lo menos desde un punto de vista formal, no es posible que viole derechos humanos".[13]

No obstante, esta explicación no nos parece suficiente, pues los derechos fundamentales contenidos en la norma suprema

---

rubro Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona; Tesis 1a./J. 29/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. I, abril de 2015, de rubro Derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudirse a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia.

12 Tesis 2a./J. 56/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. II, mayo de 2014, de rubro Principio de interpretación más favorable a la persona. su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental.

13 Tesis 2a./J. 3/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. II, febrero de 2014, de rubro Control de constitucionalidad. No puede realizarse respecto de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. "Los indicados preceptos no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad mediante alguno de los recursos establecidos en la Ley de Amparo, pues las normas que componen la Constitución General de la República constituyen la fuente de todo el ordenamiento jurídico y deben considerarse como mandatos inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional [...] lo cierto es que no es posible, desde el punto de vista formal, considerar que viola derechos humanos, pues ello implicaría que la Norma Fundamental no es tal, en la medida en que el sistema de control constitucional que establece es capaz de invalidar su propio contenido [...]".

contienen no solo reglas sino también principios, por lo que su interpretación y aplicación no se puede reducir solo a la aplicación del principio de jerarquía normativa para resolver contradicciones entre normas de derechos humanos.

Las normas de derechos humanos requieren ser desarrolladas, interpretadas y aplicadas con base en los diferentes principios de derechos humanos que tenemos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y en los tratados internacionales en los que nuestro país es parte, por lo menos, a fin de hacer posible el ejercicio, disfrute y protección efectiva de tales derechos humanos en México y conforme a lo que se buscó, con las diferentes reformas que han habido en materia de derechos humanos, principalmente, las de 2008 y 2011.

Por tanto, la interpretación, aplicación y desarrollo de las normas fundamentales que restringen expresamente derechos humanos también deberían ser armónicas y estar sujetas a los principios y reglas de derechos humanos contenidos en la Constitución y demás normas que vinculen al Estado mexicano en materia de protección y respeto a los derechos humanos.

Fernando Silva García refiere que:

> "[...] las *restricciones constitucionales expresas* no son absolutas, es decir, no constituyen figuras metaconstitucionales. Todas las *restricciones constitucionales expresas,* inclusive en nuestra particular democracia, están rodeadas de garantías y derechos que deben observarse para que la aplicación de aquellas resulte válida [...] el alcance de las *restricciones constitucionales expresas* debe definirse en forma casuística, sistemáticamente y a la luz de los derechos y garantías que condicionan la validez de su aplicación en los casos concretos [...]".[14]

En ese tenor, agregaríamos que tampoco las restricciones constitucionales pueden implicar atribuir un poder o facultad metaconstitucional a ninguna autoridad, ni tampoco un poder ilimitado

[14] Silva García, Fernando, "Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)", *Revista Cuestiones Constitucionales*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, núm. 30, enero-junio, 2014, *https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932014000100011*

o incontrolable en el ámbito nacional, y mucho menos, si impactan en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos de las personas. Considerar que el Estado en virtud de ser soberano no puede estar sujeto a controles, nos podría conducir a la instauración de un gobierno dictatorial, cuyas autoridades fácilmente violen derechos humanos por el poder ilimitado e incontrolable que tuvieren. Se correría el riesgo de dar paso a la legalización y justificación del uso abusivo del poder del Estado, solo por estar establecido así en la norma fundamental, creación del "Estado soberano".

## IV. ¿Es válido restringir derechos humanos aún con el apoyo de la voluntad popular?

En la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpreta el artículo 1º de la Constitución de 1917, observamos dos corrientes del pensamiento constitucional que predominaron después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la cultura de los derechos y libertades de las constituciones democráticas surgió en contraposición al estatismo liberal del siglo pasado. Parece que la Corte, con los criterios emitidos, buscó combinar dos posturas, por un lado, la concepción de la Constitución como norma fundamental de garantía y por el otro la Constitución como una norma directiva fundamental que debe transmitirse a los poderes públicos.

Esto lo explica claramente Maurizio Fioravanti cuando afirma que por un lado, está el mantenimiento del "dogma de la voluntad general, que se traduce en el predominio absoluto del legislador que pensaba encarnar la voluntad general o en el predominio absoluto de la soberanía popular —en la versión radical y jacobina— como poder ilimitado del cuerpo constituyente soberano de cambiar la constitución" y por el otro, el de la tradición revolucionaria consistente en que "la constitución era límite al posible arbitrio de los poderes constituidos, o norma directiva fundamental que aquellos poderes siguen en cuanto que pretenden encarnar por su cuenta la voluntad general o en cuanto que la soberanía popular pretende imponerles esa misma dirección."[15]

[15] Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, 3a. ed., España, Trotta, 2000, pp. 130 y 131.

Siguiendo esa lógica, si bien son los poderes constituyentes quienes crean la norma fundamental (voceros de la voluntad popular soberana) y los poderes constituidos solo les corresponde desarrollar, interpretar, complementar y aplicar el sistema normativo en consonancia con los parámetros, contenidos y lineamientos definidos por la norma fundamental; la pregunta que ahora nos surge es ¿se puede considerar válido y legítimo, que el poder constituyente, aún con el respaldo popular, pueda restringir los derechos fundamentales de las personas en atención a que esto está establecido en la norma fundamental, incluso no de manera expresa, sin haber un límite o control alguno?

La respuesta dada por la Suprema Corte en el sentido de que los derechos fundamentales se deben restringir porque así lo ha establecido la norma fundamental, no resulta satisfactoria, ya que no constituye un argumento suficiente para justificar por qué se decide por el Estado y sus autoridades restringir los derechos humanos.

Ya que en el ámbito interno, nuestro Tribunal Supremo se limita a dar una respuesta meramente formal, repitiendo el texto de la norma fundamental, veamos qué respuestas nos ofrecen los tribunales del ámbito internacional.

A nivel internacional encontramos que, nuestro país es miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), asimismo, es parte de varios tratados internacionales de derechos humanos entre los que destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, que desde 1998, aceptó someterse al control establecido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde están la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),[16] de tal manera que las resoluciones y decisiones emitidas en dichos foros interamericanos le son vinculantes, jurídica y/o moralmente hablando. No cabe duda que, cuando México expresó su voluntad de vincularse

[16] Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aceptación de México, 16 de diciembre de 1998, Decreto Promulgatorio, *DOF*, 24 de febrero de 1999. Fe de erratas, *DOF*, 25 de febrero de 1999, *http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/16121998.pdf*

por los tratados internacionales que suscribió, expresar también su voluntad de ser parte de esas organizaciones internacionales, y su consentimiento para que las diversas normas jurídicas contenidas y emanadas de los diferentes instrumentos jurídicos y foros internacionales, le fueran de alguna forma guía y/o vinculantes en su actuar, máxime si estas eran consecuentes con los fines fijados en la organización internacional, en beneficio de las personas que se encuentran bajo su potestad.

Lo anterior, igualmente aplica en el caso del sistema universal, representado por la Organización de Naciones Unidas, donde México es país miembro, y por consiguiente, las normas emanadas de ahí, contenidas en los diferentes instrumentos jurídicos internacionales que se adoptan, resoluciones emitidas por sus tribunales internacionales, resoluciones y recomendaciones de los diferentes mecanismos supervisores de derechos humanos allí previstos, cuyo objeto o fin común son los objetivos fijados en la misma organización. Cabe señalar que entre ellos está la dignidad humana.

Ahora bien, regresando al ámbito regional, la Carta Democrática Interamericana constituye un instrumento jurídico internacional vinculante para los Estados miembros de la OEA, y en él se establece que el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales son elementos de la democracia representativa y que el ejercicio de la misma se expresa mediante la sujeción del poder del Estado al Estado de derecho y al respeto de los derechos humanos.[17]

Por su parte, la Corte IDH, ha expresado que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el perma-

[17] Carta Democrática Interamericana, art. 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; [...]. Art. 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa [...] el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia, *https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm*

nente respeto al derecho internacional de los derechos humanos, que un verdadero régimen democrático se determinada por sus características tanto formales como sustanciales, y por ende, la protección de los derechos humanos es un límite infranqueable a la regla de mayorías.[18] De ahí que la voluntad del pueblo no puede ser considerado un único fundamento, y además suficiente, para justificar que los órganos del Estado puedan emitir o aprobar normas que restrinjan los derechos humanos de las personas, sin tener la posibilidad de que los poderes públicos puedan ser sometidos a un control o fiscalización por la emisión o aplicación de tales normas conforme a la ley. En su momento, el control de convencionalidad puede ser un instrumento importante para actuar garantizando la tutela de los derechos fundamentales.

La doctrina del control de convencionalidad que en su momento se desarrolló, tuvo su fundamento en el deber internacional de los Estados de cumplir con sus compromisos, en los términos establecidos por la Convención de Viena de 1969 Sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, a la luz

[18] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, "239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en [...] instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que 'el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley' [...].", *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf*

del principio *pacta sunt servanda;*[19] así como en el principio de no poder invocar como justificación para dejar de cumplir con un tratado la contravención a una norma de derecho interno,[20] y en el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en diversos tratados e instrumentos jurídicos internacionales, principalmente de derechos humanos.[21]

En ese tenor, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-2/82, explicó que los tratados internacionales de derechos humanos tienen por objeto y fin *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, por tanto, los Estados parte se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, hacia los individuos bajo su jurisdicción*[22]

---

19 ONU, Convención de Viena de 1969, Sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, art. 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, *https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf*

20 *Ibidem*, Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...].

21 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, *https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp*. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2, párr. 2); y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, párr. 1), *https://www.un.org/es/our-work/documents*

22 Corte IDH. OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párr. 29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se

por tanto, al realizarse un control de convencionalidad de las leyes o de los actos de la autoridades nacionales, lo que se busca es que se aplique y se dé eficacia entre otros, a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, en el ámbito nacional, garantizando así de manera efectiva la protección y respeto de los derechos humanos de las personas dentro de los respectivos sistemas jurídicos nacionales.[23]

Desde la perspectiva del derecho internacional, encontramos que el fundamento para predicar la validez de las restricciones a los derechos fundamentales, no se puede apoyar ni en la soberanía del Estado, tampoco que ésa es la voluntad de las mayorías (soberanía popular), y mucho menos, presuponiendo la existencia de una jerarquía normativa. Lo anterior, debido a que en el ámbito internacional dichos elementos, no son elementos fundamentales para el desarrollo y/o interpretación de las normas que conforman el sistema jurídico internacional y tampoco tienen un impacto en la validez de las normas internacionales.

Ahora bien, las normas que restringen derechos fundamentales parecen encontrar su validez y fundamento, en aspectos

---

someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción, *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf*

23 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124. "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin [...]. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana", *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf*

relacionados con los efectos que dichas normas tienen en el ejercicio y disfrute de otros derechos humanos. Es decir, dependen del impacto negativo o positivo que pueden tener, con su aplicación, en el ejercicio y disfrute de otros derechos humanos de la persona que se ve restringida en sus derechos o en los de terceros.

Asimismo, consideramos que otro parámetro de referencia es, si con la aplicación de la norma que restringe derechos hay, un mayor o menor grado de acercamiento a la dignidad humana. Por otra parte, dado que la norma internacional para tener eficacia en el ámbito nacional requiere de alguna forma de implementación en el ámbito nacional, el procedimiento de implementación también resulta ser de una especial relevancia para determinar si la medida restrictiva dota de eficacia a las normas internacionales de derechos humanos.

Cabe señalar que las normas internacionales de derechos humanos, en su mayoría son preceptos normativos que se establecen, principalmente, a manera de principios y por ello, requieren ser desarrollados en el ámbito nacional, por parte de los órganos del Estado, a través de un procedimiento de implementación que dote de eficacia de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito doméstico, al generar las condiciones que garanticen alcanzar el objeto o fin contenido en tales normas.

Los procedimientos de implementación de estas normas internacionales también son un aspecto importante para considerar la validez de una norma nacional que restrinja derechos fundamentales. Veamos un caso práctico para ejemplificar lo antes expuesto.

## V. La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, restricciones constitucionales expresas en la Constitución mexicana

El 7 de noviembre de 2022 y el 25 de enero de 2023, la Corte IDH emitió dos sentencias de fondo de gran relevancia, relacionadas con dos figuras constitucionales que implican restricciones ex-

presas a los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia penal, la primera sentencia fue la del caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México,*[24] y la segunda, correspondió al caso *García Rodríguez y otro vs. México*.[25]

En ambos casos, la Corte IDH analizó el arraigo[26] y en la sentencia de 2022, se pronunció respecto de la prisión preventiva y

[24] Los hechos que motivaron la condena del Estado mexicano por violar los derechos humanos de Jorge Marcial y Gerardo Tzompaxtle Tecpile. Las víctimas fueron privadas de la libertad, primero mediante la aplicación del arraigo y después con la prisión preventiva, asimismo, en el tiempo de la privación de la libertad, fueron incomunicadas y torturadas. Todo esto, bajo el argumento de la sospecha de la comisión de delitos relacionados con delincuencia organizada en la modalidad de terrorismo. Al final el juez de la causa penal resolvió su absolución. La privación de libertad, por medio del arraigo fue de más de 3 meses y la prisión preventiva, fue por un plazo de dos años y medio. Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf*

[25] En el año 2002, Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz, fueron privados de la libertad, con la sola acusación de estar relacionados con el homicidio de una funcionaria local, siendo imputados por los delitos de extorsión, fraude, delincuencia organizada y homicidio calificado. Al momento de su detención, les fue impuesto el arraigo y después la prisión preventiva oficiosa, previo al proceso penal al que fueron sujetos y que propició que fueran privados de la libertad, por un periodo mayor a 17 años. A la fecha de la sentencia internacional, no contaban con una sentencia condenatoria definitiva. Las víctimas denunciaron haber sido sometido a maltratos severos y tortura en el período de arraigo, con el objeto de que realizaran confesiones auto inculpatorias. La Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional de México por violar los derechos a la integridad personal, libertad personal, a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, en relación con el incumplimiento del Estado de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno en perjuicio de las víctimas. Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf*

[26] La figura del arraigo fue incorporado a nivel constitucional en 2008, con motivo de la reforma constitucional en materia penal. Actualmente, este es el texto del párrafo 8 del artículo 16 de la CPEUM: "La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades

en la de 2023, respecto de la aplicación oficiosa de la prisión preventiva.[27] Dichas figuras están actualmente previstas en nuestra Constitución como restricciones expresas a los derechos fundamentales.

La Corte Interamericana consideró que, en el periodo en el que las víctimas fueron detenidas y arraigadas por las autoridades para investigarlas y acreditar su responsabilidad penal, no se respetaron sus derechos humanos: saber de inicio las razones de su detención, la notificación previa y detallada de los cargos en su contra, la puesta a disposición inmediata ante la autoridad judicial, contar con una defensa técnica en los primeros días posteriores a su detención, y no ser sometido a aislamiento e incomunicación durante la retención.

En consecuencia, por las condiciones en las que se ejecutó el arraigo, la Corte Interamericana consideró que dicha figura es una medida restrictiva a la libertad, de naturaleza preprocesal con fines investigativos, que resulta ser contraria a la Conven-

---

de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días", *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf*

27 La figura de la prisión preventiva oficiosa está prevista en el artículo 19 a la CPEUM, párrafo segundo: "[...] El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud", *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf*

ción Americana, pues vulnera *per se* los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia.

La Corte resolvió que la prisión preventiva, prevista en una norma interna antes de 2008,[28] no hacía *referencia a las finalidades de la prisión preventiva, ni a los peligros procesales que buscaría precaver, ni tampoco a la exigencia de hacer un análisis de la necesidad de la medida frente a otras menos lesivas para los derechos de la persona procesada, como lo serían las medidas alternativas a la privación a la libertad* y que establecía preceptivamente la aplicación de la prisión preventiva para los delitos que se consideraban graves una vez establecidos los presupuestos materiales, sin que se realizara *un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso*. Es así que, determinó que:

> [...] para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria y no se vea afectado el derecho a la presunción de inocencia, es necesario que: a) se presentaran presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) que esas medidas cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad" (a saber: la finalidad de la medida debe ser legítima, compatible con la Convención Americana, idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional), y c) la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

En cuanto al caso *Tzompaxtle Tecpile*, la Corte IDH reiteró lo expresado para la figura del arraigo y la prisión preventiva, pero ahora elevada al rango constitucional como prisión preventiva oficiosa,[29] agregando que dichas disposiciones limitaban el papel del juez, con lo que se supone un acto que deviene exento de todo control real impidiendo al imputado controvertir los hechos o discutir el fundamento, de modo que resultan contrarias a la Convención Americana. En consecuencia, resolvió que, como

[28] Regulada en ese entonces, en el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales de 1999.

[29] Prevista anteriormente, en el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000 (ya no está vigente) y después vigente en el artículo 19 de la Constitución federal.

parte de las medidas de reparación integral, el Estado debía dejar sin efecto, en su ordenamiento interno, las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza pre–procesal y adecuar su ordenamiento jurídico interno en materia de prisión preventiva.

Ambas sentencias han reactivado las discusiones, aún inacabadas, en torno a si la soberanía del Estado está siendo afectada, o que, si la Constitución está por encima de los tratados internacionales de derechos humanos; que si las sentencias de la Corte IDH no pueden contradecir lo establecido en la Constitución, y aún más, que si la voluntad del constituyente es la que debe imperar y ser la que determine cuándo y cómo se puede restringir un derecho humano.

Hoy en día, con todo lo antes expuesto, consideramos que, ninguno de esos cuestionamientos puede ser considerado válido. Es necesario, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haga una revisión de su jurisprudencia, principalmente la derivada de la Contradicción de Tesis 293/2011, y retome el sendero que inició con la discusión en torno al caso *Radilla Pacheco* de forma que realice un adecuado desarrollo de las normas de derechos humanos en México, mediante la aplicación del control de convencionalidad y demás principios de derechos humanos que resulten aplicables[30] para dotar de eficacia a las diversas normas de derechos humanos, provenientes tanto de fuente nacional como internacional, con el único objetivo de posibilitar la dignidad humana de todas las personas en México, a través de la protección y el ejercicio efectivo de sus derechos humanos.

## VI. Conclusiones

La validez y vinculatoriedad de las normas, particularmente, de derechos humanos, ya no pueden fundarse en el origen de la norma, ni limitarse a aspectos formales, tampoco por quien las emite, es menester que nos enfoquemos en aspectos materiales o sustantivos, que permitan la prosecución de los fines de la nor-

[30] Tales como la presunción de inocencia, el interés superior de la niñez, la perspectiva indígena, la perspectiva de género, entre otros.

ma[31] consistentes en hacer posible la vida digna de las personas en sociedad. Las facultades, funciones y atribuciones del Estado, así como las restricciones a los derechos fundamentales, solo encuentran su razón de ser, si con ellos se garantiza de manera real y efectiva, la protección y el respeto de los derechos humanos de todas las personas sometidas al imperio del Estado en cuestión.

## Referencias

Andrés Hernández, Porfirio, *Restricciones constitucionales y arraigo. Un tema pendiente para el Estado mexicano*, México, CEC-SCJN, 7 de octubre de 2021.

Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, "La soberanía en la era de la globalización", en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus T. (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, FES Acatlán-UNAM, 2010.

Fayt, Carlos S., *Derecho Político*, 11a. ed., Argentina, Editorial La Ley, 2003, t. I.

Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, 3a. ed., España, Trotta, 2000.

García Silva, Gerardo, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal, Fundamentos, alcances y perspectivas*, México, Porrúa, 2010.

Jiménez Solares, Elba, *Tratados internacionales de derechos humanos, ¿Derecho uniforme u orden público general?*, 2a. ed., México, Flores Editor, 2015.

[31] Tal como lo expresa Salvioli, es necesario tener en cuenta que la validez de las normas de derechos humanos y/o fundamentales esté apoyada en argumentos "sólidamente fundamentados y que provengan de un ejercicio interpretativo legal que considere las reglas establecidas impregnadas por una perspectiva *pro persona,* como método hermenéutico por excelencia". Salvioli, Fabián, *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos: la edad de la razón*, San José de Costa Rica, IIRESODH, 2022, p. 502.

Rodríguez Santibáñez, Ileana, *La Soberanía en tiempos de globalización*, México, Porrúa, 2011.

Salvioli, Fabián, *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos: la edad de la razón*, San José de Costa Rica, IIRESODH, 2022.

Silva García, Fernando, "Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)", *Revista Cuestiones Constitucionales*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, núm. 30, enero-junio, 2014.

**Legislación y jurisprudencia de la SCJN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*.

Código Federal de Procedimientos Penales de 1999.

Tesis P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. I, abril de 2014.

Tesis P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. I, abril de 2014.

Tesis 1a./J. 29/2015**,** *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. I, abril de 2015.

Tesis 2a./J. 3/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. II, febrero de 2014.

**Jurisprudencia Interamericana y tratados internacionales**

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aceptación de México.

Carta Democrática Interamericana.

Convención de Viena de 1969, Sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470.

Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482.

Corte IDH. OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2.

# Las restricciones constitucionales y el *test de oportunidad*: el caso de la prisión preventiva oficiosa

*Ramsés S. Montoya Camarena**

Sumario: I. Introducción. II. Las restricciones constitucionales y el *test de oportunidad*. III. La prisión preventiva oficiosa. IV. La evaluación de una restricción constitucional. V. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción

Gargarella nos dice que cuando tenemos ciertos ideales regulativos disponemos de un diagnóstico sobre las posibles imperfecciones que tienen y qué caminos es posible emprender a fin de modificar lo que existe y reflexionar bajo qué reglas o mecanismos pueden ser mejores. La misma idea trasladada al ámbito de las restricciones constitucionales es que los derechos humanos son esos ideales regulativos que nos permiten incidir en el análisis sobre los límites a sus propias limitaciones normativas.[1]

* Doctor en Derecho con mención honorífica por la Universidad Autónoma de Querétaro. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente es secretario de estudio y cuenta adjunto en la Coordinación General de Asesores de la Presidencia de la SCJN.

1 Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020, pp. 71 y 72.

Desde mi tesis doctoral que después se publicó como libro en el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, he tenido especial interés en el análisis de las restricciones constitucionales.[2] El tema es importante para la reflexión de la teoría del derecho y también comporta una dosis fuerte de atención para la teoría política porque las restricciones tienden a ser termómetros de la calidad democrática de un país, pues su tratamiento es contingente a los fenómenos sociales.

La Constitución mexicana contiene cláusulas restrictivas especiales sobre derechos humanos en lo específico, por lo que de estas se predican una serie de condicionantes para el goce de los derechos. Además, el sistema constitucional prevé una serie de instituciones que instrumentan estas restricciones, entre ellas, se encuentra la prisión preventiva oficiosa, entendida como una medida que restringe principalmente la libertad personal.

A finales del 2022, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió un asunto donde se cuestionó precisamente la constitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa regulada en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales. La academia y la sociedad fijó especial atención a lo decidido porque estaban latentes los alcances de una decisión en materia de restricción de derechos prevista de forma expresa en el texto constitucional.[3]

Alrededor de esas mismas fechas y poco después a inicios de 2023, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó dos sentencias en contra del Estado mexicano en los casos *Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez*, en los que analizó las figuras de arraigo y de prisión preventiva reguladas en el ordenamiento jurídico mexicano y estableció cuál es el impacto

[2] Se trata del libro: Montoya, Ramsés, *Interpretación de las restricciones constitucionales. Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. El libro está disponible para su descarga en la biblioteca virtual de la Corte IDH.

[3] Es la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 resuelta el 24 de noviembre de 2022, en la ponencia del ministro Luis María Aguilar Morales.

que causan en los derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y al debido proceso.[4]

Ese cóctel de circunstancias ha dado un aire especial a la discusión de las restricciones constitucionales porque el Estado mexicano quedó en el ojo del huracán cuando el tribunal internacional le hizo una serie de observaciones y condenas en torno a figuras tan controversiales para los sistemas de justicia penal en el mundo.

Ante ello surgen al menos dos interrogantes que sirven al objetivo de este texto, la primera es acerca de qué metodología es posible utilizar para el análisis de una restricción constitucional y la segunda es sobre cuál es el pronóstico de lo que ocurrirá a raíz de esas sentencias y si la metodología resultará útil a esos fines.

La respuesta es que el *test de oportunidad* puede ayudar a darle cauce al estudio necesario que implica la adecuación normativa a los parámetros constitucionales legítimos y que el Sistema Interamericano ha desarrollado, los cuales ha tenido muy en cuenta el poder revisor de la Constitución como se verá más adelante.

## II. Las restricciones constitucionales y el *test de oportunidad*

Hay posiciones de muchos juristas quienes consideran que una restricción no por el hecho de situarse a nivel constitucional es suficiente para que sin más pueda diluir, desvanecer o afectar el fin mismo que fundamenta al derecho humano. Una de las problemáticas que este dilema causa es que existe ambigüedad en cuanto a si la cláusula restrictiva admite alguna forma de evaluación y cuáles serían las consecuencias de ella.

Por lo general la directriz que se adopta frente a esa ambigüedad es la salida que se da desde la doctrina constitucional mexi-

[4] Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470 y *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482.

cana, la cual indica que al existir una restricción constitucional expresa esta debe atenderse y respetarse,[5] pero comprendiéndola a partir de su integración al sistema constitucional. Dicha orientación se refiere al principio pro persona que desde una de sus caras exige que la interpretación al derecho humano sea la menos restrictiva posible.

Por ejemplo, en el amparo directo en revisión 583/2015, la Segunda Sala de la SCJN reconoció que las restricciones constitucionales admiten ciertas modulaciones a partir del principio pro persona y faculta a los operadores para que, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del texto constitucional.

En ese sentido, el mensaje es que ante la prevalencia de una restricción constitucional no es equivalente a que su aplicación sea indiscriminada, pues se requiere de un ejercicio hermenéutico por parte del juzgador que sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, la lea y aplique de la forma más favorable posible y con una visión sistemática de todos los postulados constitucionales.[6]

Con ese precedente, la Suprema Corte establece un margen de maniobra interpretativa al determinar que los alcances de una restricción constitucional deben modularse con la finalidad de hacerla lo más estrecha posible procurando que no exista una

[5] En 2014, dentro de la Contradicción de Tesis 293/2011, el Pleno de la SCJN estableció que: [...] cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material [...].

[6] Amparo Directo en Revisión 583/2015 fallado el 9 de septiembre de 2015 por unanimidad de cuatro votos de los ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas, ministra Margarita Beatriz Luna Ramos y presidente Alberto Pérez Dayán (ponente). Ausente: ministro Juan N. Silva Meza.

franca irrupción que resulte inconsistente con los demás principios y valores constitucionales.

La interpretación del tribunal constitucional avanza hacia un entendimiento amplio e integracionista de las restricciones a la luz del paradigma de los derechos humanos, pero aún ante ese pronunciamiento, queda pendiente la pregunta de qué hacer, metodológicamente hablando, cuando se requiere evaluar la legitimidad y alcances de alguna restricción.

En el campo académico y jurisdiccional hay opiniones encontradas, por un lado, están quienes consideran que los jueces constitucionales tienen la competencia de examinar si la restricción es compatible con los parámetros de convencionalidad del sistema interamericano y resolver en consecuencia; por otra parte, se encuentran aquellas personas que enfatizan en que los tribunales nacionales no tienen esa competencia, ni tampoco legitimidad democrática para inaplicar o analizar la validez material de una disposición constitucional.

Cada uno de los bandos tiene sólidos argumentos para defender sus posiciones; sin embargo, existe una solución intermedia o al menos una alternativa en el debate de estos temas. Esa tercera vía es lo que desde mi tesis doctoral he denominado *el test de oportunidad*.

Se trata de un ejercicio que en la práctica constitucional contiene exigencias argumentativas, deliberativas y discursivas porque atiende a los contextos, las necesidades fácticas y pone interés en la coherencia interna del constitucionalismo, de forma que con ello se logre un equilibrio de legitimidad entre la restricción y los derechos humanos.

Las restricciones en ocasiones aparecen como disposiciones estructurales desde una concepción comunitaria de la democracia porque se orientan al beneficio amplio de la comunidad en general. Son una expresión de principios políticos y morales que protegen a la propia democracia de riesgos o residuos autoritarios.[7] La forma de entender así las restricciones es porque se asume la idea de que la acción colectiva de la democracia es perseguir un objetivo de beneficio colectivo.

[7] Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces,* México, CEC, 2014, pp. 46-54.

Visto así es comprensible que las restricciones obedezcan a escenarios y contextos coyunturales de fenómenos sociales con miras a asumir ciertos costos en la limitación para los derechos en aras de alcanzar metas de importancia social. El problema surge cuando esas restricciones parecen una franca invasión de los derechos.

En este punto, aparece la pregunta de si las restricciones solo por su *pedigrí* constitucional son legítimas y ello impide sujetarlas a alguna evaluación, o bien, que esa validez puramente formal de encontrarse insertas en la Constitución también lleva por exigencia una necesaria legitimidad sustantiva, en donde los derechos no sean arbitraria y abiertamente limitados.

Bajo este dilema aparece la propuesta de que las restricciones sí sean sujetas a una evaluación, para lo cual se propone que el método sea mediante el *test de oportunidad*, a través del cual sean examinadas en determinado tiempo y bajo condiciones constitucionales. La finalidad de la metodología es verificar si las restricciones son válidas y eficaces.

En tal sentido, es posible analizar si las restricciones cumplen con el propósito para el cual se establecieron o han dejado de tener utilidad —en el entendido que esto aplica para aquellas restricciones que no tienen una vocación de permanencia constitucional—. La metodología no se inserta en una competencia exclusiva de un poder, por el contrario, desde la división de poderes y con apego a la democracia material, su diseño responde a un procedimiento argumentativo abierto, plural y racional, entre los diversos poderes del Estado.

Con esta metodología se pretende establecer una opción de que cuando la restricción haya cumplido su propósito, o simplemente sea ineficaz, deba plantearse entonces —mediante los canales institucionales conducentes en la ingeniería constitucional—, que esta además de matizarse, paulatinamente evolucione hacia un esquema liberal, en que deba prescindirse de alguna de ellas, si es que no se ha logrado la orientación comunitarista que buscaba un bienestar colectivo.

Por ello, el *test de oportunidad* parte de la idea de que, si bien la restricción obedece a un interés general, cuando es de índole

constitucional, debe estar sujeta a cierto tiempo, y en caso de que haya cumplido su propósito o simplemente no sea eficaz, debe superarse para tutelar adecuadamente los derechos de las personas buscando que el orden constitucional provea de una vocación más liberal e igualitaria, cuando se advierta que la restricción ya no tiene cabida en el sistema jurídico.

La entidad que se le da como abstracción relevante a la comunidad a través de las restricciones constitucionales está orientada a conseguir metas posibles y exigibles, lo cual quiere decir que se busca un resultado definido que es medible en el tiempo. A raíz de esta premisa es que puede válidamente analizarse, entre otros aspectos, si la restricción ha sido exitosa o no y, con ello evaluar si es necesario que continúe existiendo.

En otras palabras, es un enjuiciamiento de si la restricción es eficaz y también legítima en el orden constitucional; de lo contrario, lo único que se lograría sería envenenar la atmósfera de eficacia de una norma que, establecida para un propósito, no importa si esta no lo cumple y se tiene de forma indefinida, aun cuando atente en grado relevante en contra de distintos derechos.

La vocación del *test* es el principio de responsabilidad del Estado donde verifique si las restricciones que impone en el orden constitucional aportan al beneficio colectivo y proteger los derechos de las personas. La evaluación se dirige a una condición de justicia porque su misión es evitar que las restricciones sean ilegítimas y su posición constitucional no sea un sin sentido frente a los derechos.

El *test de oportunidad* se inspira en la metodología de proporcionalidad de Alexy pero es distinto porque una restricción constitucional no puede examinarse bajo este último, ya que de antemano esa restricción supone una desproporcionalidad en el estado ordinario de goce y disfrute del derecho humano. Esto quiere decir que no existe una graduación de mayor o menor disfrute, como mandato de optimización.

Así, con la restricción ya de antemano existe falta de satisfacción ordinaria en el derecho. El derecho humano tiene una falta de coincidencia de origen que impide el examen de proporcionalidad porque su campo de acción ya no tiene alcances de mayor

o menor medida, en sus términos ordinarios y además el grado de intensidad normativo es superior al encontrarse dentro de la Constitución.

Incluso, aun cuando la restricción pueda modularse, desde el inicio existe la afectación misma. Son tres principios que se proponen para el *test*: el *principio de coherencia*, el *principio de maximización* y el *principio de temporalidad*.

El *principio de coherencia* radica en verificar que la restricción constitucional atienda de forma consistente con su pretensión de defensa de un bien constitucional o convencionalmente protegido, como pueden ser: el orden público, la paz pública, la seguridad o el bienestar general, por mencionar algunos. En pocas palabras se trata de revisar que la restricción tenga coherencia con el sistema constitucional o convencional y así velar porque las restricciones sean la regla excepcional.

El *principio de maximización* se encamina a corroborar que la protección del bien se haga mediante el principio utilitarista que indica la *mayor felicidad del mayor número de personas*. Lo que debe buscar evaluarse es que la restricción tenga un reflejo en la realidad, es decir, que eleve el bienestar del interés general, a pesar del sacrificio que representa. Aquí es donde se requiere una reingeniería constitucional que faculte a los órganos encargados de este análisis.

Participan los tres poderes de la unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La Suprema Corte sería la facultada directa para activar ante ella el proceso que lleve a cabo el desarrollo y metodología de análisis bajo el *test de oportunidad* pero en diálogo, colaboración y deliberación de los otros dos poderes, de quienes requerirá estudios técnicos y especializados y participación representativa. En este principio correspondería al Ejecutivo colaborar con la entrega de los resultados obtenidos en el análisis de la eficacia de la restricción desde su implementación a fin de documentar qué se ha logrado con ella.

Los resultados habrían de informarse al tribunal constitucional, quien, a su vez, habrá de dar vista con ellos al poder revisor de la Constitución con el objeto de comenzar la interacción dialógica y deliberativa de los representantes populares, para analizar si la eficacia de la restricción amerita replantearse.

El *principio de temporalidad* exige que la restricción sea temporal. Si se supera el principio de maximización, también debe existir la necesidad de imponer un límite de tiempo para la existencia de la restricción en el orden jurídico, dado que esta es una medida transitoria; por lo que debe responder a un estado de cosas que existe en cierto momento y dejará de ser pertinente en el momento en que la restricción haya logrado su propósito.

En caso de que la medida restrictiva no haya causado un impacto diferenciado en la problemática que buscaba paliar, mayor será la razón de analizar o replantear su permanencia en el sistema constitucional. En este escenario, hay una coparticipación entre la Suprema Corte y el poder revisor de la Constitución, donde la primera formula sea una *opinión consultiva* de la eficacia y legitimidad de la restricción, con propuesta dirigida al segundo, en la que comunica cuál es el status y destino constitucional que se sugiere a partir del marco de protección a los derechos humanos, por lo que este último deberá someter a consideración parlamentaria cuál será el nuevo status constitucional de la restricción.[8]

La propuesta del *test de oportunidad* obedece fundamentalmente a robustecer el Estado constitucional de derecho, desde el respeto al principio de división de poderes, la democracia representativa y la condición prevalente de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico, con un enfoque deliberativo, plural, dinámico y racional, con la misión de encontrar la ruta adecuada al respeto de la Constitución en su integridad.

Por ello, la propuesta detrás de ello es la implementación de un *mecanismo de control consultivo de constitucionalidad en abstracto*, donde cada uno de los poderes de la unión tenga una participación y competencia delimitada. En la implementación de este método es irrenunciable el protagonismo que tiene la argumentación jurídica, entendida como un canal de racionalidad apropiado a las deliberaciones constitucionales.[9]

---

8 Para una explicación más detallada véase Montoya, Ramsés, *op. cit.*

9 Dice Atienza que la práctica del derecho consiste de manera fundamental en argumentar y solemos pensar en que un buen jurista es aquel que tenga la capacidad de argumentar con habilidad. Por ello, podemos agregar que

## III. La prisión preventiva oficiosa

La prisión preventiva oficiosa la encontramos en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en los cuales se contempla esta figura como una medida privativa de la libertad diseñada en función de un catálogo de delitos y condiciones.

La prisión preventiva ha traído consigo importante señalamientos y críticas, incluso los organismos internacionales han llamado la atención acerca de que esta medida es violatoria de derechos humanos, en específico porque cuando se le atribuye el carácter de oficioso se constituye como un instrumento que convierte al sistema penal de las libertades y de la presunción de inocencia en un sistema penal de prisión que causa una seria tensión con los valores que lo inspiraron.[10]

Ha habido interesantes reflexiones sobre la aplicación de la prisión preventiva oficiosa y de los distintos métodos para su análisis. Al efecto, es pertinente señalar que, en el seno del Tribunal Pleno de la SCJN, al discutirse la acción de inconstitucionalidad 139/2019 y su acumulada 136/2019,[11] se manifestaron varias posturas al respecto.

---

naturalmente en el terreno constitucional esa habilidad no solo es fundamental, sino necesaria para el ambiente deliberativo de los acuerdos fundamentales de un país. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM-IIJ, 2017, p. 1.

10 En la comunicación oficial OACNUDH/REP243/2018, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en México le indicó a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores, ambas del Congreso de la Unión que al constituirse la prisión preventiva oficiosa en una medida restrictiva de la libertad no podía aplicarse de forma directa y general, sino que es necesario analizar las circunstancias de cada caso, pues de lo contrario, se convierte en una pena anticipada y violatoria del principio de presunción de inocencia.

11 Es la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 fallada el 24 de noviembre de 2022, en la ponencia del ministro Luis María Aguilar Morales. Es importante señalar que a la fecha en que se escribió este artículo (30 junio de 2023), aún no se encontraba publicado el engrose de la resolución.

Durante la sesión, los ministros Aguilar Morales, González Alcántara Carrancá y al parecer también Gutiérrez Ortiz Mena —quien dijo encontrarse de acuerdo pero separarse de las consideraciones sobre el parámetro de control y anunció voto concurrente—, las ministras Ríos Farjat y Piña Hernández expresaron su acuerdo en entender la prisión preventiva oficiosa como una medida cautelar, a partir del principio pro persona, por lo que consideraron que solo es aplicable a los delitos establecidos en el texto constitucional y el concepto *oficiosa* se refiere al hecho de que el juez debe ordenar que se abra el debate entre las partes, sin necesidad de que lo pida el Ministerio Público, a fin de que externen las razones o pruebas que acrediten la necesidad de cautela.

La discusión permite ver los entresijos de aquellas tensiones que siendo válidas entre los integrantes de un Tribunal constitucional también da pauta para advertir los méritos, ventajas o áreas grises de las soluciones que se proponen a los problemas y cuál es la textura que se les atribuye como elemento de vocación social, es decir, la incorporación de las preocupaciones ciudadanas a las decisiones judiciales que afectan a todo un país.

Por ello, llama bastante la atención lo que decidió la SCJN y que el mismo tema de la prisión preventiva también se vio envuelto en la coyuntura jurídica en la resolución de los casos *Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez* por parte de la Corte IDH, en los cuales concluyó que las medidas de arraigo y prisión preventiva resultan contrarios a los principios y derechos de la Convención Americana.

Las determinaciones del tribunal regional guardan un impacto considerable porque, entre otras cuestiones de relevancia que son tocadas puntualmente en las sentencias, en sus medidas de reparación ordena al Estado mexicano a dejar sin efecto la normativa relacionada con el arraigo y que el ordenamiento se adecúe para que la prisión preventiva sea compatible con lo establecido en la Convención.

Del mismo modo, estableció que la supresión o adecuación de las normas del derecho interno también requieren del desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de

los derechos y libertades, por lo que la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada, sino que la aplicación de estas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, deben encontrarse ajustadas al mismo fin de respeto.

Por ello, la Corte Interamericana ordena que las autoridades internas al aplicar las figuras del arraigo o de la prisión preventiva, deben ejercer un adecuado control de convencionalidad para que no afecten los derechos de las personas investigadas o procesadas por un delito, ya que todos los órganos del Estado mexicano, incluidos sus jueces, deben velar por que las disposiciones de la Convención no se vean mermados con la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.[12]

Asimismo, dicho tribunal considera abiertamente inconvencional lo establecido en la figura del arraigo, en tanto vulnera los derechos a la libertad personal, el derecho a ser oído en juicio y a la presunción de inocencia, por lo que ordena dejar sin efecto en su ordenamiento jurídico, *toda la normatividad, incluyendo la constitucional* y reitera el deber de adecuación normativo en torno a la prisión preventiva oficiosa. Por lo tanto, insiste en el deber de ejercer el control de convencionalidad *ex oficio*.[13]

La reflexión de la Corte Interamericana y las medidas de reparación ordenadas ponen en una especial situación al Estado mexicano frente a las determinaciones que habrán de adoptarse para su cumplimiento, algunas de las cuales, tienen una incidencia en la configuración de la normativa constitucional y otras apuntan a la obligación que imponen a los tribunales a actuar bajo el marco de interpretación convencional.

En esta última situación, la obligación que dirigen a los tribunales es que ajusten su interpretación al canon de la Convención Americana y adopten las decisiones necesarias con la finalidad de que sean tuteladas las disposiciones convencionales, evitando que se vulneren los derechos de libertad personal, el derecho a ser oído en juicio y a la presunción de inocencia.

---

12 Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México..., cit.,* párrs. 214-219.

13 Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México..., cit.,* párrs. 292-303.

A propósito de lo anterior, en la actualidad llama la atención el llamado "método Osorio" atribuido al juez federal Eduardo Osorio, quien, desde antes de la condena de la Corte Interamericana, ha adoptado una metodología de análisis en cuyas rutas argumentativas ha considerado que la prisión preventiva oficiosa no es compatible con el marco convencional y en ocasiones ha establecido la inaplicación del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales que la prevé.

Es pertinente señalar que el "método Osorio" no constituye la inaplicación de la norma constitucional, sino una interpretación de la restricción constitucional desde la perspectiva del principio pro persona, donde lo que impera es una interpretación más favorable, menos restrictiva y en congruencia sistemática con todos los demás postulados constitucionales.[14]

Esta forma de resolver ha utilizado, de forma creativa, distintos enfoques y razones,[15] con la finalidad de hacer imperar los postulados constitucionales de forma consistente y colocar a la dignidad humana, a la libertad personal y a la presunción de inocencia como ejes rectores del sistema penal acusatorio.

Viene a cuenta el constitucionalismo de los derechos, el cual dice Aguiló, tiene un vínculo fuerte con la concepción de la autoridad legítima porque determina quién o cómo puede ordenarse legítimamente a los ciudadanos. Por lo que los derechos vinculan

---

[14] Agradezco la aclaración explicativa que el juez de Distrito Eduardo Osorio me compartió durante el "Conversatorio: Sentencias penales relevantes del Poder Judicial de la Federación y del Poder Judicial del Estado de Querétaro" desarrollado en el Aula Forense de la Facultad de Derecho de la Universidad de Querétaro, los días 16 y 17 de junio de 2023, donde tuve la fortuna de establecer un diálogo y una retroalimentación con el mencionado juzgador.

[15] El "método Osorio" ha empleado, entre otros argumentos, lo decidido en la Contradicción de Tesis 551/2019 de la Primera Sala de la SCJN, en la que determinó que las modificaciones constitucionales sobre prisión preventiva oficiosa para los delitos de armas e hidrocarburos exigían la adecuación legislativa y no podía aplicarse directamente la norma fundamental, La razón imperante en ese fallo fue la ambigüedad a la que sujeta la norma constitucional, sin previa descripción detallada de la conducta típica merecedora de esa medida. Por lo tanto, bajo este matiz es que debe analizarse la introducción de este argumento en la metodología referida.

a todos y sirven para determinar lo que no es legítimo prohibir ni obligar, y lo que no se puede negar legítimamente a nadie, por lo que esos derechos también establecen *contenidos imposibles y necesarios para el sistema jurídico-político.16*

En esta perspectiva cabe la interacción entre autoridad legítima y la noción de justicia como base de los derechos. Por lo tanto, la relación de los derechos con sus límites debe encontrar algún acomodo recíproco y compatible. Las restricciones constitucionales, como la prisión preventiva oficiosa parece ir caminando en esa ruta de armonización con el principio pro persona, pero aún con ello, todavía quedan latentes varias preguntas, quizás la más relevante tiene que ver con cuál es el mecanismo que se tiene al alcance para analizar una restricción constitucional como la prisión preventiva oficiosa y qué método se puede utilizar.

## IV. La evaluación de una restricción constitucional

La idea de difundir y sujetar a discusión el *test de oportunidad* radica en su carácter democrático y constitucional, con una vocación colaborativa y dialógica que respeta el principio de división de poderes. La herramienta jurisdiccional entendida como un *mecanismo de control consultivo de constitucionalidad en abstracto* tiene la ventaja de intercambiar la experiencia del poder público en cada una de sus esferas en aras de dar cauce al reclamo de hacer que las restricciones guarden legitimidad.

Así, se evita la tensión latente que existe en las preocupaciones de las democracias modernas, en que el debate de la justicia constitucional tiene exclusivamente una autoridad final para decidir sobre normas con impacto político, colectivo y fundamental porque la interacción, participación y competencia de cada uno de los poderes se encauza hacia decisiones democráticas y controladas.[17]

16 Aguiló, Josep, "En defensa del Estado constitucional de derecho", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 42, 2019, p. 88.

17 Véase Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.

La argumentación jurídica juega un papel fundamental en este ejercicio, por lo que debe ser aplicada desde una perspectiva virtuosa, es decir, configurada como un diálogo comunicativo, de persuasión y cultivo de las virtudes,[18] mediante el cual se expresen, promuevan e impulsen acciones que atiendan la preocupación de la falta de legitimidad de las restricciones constitucionales.

La Constitución, dice Neves, es una conquista, construcción o invención de la sociedad moderna. El documento tiene una vocación universalista, inclusiva, social y de respeto a los derechos fundamentales. Por ello, la dimensión material de validez exige que sea un texto exhaustivo y normativo que vincule a los límites y control del poder mediante el derecho.

En ese sentido, señala que el concepto de Constitución en tono moderno está relacionado con las transformaciones estructurales que llevaron a la diferenciación funcional de la sociedad y que la hacen inconcebible en una formación social jerárquica de carácter pre-moderno, donde impere la dominación, la subordinación, la marginación, la opresión, la injusticia, etcétera.[19]

Las ideas centrales del constitucionalismo apuntan hacia el acoplamiento democrático, la vinculación ético-política, la salvaguarda de los valores y los derechos humanos, la resolución pacífica y colaborativa de los problemas sociales y la institucionalización de procedimientos diseñados de forma armónica bajo el principio de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes.

El entendimiento moderno de la función de una Constitución desde la imparcialidad corresponde a un punto de vista democrático, por lo cual, la compatibilidad con los derechos en la solución de los problemas es cardinal que sea a partir de la misma Constitución, como un sistema de auto legitimación.

---

[18] Aránguez, Tasia, "Es necesario un giro aretaico en la teoría de la argumentación jurídica", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 40, 2017, pp. 349-353.

[19] Neves, Marcelo, "La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014, pp. 166-169.

En el caso de las restricciones constitucionales, como se ha dicho, el *test de oportunidad* constituye una forma de propiciar que exista esa compatibilidad que juzgue su legitimación o falta de esta en relación con esas restricciones. Hasta el momento se trata de una propuesta en la atmósfera académica que inició en 2015 y vio la luz allá poco antes del 2017, cuando por primera vez desarrollé esa metodología.

El desarrollo sobre sus discusiones en distintos foros ha llevado a pensarla bajo el diseño de un *mecanismo de control consultivo de constitucionalidad en abstracto* donde participan de forma colaborativa los tres poderes de la unión; sin embargo, aún está en desarrollo de otra investigación cuáles son sus matices, requisitos, presupuestos y elementos procesales.

Entre tanto, el poder revisor de la Constitución ha diseñado un mecanismo *sui generis* que comparte los principios del *test de oportunidad* y lo ha acotado de forma expresa al tema de la prisión preventiva oficiosa; sin embargo, ningún jurista o juzgador se ha detenido en las dimensiones de esa herramienta, la que mucha luz podría arrojar a las interpretaciones que realizan.

Para dar contexto al tema es pertinente recordar que el 12 de abril de 2019, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual tuvo por objeto introducir diversos delitos al catálogo de aquellos por los que procede prisión preventiva oficiosa, en especial sobre ilícitos vinculados con hidrocarburos, petrolíferos, petroquímicos y sobre armas de fuego.[20]

[20] Artículo 19. [...]
El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, **delitos en materia de hidrocarburos,**

En los transitorios de dicha reforma constitucional, se incorporó un *novedoso* mecanismo de evaluación, para lo cual se inserta lo dispuesto en el artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional referida, el cual indica lo siguiente:

> [...] Cuarto. La prisión preventiva oficiosa, **deberá evaluarse para determinar la continuidad de su aplicación,** a partir de los cinco años cumplidos de la vigencia del presente Decreto.
>
> En el lapso señalado en el párrafo anterior, se deberá evaluar conforme a los criterios del Sistema Nacional de Seguridad Pública, **la eficacia de esta medida cautelar, y la eficiencia del sistema penal acusatorio,** mediante informes emitidos, por el gobierno federal y los gobiernos de las entidades federativas, tomando en cuenta a los poderes judiciales respectivos, así como a las fiscalías o procuradurías correspondientes, y organismos de protección de los derechos humanos, y que deberá contener, al menos, los siguientes elementos:
>
> 1. Desempeño eficaz de las Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso;
>
> 2. Eficacia de las medidas cautelares aplicadas;
>
> 3. Creación y desempeño de instancias de atención integral de víctimas;
>
> 4. Implementación de sistemas de información criminal y de judicialización;
>
> 5. Resultado de la aplicación de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y
>
> 6. Los avances de la implementación de elementos críticos como la capacitación de los operadores de los poderes judiciales y del Ministerio Público, policía de investigación, policía preventiva, peritos, entre otros.

---

**petrolíferos o petroquímicos,** delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, **delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea,** así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud [...]. (énfasis añadido)

> Los parámetros para la medición de la eficacia en la implementación de los elementos críticos serán dispuestos por la ley correspondiente [...]. (énfasis añadido)

El precepto establece tres órdenes relevantes. La primera es la orden de evaluar la continuidad de la *aplicación* de la prisión preventiva oficiosa en un plazo de cinco años contados a partir de 2019. Lo anterior quiere decir que la evaluación debe tener lugar en abril de 2024, es decir, en pocos meses después de que concluya el actual 2023.

La segunda es que debe analizarse la eficacia práctica de esa medida de prisión, por lo que deberán tomarse en cuenta como insumos los informes que rindan el Gobierno federal, los Gobiernos locales, los poderes judiciales, las fiscalías y los organismos de protección de derechos humanos.

La tercera que consiste en centrar esa evaluación en analizar por lo menos los siguientes puntos: el desempeño de las unidades de revisión de medidas, la eficacia de las medidas, lo que han hecho las instancias de atención de víctimas, el resultado de los mecanismos alternos de solución de conflictos y la capacitación de operadores, entre otros aspectos.

Los elementos que el poder revisor de la Constitución ha introducido al mecanismo de evaluación coinciden con los principios que inspiran al *test de oportunidad*, el cual fue diseñado antes de la publicación de esa reforma constitucional.

En efecto, el tiempo fijado de cinco años responde al *principio de temporalidad* el cual entiende que una restricción como la prisión preventiva oficiosa es una medida transitoria que debe responder a perseguir un propósito al cual debe ajustarse su direccionamiento material.

El aspecto de evaluar la eficacia tiene similitud con el *principio de maximización* en la medida en que se encamina a analizar los resultados de la restricción, a fin de que se reflexione si los estudios técnicos y especializados permiten verificar si la restricción ha cumplido sus objetivos.

Finalmente, el intercambio y flujo de información compartida entre diversos actores públicos (poderes judiciales, fiscalías,

organismos de protección de derechos humanos, etc.) da pauta para asumir que la intención del Poder Reformador de la Constitución es que exista un diálogo, colaboración y deliberación entre los poderes respectivos.

Entonces, desde esta óptica, es posible afirmar que el mecanismo diseñado para evaluar la prisión preventiva oficiosa tiene una vocación democrática, deliberativa y de coherencia interna porque pugna por la consistencia y legitimidad de las restricciones constitucionales, velando porque cumplan con un propósito idóneo, necesario y temporal.

Representa un avance fundamental la *constitucionalización de un mecanismo* de evaluación que legitime a las restricciones constitucionales y, en este queda pendiente precisar con mucha más amplitud y rigor cuáles serán los alcances de esta medida de examen; lo cual bien podría irse delimitando en un medio constitucional diseñado específicamente para ese efecto.

Mientras ello sucede, el ejercicio de esa evaluación servirá de sustento para reflexiones e interrogantes futuras, así como la posibilidad de revisar, analizar y cuestionar los alcances de esa evaluación, incluso disipar si es posible su judicialización. Por lo que, aun cuando eventualmente la Constitución se decante por implementar un *mecanismo de control consultivo de constitucionalidad en abstracto* o cualquier otro de similar naturaleza, se celebra que el Poder Reformador de la Constitución haya establecido el mecanismo descrito.

Los operadores jurídicos habrán de estar atentos a los resultados e implicaciones que deriven de esa evaluación y ser mucho más puntillosos en sus interpretaciones sobre los efectos de la prisión preventiva oficiosa y qué alcances se dan al cumplimiento de las sentencias internacionales en relación con este aspecto.

Por lo tanto, en esta coyuntura histórica, donde confluyen aspectos que importan de forma relevante a la propia Constitución, como un sistema que busca fortalecer su legitimación, la convocatoria hacia los operadores es que sus interpretaciones atiendan a la prudencia, antes que a la vanguardia disruptiva o protagónica.

## V. Conclusiones

En México hay discusiones latentes y notorias sobre la prisión preventiva. El foro jurídico es un crítico activo de esta restricción constitucional. El debate que llegó a la SCJN en torno a este tema ha agitado las voces académicas y jurisdiccionales que reclaman un atisbo de legitimidad de las restricciones a los derechos humanos.

Las dos condenas de la Corte Interamericana en contra del Estado mexicano en los casos *Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez* ha reavivado la flama del debate que en algún momento se apaciguó acerca de los alcances fijados en la contradicción de tesis 293/2011, en relación con las relaciones estructurales de las restricciones constitucionales y los derechos de fuente internacional.

Detrás de este debate, a nivel teórico, hay interrogantes sobre cuál es la regla de reconocimiento y dónde reside la supremacía constitucional, en caso de que sobrevenga una lectura interpretativa que apunte hacia la flexibilidad en la aplicación de la norma constitucional.

Por ello, está más vigente que nunca hablar de la idea de evaluar a las restricciones constitucionales como un reclamo de su legitimidad desde la idea racional de justicia dentro de un modelo constitucional de corte universalista. Estas ideas reflexivas descansan en principios democráticos, como son: la funcionalidad democrática en pro de los derechos, la unidad e integración armonizadora de los contenidos constitucionales, la funcionalidad orgánica en la división de poderes, entre otros.

En este momento, aparece como elemento de próxima implementación, la evaluación de la prisión preventiva oficiosa, como una obligación que se autoimpuso el poder revisor de la Constitución y, ese examen tiene identidad con los principios y metodología que inspira al *test de oportunidad*; sin embargo, a diferencia de este último, el ejercicio de evaluación que se aplique solo será en materia de prisión preventiva.

Entre tanto no se adopte algún otro resulta importante ver el cóctel de circunstancias que en la atmósfera constitucional

permiten analizar las restricciones constitucionales nuevamente. Esas condiciones seguramente habrán de determinar el destino próximo de la prisión preventiva oficiosa.

En efecto, se encuentra pendiente el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana por parte del Estado mexicano, hasta el momento no se cuenta con el engrose de la Suprema Corte, en que se advierta si será dirimido el alcance a la expresión "oficiosamente" de la prisión preventiva y está en vísperas de evaluación esa figura por parte del poder reformador de la Constitución.

Por lo tanto, mientras se adopta un mecanismo permanente y se desconoce el resultado de ese cóctel, la prudencia convoca a la altura de miras y al equilibrio reflexivo como condiciones de toda interpretación sobre la restricción constitucional de la prisión preventiva oficiosa.

En conclusión, juristas, jueces, operadores, académicos y postulantes habrían de actuar con esa misma prudencia para no vaticinar escenarios que lejos de fortalecer al constitucionalismo, lo debiliten, desvíen o socaven, desde interpretaciones sin asidero jurídico o fuera del límite constitucional.

## Referencias

Aguiló, Josep, "En defensa del Estado constitucional de derecho", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 42, 2019.

Aránguez, Tasia, "Es necesario un giro aretaico en la teoría de la argumentación jurídica", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 40, 2017.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM-IIJ, 2017.

Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, México, CEC, 2014.

Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.

Montoya, Ramsés, *Interpretación de las restricciones constitucionales. Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Montoya, Ramsés, "Las restricciones constitucionales de derechos humanos y el test de oportunidad: método evaluativo de su legitimidad", en Valles Santillán, Gabriela, Carreón Gallegos, Ramón y Vázquez Melero, Alejandro (coords.), *Derechos Humanos y democracia en el siglo XXI. Problemáticas y propuestas*, México, Tirant lo Blanch, 2022.

Neves, Marcelo, "La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014.

Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, New Jersey, Princeton University Press, 1999.

**Legislación y jurisprudencia**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470.

Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482.

Pleno de la SCJN. Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. Fallada el 24 de noviembre de 2022. Ponente ministro Luis María Aguilar Morales.

Segunda Sala de la SCJN. Amparo Directo en Revisión 583/2015. Fallado el 9 de septiembre de 2015. Ponente ministro Alberto Pérez Dayán

Primera Sala de la SCJN. Contradicción de Tesis 551/2019. Fallada el 10 de junio de 2020. Ponente ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

# Personas privadas de su libertad y el derecho humano a la salud durante la pandemia por Covid-19. Un acercamiento desde la bioética

*Raúl Ruiz Canizales**

Sumario: I. Introducción. II. La bioética y los esquemas de atención a la salud en situaciones ordinarias y extraordinarias (Covid-19). III. El caso de la Guía de Triaje desde una perspectiva bioética. IV. La ONU frente al derecho humano de acceso a la salud en personas privadas de la libertad. V. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción

Una de las experiencias que ha dejado la pandemia por Covid-19, en lo referente a la problemática abordada en este ensayo, tiene que ver con la débil incidencia que tuvo el diálogo entre el derecho y la bioética durante la emergencia sanitaria de la que aún acechan los efectos. La literatura con perspectiva bioética sobre el impacto de la pandemia en todos los rubros fue abundante, nutrida e, incluso, pionera en cuanto a posicionamientos y directrices con el propósito de orientar la toma de decisiones tanto en la práctica jurisdiccional como en las instituciones de salud. No obstante todo lo anterior, ese acercamiento previo, no fue su-

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNII-II.

ficiente para que los tribunales, en su labor de impartición de justicia, se hubiesen asido a los criterios orientadores de la bioética. Al parecer la comunicación entre la bioética y el derecho fue un diálogo entre sordos. Lo que se observó fue un abuso de la figura del amparo mediante el que se exigía la garantía de acceso al derecho humano a la salud, a pesar de las obvias e inevitables limitaciones de recursos materiales y humanos que le provoca a cualquier sistema sanitario una emergencia como la padecida en todo el globo terráqueo.

Es comprensible que los ciudadanos —incluso los propios miembros del gremio de la abogacía— desconozcan, en primera instancia, la naturaleza de la bioética y sus diversos enfoques, sobre cómo se dialoga en ese espacio, las reglas de la deliberación entre las diversas disciplinas que son convocadas para el debate. Se entiende e, incluso, se podría justificar, pero lo que resultó inquietante en la experiencia mexicana fue la nula interacción entre las propias instituciones y disciplinas para la difusión y, consecuentemente, explicación del porqué en la deliberación en sede jurisdiccional durante una emergencia sanitaria subyacen (o debieron subyacer) otras herramientas dentro de los propios esquemas o test de razonabilidad jurídica que implican restricciones de derechos y que, consecuentemente, permitiera sopesar las prioridades y, por tanto, permitiera una distribución asequible a las condiciones predominantes.

Ante el cúmulo enorme de exigencias en vía jurisdiccional en las que se pretendió obtener una respuesta favorable a la pretensión principal (acceso al derecho humano a la salud), la bioética contaba ya —y cuenta— con una respuesta (nada fácil, por supuesto) o, si se quiere, con el argumento mediante el cual los tribunales estaban en posibilidad de limitar razonablemente el goce del derecho humano en cuestión. Lo deseable —incluso alentador— para quien se encuentra involucrado en la bioética, ya sea desde la trinchera académica o institucional, es que el poder judicial se acercase y preguntara a aquella qué es lo que dicta en los casos de crisis sanitaria como consecuencia de una pandemia, pues, de cualquier manera, tratándose de derechos humanos estos también son susceptibles de limitaciones, y el criterio para determinar en perjuicio de quién habrá de limi-

tarse el acceso al derecho en cuestión, más que jurídico, es un criterio ético.

Lo que no logran entender todavía una infinidad de agentes morales es que, en circunstancias catastróficas como la de la pandemia por Covid-19, la ética o la bioética se convierte en la ley del mal menor. Esto último se puede aceptar incluso como una cuestión de sentido común, pero da la impresión de que, precisamente, ese fue el elemento ausente con aquellos que habiendo entendido dicha fórmula (amarga, sin duda) se distinguieron por hacer aspavientos en sus reclamos de amparo y protección de la justicia federal, a sabiendas de las imposibilidades y carencias materiales a la que arrastra cualquier calamidad sanitaria a todo sistema de salud. Esto último se explicará en los siguientes apartados.

## II. La bioética y los esquemas de atención a la salud en situaciones ordinarias y extraordinarias (Covid-19)

Efectivamente, me adhiero a la tesis de Algarra Garzón[1] en el sentido de que definir un curso de acción siempre obliga partir de la comprensión del contexto de cualquier crisis, pero, efectivamente, esa comprensión debe ser multifocal con el objetivo de lograr un panorama lo menos accidentado posible tanto de lo que está acaeciendo como de los posibles escenarios que surgirán a partir de las decisiones tomadas. Esta reflexión resulta fundamental para lo que pretendo exponer en este apartado: sobre el cómo opera la deliberación en la toma de decisiones dependiendo el esquema de atención médica. Me explico a continuación.

En lo relativo a la salud de las personas hay dos esquemas de atención. El primero, corresponde al de la *práctica médica cotidiana*: aquí el objetivo fundamental es prevenir, tratar o curar las enfermedades de un paciente en lo particular, la dinámica se verifica desde el nivel individual. En la tradición principialista, los principios que orientan el actuar médico sanitario son, pri-

[1] Algarra Garzón, G. M., "Definiendo un escenario de toma de decisiones: el caso de la influenza humana (H1N1)", en Brena Sesma, I. (coord.), *Emergencias sanitarias*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2013, pp. 61-77.

mordialmente, los de la bioética: beneficencia, no-maleficencia, autonomía y justicia. Pero son aplicables en tiempos o situaciones de no emergencia o excepcionalidad. Lamentablemente, por cuestiones de espacio no es posible abundar sobre la manera cómo se trabajan dichos principios en los comités de bioética y otros órganos deliberativos de naturaleza semejante. En la práctica médica cotidiana subyace un principio (además de los propios de la bioética) que apunta a la determinación de prioridad en la atención. Comúnmente es denominado "principio de orden de llegada" (algo semejante al principio jurídico "quien es primero en tiempo es primero en derecho"). Sin embargo, este principio sigue la suerte del esquema de atención médica en el que se aplica: deja de ser operativo en las circunstancias de emergencia sanitarias descritas, además de que en este tipo de situaciones beneficiaría de manera injusta e inequitativa, pues favorecería a aquellos quienes residen cerca de los centros de salud. En México, como en muchas partes del mundo, uno de los escenarios en los que el triaje se usa fuera de las situaciones de emergencia/excepcionalidad es en el relativo al trasplante de órganos, contexto en el que se apela al "principio de altruismo y donación", por lo que el único criterio que se puede considerar correcto para su aplicación es el criterio médico, particularmente el de pronóstico.[2] En esta área particular de la medicina, todavía algunos en México, como Castellanos (1994), a principios de la década de los noventa, no solo veían con poco optimismo la posibilidad de adoptar el triaje para la práctica de trasplantes de órganos, sino que les resultaba difícil de aceptar ese escenario.

Es el segundo esquema que corresponde al de la *práctica de salud pública*: en este la prioridad cambia, es otra. Y esto es así porque la lógica que la rige es propia para situaciones de emergencia sanitaria o de excepcionalidad. Aquí el objetivo más importante es que la salud de la población se garantice racionalmente de acuerdo a la cantidad de recursos disponibles. En estas circunstancias y en los contextos en los que se adopten, los principios de la bioética ya no aplican (ya no orientan) la práctica

[2] Gracia, D., "Trasplante de órganos: medio siglo de reflexión ética", *Nefrología*, vol. 21, sup. 4, 2001, pp. 13-29, *https://www.revistanefrologia.com/es-pdf-X0211699501027225*

médica. Ahora quien entra en acción es el denominado "principio de justicia social", bajo el cual se sostiene lo siguiente: todas las personas tienen el mismo valor y, por tanto, la distribución de recursos (insumos e infraestructura) escasos en situaciones de emergencia de salud pública debe apuntar a salvar la vida del mayor número posible de personas. Sin embargo, el intentar salvar el mayor número de vidas requiere evaluar, discernir, ponderar en torno a cuál es la posibilidad de mejorar y de sobrevivir que tiene un paciente —como efectivamente se advirtió desde el Proyecto Guía de Triaje del CSG—, así como el tiempo que tiene de recuperarse (recuperabilidad). Es aquí donde se encuentra el epicentro de los dilemas morales en bioética. ¿Por qué? Porque lo que se busca con el triaje es proporcionar una pauta bioética enfocada a proteger la salud de la población, pero la idea de proteger la salud de la población en un contexto asociado a la práctica de salud pública implica, en una primera instancia, salvar la mayor cantidad de vidas posibles y, en segunda instancia, salvar la mayor cantidad de *vidas por completarse*, como quedó establecido en las primeras dos versiones de la guía. Este último incluso se ha tomado como un principio adicional al "principio de justicia social".

Una vida por completarse, según como se aceptó en el Proyecto Guía de Triaje del CSG, se entiende como "[...] aquella que no ha pasado por los diferentes estados de desarrollo bio-psico-social humanos (i.e. infancia, adolescencia, edad adulta, vejez)".[3] No obstante, en la tercera versión (*Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia*) se eliminó esta distinción entre vidas completas y vidas por completarse, por considerarse discriminatorio: solo se determinó que el objetivo es salvar el mayor número de vidas posibles. Pero no se trató de una corrección, en todo caso lo que se presenció fue una suerte de "reformulación" de la guía como resultado de la presión mediática y social, esto último como consecuencia del desconocimiento de cuáles y cómo operan aquellos principios en uno u otro esquema ya descritos.

[3] Consejo de Salubridad General, *Proyecto de guía de triaje para la asignación de recursos de medicina crítica*, Ciudad de México, Secretaría de Salud, 2020, p. 3, *descargas/pdf/index/informacion_relevante/Guia_Bioetica_15Abril2020_V3.pdf*

En situaciones como el de una pandemia —se insiste— el esquema de la práctica médica cotidiana se reemplaza por el de práctica de salud pública. ¿Por qué? Porque en condiciones de no emergencia los profesionales de la medicina y enfermería trabajan con personas de forma individualizada, lo que implica que su deber profesional es procurar el máximo de beneficios para con el paciente, al mismo tiempo que debe respetar sus preferencias y valores. Sin embargo, vale la pena insistir en el hecho de que en una situación excepcional de emergencia sanitaria, como el Covid-19, las necesidades y las limitaciones de la salud pública pueden justificar una *suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos, preferencias y libertades* de las personas, ya que cambian los criterios de razonabilidad que rige la toma de decisiones, *i. e.*, se enfoca ahora a reorganizar el ámbito de la salud para hacer frente a tales condiciones, pero ahora bajo la orientación del previamente citado principio de justicia social. La práctica de la salud pública y el principio de justicia social trabajan asociados dentro de lo que se llama medicina crítica: es una especialidad de la medicina de apoyo a otras especialidades, clínicas o quirúrgicas; se encarga, como su nombre lo dice, del estudio de pacientes en estado crítico o en situación de riesgo de desarrollarlo. Lo hace mediante la asistencia clínica a través de una serie de procesos que deben realizarse en áreas autónomas del hospital, generalmente denominadas unidades de cuidado intensivo.[4]

La cuestión central en los estados de emergencia sanitaria o excepcionalidad es que no hay capacidad de dar respuesta a todos, pues el sistema de salud colapsa inevitablemente; esto sucede en todos los países, incluso en los más desarrollados, además de que también existe un riesgo inminente o presente de agravarse la situación. En esto nadie estaría en desacuerdo, no por los argumentos de los que se eche mano, sino por una cuestión de sentido común. El colapso es la regla —o el escenario inevita-

[4] Ochoa Parra, M., "Historia y evolución de la medicina crítica: de los cuidados intensivos a la terapia intensiva y cuidados críticos", *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*, vol. 17, núm. 4, 2017, pp. 258-268, *https://www.elsevier.es/es-revista-acta-colombiana-cuidado-intensiv...culo-historia-evolucion-medicina-critica-cuidados-S0122726217300368*

ble—, aun en las economías más sólidas, pero se agrava en países con mucha pobreza, como México. No es gratuito el exhorto que se hizo en su momento para buscar una calificación mediante el triaje, pero que no dependa de la preexistencia de enfermedades vinculadas a la desigualdad y la discriminación, sino en todo caso una metodología de triaje centrada en las características precisas del cuerpo/paciente con relación a la enfermedad en el momento de la urgencia.[5]

Inevitablemente, tal como lo ha reconocido desde siempre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y como en su momento lo hiciere mediante la Resolución 1/2020, una pandemia genera impactos diferenciados e interseccionales sobre la realización de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, cuestión que impacta tanto a colectivos como a población en especial de situación de vulnerabilidad. De acuerdo con el contenido del documento citado, resultaba esencial la adopción de políticas en diversos alcances: unas para la prevención eficaz de contagios, otras para la adopción de medidas de seguridad social, además de aquellas referidas al acceso a los sistemas de salud pública mediante las cuales se facilitará el diagnóstico y tratamiento oportuno y asequible, sin discriminación.[6]

La propia ONU (2020), por su parte, reconoció también impactos de naturaleza restrictiva de derechos en su comunicado "Directrices esenciales para incorporar las perspectivas de derechos humanos en la atención a la pandemia por Covid-19", sin embargo, este último organismo internacional también ha sido tajante al advertir que:

> Las declaraciones de emergencia basadas en el brote del Covid-19 no deberían ser usadas como base para atacar grupos particulares, minorías o individuos. No debería funcionar como acción represiva bajo la apariencia de proteger la salud ni debería ser utilizado para silenciar el trabajo de quienes defienden derechos humanos. Las

[5] Donají Núñez, A., "Triage. La arbitrariedad de sobrevivir", *Nexos*, año XLIII, 2020, pp. 1-12, *https://discapacidades.nexos.com.mx/?p=1469*

[6] CIDH. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020, 2020, p. 4, *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*

> restricciones definidas para responder al virus deben estar motivadas por objetivos legítimos de salud pública y no deberían ser utilizadas solamente para anular el disenso.[7]

Esa fue la línea discursiva adoptada en el sistema universal de derechos humanos, pero el elemento común siempre fue el llamado a los Estados —y sus respectivas autoridades en salud— a no tomar como pretexto las condiciones aludidas para limitar de manera injustificada el ejercicio y goce de ciertos derechos.

## III. El caso de la Guía de Triaje desde una perspectiva bioética

La lógica o la fórmula que opera en los llamados regímenes de emergencia (estado de excepción, de sitio, de alarma, de catástrofe por calamidad pública, etc.) es la siguiente: es un régimen destinado a tomar las riendas en situaciones de anormalidad (política, social, económica, de salud, etc.), pero para ello se amplían las facultades de la autoridad política y administrativa, a fin de restringir, limitar o suspender los derechos individuales o sociales. La forma como se aplica depende en mucho del país, así como de las propias condiciones o de la gravedad de la amenaza o situación, de su sistema jurídico, entre otras cosas; la esencia, el núcleo central en cualquiera que sea la experiencia es la ampliación de facultades a las autoridades político-administrativas.[8] En el caso de México, ante la pandemia del Covid-19, esta ampliación de facultades y poderes recae, sobre todo, en el presidente de la República, en la Secretaría de Salud, el Consejo de Salubridad General, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 73, fracción XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en los artículos 5, 15, 16, 17, 181, 182, 183 y 184 de la Ley General de Salud; artículo

---

7 ONU. Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de derechos humanos en la atención a la pandemia por Covid-19, 2020, p. 1, *http://hchr.org.mx/images/doc_pub/V1.1_Directrices_ONU-DH_Covid19-y-Derechos-Humanos.pdf*

8 Pfeffer U., E., "Estados de excepción constitucional y reforma constitucional", *Ius Et Praxis*, vol. 8, núm. 1, 2002, p. 2, *https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100013*

9 fracción II del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General.[9]

Toda ampliación de facultades y poderes no es absoluta, sino acorde con los estándares de los derechos humanos, es decir, cualquier respuesta o acción por parte de las autoridades debe ser proporcional, necesaria y no discriminatoria. Pero ¿qué pasa con una guía de triaje como la publicada por el Consejo de Salubridad General de la Secretaría de Salud? ¿Es violatoria de derechos humanos, particularmente del derecho humano a la no discriminación? ¿Las disposiciones de este tipo de guías van en sentido contrario a las directrices del derecho humano a la salud? De manera anticipada se sostiene que, efectivamente, una guía de triaje es un instrumento o herramienta de ponderación en la que subyace el objetivo, precisamente, de proporcionar criterios para implementar un procedimiento de discriminación (en el sentido de distinguir) a fin de determinar a quiénes se les otorgará un trato preferente ante condiciones apremiantes de salud. Lo anterior no se traduce necesariamente en un acto violatorio del derecho humano a la salud ni del derecho humano a la no discriminación, y no lo es por las razones ya expuestas: ante la calamidad sanitaria predominante el esquema de la *práctica médica cotidiana* queda desplazada por el de la *práctica de salud pública*, pero en una situación como la descrita las necesidades y la carencia de recursos, así como el colapso inevitable de todo un sistema de salud, justifica una suspensión de los derechos y preferencias de las personas, sin omitir que bajo un régimen de excepcionalidad o de emergencia sanitaria las suspensión *temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos,* normalmente se presenta acompañada de la suspensión también temporal de otros derechos. Nótese que, en estricto sentido, lo que está en juego es una suspensión temporal, más que una limitación de derechos.

Para entender y distinguir de manera más clara el acto de suspensión se requiere discernir entre los conceptos de *derechos* y

[9] Jiménez García, J. F., "La normativa mexicana ante las emergencias sanitarias", en Brena Sesma, I. (coord.), *op. cit*., pp. 1-13.

*garantías*.[10] En primer término, los derechos y libertades son instituciones sustantivas, *i. e*., constituyen elementos de contenido y su aplicación efectiva depende o puede concretarse por medio de sus respectivas *garantías*; estas, a su vez, son consideradas como instituciones adjetivas o elementos de forma (procesales) cuya función es conducir hacia la materialización del pleno y efectivo ejercicio de los derechos, preferencias y libertades, para así proteger, asegurar o hacer valer la titularidad de estos. Mientras que *los derechos humanos* constituyen un conjunto de principios generales y abstractos (el qué/sustancia/contenido), *las garantías,* por su parte, son normas procesales, directrices que delimitan y precisan tales principios (el cómo/forma/procedimiento), es decir, sus dimensiones, límites y modalidades bajo las cuales el Estado reconoce y, además, protege los derechos (humanos), preferencias y libertades de las personas.

Derivado de que las garantías judiciales son un supuesto autónomo y específico de derechos humanos no susceptibles de suspensión, por tanto, en el caso del artículo 27 del Pacto de San José, no se alude a una suspensión de "garantías" propiamente dicho, *sino a una suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos, preferencias y libertades.* En este sentido, los derechos humanos que pueden ser objeto de suspensión nunca dejan de ser reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sino que únicamente se autoriza

[10] Se siguen las ideas de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, "La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Esquivel, Gerardo *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2017, t. II, p. 105-129. Véase también Corte IDH. OC-8/87. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva de 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8; Rodríguez Huerta, Gabriela, "Artículo 27. Suspensión de garantías", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Ciudad de México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 835-848; Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, Criterio, 1999; Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 1999.

una parálisis en su vigencia, una especie de *stand-by*. Es decir, de acuerdo a la concepción iusfilosófica que adopta tanto la ONU como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (inmanencia, connaturalidad, inherencia de prerrogativas por el simple hecho de existir una persona), los derechos humanos no desaparecen, sino que únicamente pueden ser objeto de intervenciones por parte de las autoridades públicas, las cuales, a raíz de la condición de excepcionalidad predominante (emergencia sanitaria por Covid-19), estarían habilitadas para inobservar momentáneamente las obligaciones que tienen contraídas en virtud de la CADH y de la propia carta magna. Para decirlo en términos de Ferrer Mac-Gregor y Herrera García:

> [...] la suspensión de la plenitud y ejercicio de los derechos comporta la inevitable suspensión correlativa de las obligaciones que el Estado parte ha asumido al haber suscrito y aprobado este instrumento internacional. Lo que pone de relieve esta expresión es la autorización de paralizar el deber estatal de salvaguardar los derechos, que es el modo simplemente correlativo de decir que estamos ante la suspensión del goce y ejercicio de derechos y libertades, siempre bajo las precisas condiciones establecidas por las normas convencionales.[11]

Por lo tanto, la suspensión de derechos solamente puede darse en virtud de un estado de excepción o también conocido como régimen de excepcionalidad; la limitación y restricción de los derechos, por su parte, también contemplados por la CADH, pueden darse en condiciones de normalidad. En un régimen de esta naturaleza las limitaciones y suspensiones son dos caras de la misma moneda, aunque con los alcances propios de cada uno de ellos. El imperativo consiste en reorganizar el ámbito de la salud para hacer frente a una situación de emergencia, pero ahora bajo la égida del *principio de justicia social*. Dado que en tales circunstancias no hay capacidad de dar respuesta a todos ante el colapso inevitable del sistema de salud y dado que, consecuentemente, los recursos materiales (insumos), humanos, financieros y estructurales quedan rebasados, entonces el sistema de selección (discriminación) de pacientes resulta un imperativo. En contex-

[11] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, *op. cit*., p. 111.

tos de práctica médica cotidiana la discriminación (distinción) se prohíbe; en los de pandemia como la de Covid-19 es la regla.

La suspensión correlativa de las obligaciones que el Estado adquiere por vía convencional y constitucional puede ser absoluta en algunos derechos, pero a un mismo tiempo puede ser gradual en otros. Si el propósito durante una pandemia es evitar el contagio, la medida idónea puede ser una suspensión —total o parcial— de la libertad de tránsito o de reunión; pero esto último no implica que la obligación de no hacer del Estado —propio en los derechos civiles y políticos— se traduzca en una obligación de hacer, puesto que esta pertenece al ámbito de los derechos sociales. Si, por el contrario, el objetivo es salvar el mayor número de vidas posibles, pero existe una escasez de recursos sanitarios, humanos, etc., entonces la suspensión correlativa de las obligaciones del mismo Estado en materia de acceso a la salud (en clave de atención médica) no puede ser absoluta. Las obligaciones positivas o de hacer —propio en los derechos sociales— no puede paralizarse, sino que ahora se materializa conforme a otros criterios, como el de la disponibilidad de recursos, los cuales, al ser inevitablemente insuficientes, se requiere de un procedimiento de discriminación —en el sentido de *distinción*— entre aquellos que tienen mayor posibilidad de vivir y aquellos que no. Otro criterio, en la experiencia mexicana con la guía de triaje, es el de recurrir a los principios de *vidas por completarse* y el de *vida cumplimentada*, anteriormente explicados, y que constituyen un ejemplo claro de cómo se puede distorsionar el alcance de un concepto cuando solo se atiende a una sola de las acepciones, ya sea por desconocimiento (que fue lo que predominó en México entre los medios de comunicación) o por intencionalidad (por aquellos que, con conocimiento de causa, acudieron a la figura del amparo).

De acuerdo con la Real Academia Española, el verbo *discriminar* significa a) "seleccionar excluyendo", y b) "Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental".[12] Eviden-

[12] RAE. Diccionario de la lengua española, "discriminar", *https://dle.rae.es/discriminar*

temente el triaje es un mecanismo de selección que previamente requiere de la acción de distinguir, y en el caso de la pandemia por Covid-19 la intención que permeó en la primera versión en la guía fue la de seleccionar a quienes tenían mayor posibilidad de sobrevivir de aquellos que no tenían ninguna, y eso solo era posible mediante el procedimiento de discriminación, pero en atención al primero de sus significados. Ahora bien, si el triaje se considera como un mecanismo para asignarle un trato desigual a una persona o grupo de personas por su condición de salud en favor de otros (priorizar), precisamente es esa condición de salud —asociada a la etapa de la vida del enfermo o las posibilidades de sobrevivencia— la que constituye el detonante para orillar al equipo médico tratante a discriminar, es decir, seleccionar y por tanto, otorgar un trato desigual, lo que no necesariamente se traduce en una discriminación injusta sino en un trato diferenciado *justificado* a efecto de racionar los insumos médicos, lo que ha ocasionado que en la atención médica a la ética misma se le nombre como la ley de mal menor. En efecto, "Priorizar es establecer un orden de asistencia médica mientras que racionar es asignar un recurso a un paciente y no asignarlo a otro. No hace referencia a un recurso fútil para ese paciente, sino a asumir la pérdida de oportunidad que supone dicha decisión respecto a la evolución de una patología."[13] La cuestión es que, en el caso de la primera versión de la guía de triaje, se presentó exactamente lo que describe Ángel Puyol: "Discriminar es distinguir sin más, diferenciar una cosa de otra. Pero la costumbre de vincular el vocablo a la opresión y la humillación que sufren determinados colectivos lo ha convertido en la expresión misma de la denuncia y la inmoralidad".[14]

[13] Martín, C., Gómez, E., Morlans, M., "Consideraciones éticas y médico-legales sobre la limitación de recursos y decisiones clínicas en la pandemia de la COVID-19", *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 46, núm. 3, 2020, pp. 119-126.

[14] Puyol G., Ángel, "¿Qué hay de malo en la discriminación?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, p. 78.

## IV. La ONU frente al derecho humano de acceso a la salud para personas privadas de la libertad

Quedó previamente explicado que las garantías judiciales son un supuesto autónomo y específico de derechos humanos no susceptibles de suspensión. Derivado de esa premisa, en el caso específico del artículo 27 del Pacto de San José, dicho dispositivo no se refiere a una suspensión de "garantías" propiamente dicho, sino (se aclaró) a una suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos, preferencias y libertades. En virtud de lo anterior, se dijo también, aquellos derechos humanos que pueden ser objeto de suspensión nunca dejan de ser reconocidos por la CADH, de tal modo que únicamente se autoriza una parálisis en su vigencia, una especie de *stand-by*. Lo anterior se comparte con el objetivo de abonar a algo que siempre se debe tener presente independientemente de las circunstancias sociopolíticas y de salud predominantes: los derechos (humanos) nunca absolutos, todos son sujetos de regulación y, por tanto, de restricción (previamente establecida en la norma jurídica), limitación (en el caso de colisión) o suspensión (estados de excepción) según el caso.[15] De hecho, en el plano del derecho internacional de los derechos humanos existen los llamados Principios de Siracusa, los cuales se refieren a las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; aquel instrumento, en un origen, fue adoptado por organizaciones no gubernamentales, pero dado el alcance de su contenido con posterioridad se distribuyó como un documento oficial en el marco del cuadragésimo primer periodo de sesiones de la entonces Comisión de Derechos Humanos.

Una vez recordado lo anterior, merece destacar un conjunto de instrumentos internacionales relacionados con las condiciones de vida y los derechos de las personas privadas de la libertad. En todos estos documentos que a continuación se comentarán, se

[15] En lo referente a los test de razonabilidad aplicables a los casos de restricciones de derechos humanos, véase Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2016.

observan, entre otras, disposiciones específicas tocantes al derecho a la salud.

a) Las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*.

Adoptadas por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU mediante la resolución 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957, y la resolución 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977. Estas reglas previamente fueron aprobadas en el marco del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, cuya sede fue Ginebra en 1955. En su primera parte (Reglas de aplicación general) contiene un rubro intitulado "Servicios Médicos", en el cual se estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

- La disposición de que todo establecimiento penitenciario dispondrá de los servicios de un médico calificado, quienes además deberán poseer algunos conocimientos psiquiátricos.
- El deber de contemplar un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y tratamiento de los casos de enfermedades mentales.
- Dispone el traslado de enfermos, cuya condición de salud requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles.
- Pero en los casos en los que los establecimientos dispongan de sus propios servicios internos de hospital, estos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesario para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados.
- También dispone que los médicos de los establecimientos penitenciarios deben examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y, posteriormente, tan a menudo como sea necesario, sobre todo para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas.

Los anteriores criterios se retomaron años más adelante a efecto de actualizarlo al contexto social de las recientes décadas. Adelante se abordará.

b) Los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

Estos principios fueron adoptados en virtud de la resolución 37/194 (Principios de ética médica), aprobada el día 18 de diciembre de 1982 en el marco de la 111ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, correspondiente al trigésimo séptimo periodo de sesiones. Dentro de la exposición de motivos de esta resolución se hace mención a una serie de eventos que dieron lugar a la misma, y en los cuales la Asamblea General recuerda la resolución 31/85, aprobada el 13 de diciembre de 1976. Mediante esta resolución invitó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a que preparara un proyecto de código de ética médica pertinente para la protección de personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Asimismo, le reconoce al Consejo Ejecutivo de la OMS su labor efectuada durante su 63º periodo de sesiones (enero de 1979). Durante las reuniones de trabajo verificadas en dicho lapso el Consejo Ejecutivo hizo suyos aquellos principios consignados en un informe intitulado "Preparación de códigos de ética médica", el cual, en un anexo, contenía un proyecto de principios que habían sido preparados por el Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas (COICM); dicho proyecto se denominó "Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud en la protección de las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

Invoca, a su vez, la resolución 1981/27 aprobada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) el día 6 de mayo de 1981. Mediante este instrumento el ECOSOC recomendó a la AG que adoptara, dentro de su 36º periodo de sesiones, medidas enfocadas a dar forma definitiva a un proyecto de principios relacionados con la ética médica.

En este mismo sentido, retoma también su propia resolución 36/61, aprobada el 25 de noviembre de 1981. En este documento se tomó la decisión de examinar, dentro del 37º periodo de sesiones, el proyecto de principios de ética médica del COICM, con el propósito de finalmente aprobarlos y adoptarlos.

Además de lo anterior, reconoce estar alarmada por el hecho frecuente de que miembros de la profesión médica o personal de salud se estuviesen dedicando a actividades inconciliables con la ética médica. Pero también reconoce la existencia —a nivel mundial— y cada vez más frecuentes de la práctica médica por personas que no cuentan ni con título ni con formación profesional (auxiliares médicos, personal paramédico, fisioterapeutas, practicantes de enfermería).

En octubre de 1975 Tokio fue sede de la 29ª Asamblea Médica Mundial, en la que adoptó la Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial, que contenía las "Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o castigos impuestos sobre personas detenidas o encarceladas". Derivado de estas directrices tanto los Estados como las asociaciones de profesionales, entre otros, se comprometen a tomar medidas contra todo intento de someter al personal de salud o a sus familiares a amenazas o represalias como consecuencia de su negativa a condonar el uso de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Refirma, como fundamento de esta resolución, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la AG el día nueve de diciembre de 1975 mediante resolución 3452 (XXX). En este instrumento se asume que todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana, así como una negación de los propios propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, pero también una violación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De hecho, esta resolución 37/194 (Principios de ética médica) hace hincapié en el artículo 7 de la declaración contra la tortura, el cual dispone que todo Estado asegurará que todos los actos de tortura, así como los de participación, complicidad, incitación o tentativa para cometer una tortura constitui-

rán un delito conforme a las legislaciones penales de los Estados. Para efectos de lo que dispone el citado artículo 7, la propia resolución remite, a su vez, al concepto de tortura establecido en el articulo 1 de la misma declaración contra la tortura:

> Artículo 1
>
> 1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.
>
> 2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

Al final del preámbulo de la resolución en análisis, sostiene la AG tres aspectos fundamentales: el primero, tiene que ver con una cuestión de ética de corte deontológica, pues advierte que bajo ninguna circunstancia se debe castigar a una persona que lleve a cabo actividades médicas compatibles con la ética médica, sin importar quién haya sido el beneficiado de estas intervenciones; en el segundo, determina que a ningún médico se le ha de obligar a ejecutar actos o tareas que contravengan la ética médica; en el tercero, sin embargo, advierte que, no obstante lo anterior, cualquier violación de la ética médica que se le pueda imputar al personal de salud —sobre todo a los médicos— no deben estar exentos de responsabilidad.

Ahora bien, son seis en total los principios que conforman este instrumento, de los cuales dos de ellos resultan de interés a los objetivos del tema abordado en el presente artículo. El *Principio 1*, por ejemplo, dispone que todo el personal de salud, especialmente los médicos encargados de la atención médica de personas presas o detenidas tienen el deber de brindarles protección a la salud física y mental, así como el deber de tratar sus enferme-

dades al mismo nivel de calidad que se brinda a las personas que no están presas o no se encuentran en condición de detenidas. El *Principio 6*, por su parte, determina que bajo ningún concepto podrá admitirse suspensión alguna de los principios en su totalidad, ni siquiera en los casos de emergencia pública; esto último implica, indudablemente, a las emergencias sanitarias como la aquí abordada.

c) El *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*.

Este instrumento internacional fue aprobado el día 09 de diciembre de 1988 en el marco del 43º periodo de sesiones de la AG, en virtud de la resolución 43/173 (Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión). Es el resultado de la conclusión asumida en la resolución 35/177 de la AG (15 de diciembre de 1980), en la que se decidió asignarle a la Sexta Comisión y a un grupo de trabajo de composición no limitada la tarea de elaborar este Conjunto de Principios. El grupo de trabajo se reunió dentro del mismo periodo 43 de sesiones de la AG para, finalmente, completar la encomienda asignada. El texto del proyecto se aprobó como anexo de la resolución 43/173.

Consta de treinta y nueve principios que versan sobre diversos derechos para las personas detenidas, así como una serie de prohibiciones para aquellas autoridades relacionadas directa o indirectamente con la asignatura, muchas de ellas localizadas o positivizadas en las normas jurídicas de muchos países. De todos ellos, es el *Principio 24* el que se liga directamente con el tema, pues dispone que: "Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos".[16]

[16] Asamblea General de Naciones Unidas. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobada por resolución 43/173, 9 de diciembre de 1988, p. 321.

El resto de los principios contienen directrices relacionadas con los derechos humanos de diversa índole. Cabe hacer notar que bajo la expresión "atención y tratamiento médico" implica la asistencia de vacunas.

d) Los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.*

Estos principios fueron adoptados mediante la resolución 45/111, aprobado el día 14 de diciembre de 1990. De acuerdo con lo que se lee en el preámbulo, mediante este instrumento la ONU refrenda una vez más su preocupación por la humanización de la justicia penal y la protección de los derechos humanos. Otro aspecto que merece destacarse es que el espíritu o finalidad de esta resolución es servir o funcionar como fundamento ético de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,* ya descritas en el inciso *a)* de este apartado.

Este documento consta de 11 principios básicos, de los cuales es el número nueve el que se asocia directamente a la temática del presente artículo; en efecto, este dispone que "Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que dispongan en el país, sin discriminación por su condición jurídica".[17]

e) *Observación general número 21 (44) (artículo 10) del Comité de Derechos Humanos.*[18]

Para entender la razón de fondo de esta Observación general es conveniente recordar lo que dispone el párrafo primero del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".[19]

[17] Asamblea General de Naciones Unidas. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptada por resolución 45/111, aprobada el 14 de diciembre de 1990, p. 222.

[18] Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), 44º período de sesiones, 1992.

[19] Asamblea General de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI), 1966.

Ahora bien, dentro de los múltiples párrafos que conforman la Observación es el número cuatro el que definitivamente impacta en el posicionamiento de este ensayo, puesto que ahí el Comité, en un tono contundente, determina que

> 4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

Lo ahí dispuesto parecería que va en sentido contrario a lo que ya explicado anteriormente: los estados de emergencia sanitaria como una condición en virtud de la cual el esquema de la práctica médica cotidiana se reemplaza por el de práctica de salud pública, lo que significa —una vez más— que en situaciones de excepcionalidad sanitaria, como el Covid-19, las necesidades y las limitaciones de la salud pública pueden justificar una suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos, preferencias y libertades de las personas en razón de que cambian los criterios de razonabilidad que rige la toma de decisiones, entre ellas el acceso a la atención médica. Lo que ahora se pone en juego es el establecimiento de prioridades que, como se explicó también, son cuestiones de macroasignación y microasignación de recursos escasos, más allá de los aspectos controvertidos durante el proceso de la toma de decisiones para, precisamente, determinar esas prioridades: definir cómo se decidirá, el tipo de metodología utilizada o por utilizar, buscando además que sean éticamente válidas.

f) Los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.*

Este documento fue aprobado por la CIDH en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.[20] Consta de 25 principios de entre los cuales es el Principio

[20] CIDH. Resolución OEA/Ser/L/V/II.131. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

X el que apunta directamente a lo concerniente a la salud. Dispone en su primer párrafo lo siguiente:

> Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

Del contenido del párrafo citado la parte específica que interesa es aquella donde sostiene que el derecho a la salud de las personas privadas de libertad contempla también "la implementación de programas de educación y promoción en salud, *inmunización*, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole" (cursivas añadidas). De lo anterior se desprende que lo relativo a la inmunización apunta directamente a un derecho de atención y de acceso a la salud por vía de vacunas.

g) Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*.

Estas reglas fueron aprobadas mediante resolución 70/175: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), el 17 de diciembre de 2015. En realidad, se trata de una actualización de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, descritas en el inciso a) de este apartado. La historia de este proceso de revisión que culminó con la aprobación de las ahora denominadas Reglas de Nelson Mandela se pueden resumir de la siguiente manera.

El día 21 de diciembre de 2010 la AG aprobó la resolución 65/230, titulada "12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal", mediante la que solicitó a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la ONU establecer un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta (Grupo de Expertos) con el objetivo de: *i)* intercambiar información sobre cuáles son las mejores prácticas en la materia; *ii)* implementar una dinámica de revisión sobre la legislación nacional y del derecho internacional en vigor y, entre otras tareas, *iii)* llevar a cabo un proceso de revisión de las actuales Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, todo ello a fin de beneficiarse de los avances más recientes de la ciencia penitenciaria y las mejores prácticas en materia de tratamiento a personas privadas de la libertad.

Después, el 20 de diciembre de 2012, el 18 de diciembre de 2013 y el 18 de diciembre de 2014 la misma AG aprueba las resoluciones 67/188, 68/190, y 69/192 respectivamente, todas ellas tituladas "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos". De todas ellas se destaca en particular la resolución 68/190, pues ahí se reconoce la labor realizada por el Grupo de Expertos sobre las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos; pero también se hace hincapié en la resolución 69/192, en la que se exhortó a finalizar el proceso de revisión, y para ello instó a que se tomara como base las recomendaciones formuladas en las tres reuniones previas del Grupo de Expertos y en la información presentada por los Estados parte.

Ahora bien, merece aclarar que todas esas modificaciones de las Reglas Mínimas no reducen el alcance de ninguna de las normas existentes, sino, en todo caso, se enfocó a reflejar los avances recientes de la ciencia penitenciaria y las buenas prácticas con el propósito de promover la seguridad y las condiciones dignas de los reclusos. Esta decisión quedó aprobada en la mencionada resolución 69/192.

Posteriormente, en marzo del 2015, el Grupo de Expertos se reunió en Ciudad del Cabo con la finalidad de discutir y aprobar la versión definitiva del proyecto de actualización de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El mismo Grupo de Experto fue quien presentó la moción de que esta nueva versión

de las Reglas Mínimas se denomine "Reglas Nelson Mandela", como una forma de rendirle homenaje al legado del expresidente de Sudáfrica, Nelsón Rolihlahla Mandela, quien estuvo preso durante 27 años a causa de su lucha por los derechos humanos. Por último, pero no menos importante, en la resolución se recalca el carácter no vinculante de las Reglas, circunstancia que para México resulta trascendente en virtud de la recepción que en sede jurisdiccional del poder judicial de la federación han tenido los instrumentos denominados *soft-law*.

En cuanto al contenido de las Reglas Nelson Mandela se resumen de la siguiente manera. Están conformadas por ciento veintidós directrices agrupadas por rubros: principios fundamentales, gestión de los expedientes, alojamiento, higiene, ropa, cama, alimentación, etc. Las que interesan para los fines de este artículo son las que pertenecen al rubro "Servicios médicos", que abarca de la regla 24 a la 35. En ninguna de ellas se lee expresiones del tipo "[lo aquí dispuesto] *no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado*", como sucede en la Observación general número 21 *artículo 10* del Comité de Derechos Humanos, explicada en el inciso e). La regla 24 en específico solo dispone que:

> 1. La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica.
>
> 2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia.

De la citada regla se hace énfasis en la disposición del goce igualitario de los estándares de atención sanitaria, aunado a la prohibición de discriminación en virtud de su condición jurídica. Lo anterior —debe asumirse— se trata de una disposición no exenta de la razonabilidad aplicable en los casos de una emergencia de salud pública, puesto que tales estándares son inevita-

blemente cambiantes. Los reclusos no serían sujetos de un proceso de discriminación (en clave de triaje) precisamente por esa condición, pero tampoco por cuestiones de pertenencia a grupos vulnerables —porque no pertenecen a tal—, sino que el único criterio sería el de disposición de recursos y de prioridad en la asignación de insumos y cuidados intensivos según las condiciones de posibilidad de sobrevivir, aun suponiendo que sea un caso grave o de urgencia, tal como lo dispone la regla 27: "Todos los establecimientos penitenciarios facilitarán a los reclusos acceso rápido a atención médica en casos urgentes." Esta regla 27 tampoco es una disposición exenta de sujetarse a la valoración de condiciones de posibilidad de supervivencia.

h) Las *Pautas del Subcomité para los Estados partes y los mecanismos nacionales de prevención en relación con la pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*.

Fueron aprobadas por el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes el 25 de marzo de 2020, de conformidad con el artículo 11 b) del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo Facultativo). El propósito del documento es, como ahí se explica, ofrecer una serie de criterios generales de orientación en el marco del Protocolo Facultativo, particularmente dirigidos a los responsables de lugares de privación de libertad y a quienes llevan a cabo visitas preventivas a esos lugares. En la parte introductoria se observa la disposición de tomar medidas para favorecer la reducción de riesgos entre la población recluida y el personal laboral, pero sostiene el Subcomité que en tales decisiones se deben reflejar los principios de "no causar daño" y el de "equivalencia de la atención médica". El primero de ellos, en estricto sentido, se trata del principio de "no maleficencia", propio de la bioética y normalmente reflejado en normas jurídicas de derecho penal. Se formula en términos negativos y apunta a la prohibición de producir —intencionada o imprudentemente— daño a otros. En su contenido se advierte un mayor nivel de exigencia que en el "principio de beneficencia". El de no maleficencia obliga hacia todas las personas por igual; el de beneficencia, por su parte, puede tener distintos niveles de obligación: la existente entre individuos sin relación previa, la que se presenta en-

tre padres e hijos, la generada entre profesionales y aquellos a quienes prestan sus servicios, etc.[21] El segundo de ellos —el de equivalencia de la atención médica— se deriva de la regla 24 de las Reglas Nelson Mandela, cuyo alcance es explicitado por el Subcomité en el apartado II[22] del documento en revisión. En el inciso *a)* de este apartado el Subcomité insta a los Estados a que "Lleven a cabo evaluaciones urgentes para identificar, entre las poblaciones de detenidos, a aquellas personas que corren un riesgo mayor, tomando en consideración a todos los grupos vulnerables particulares", y llama la atención la alusión que hace a grupos vulnerables *particulares*. ¿Debe asumirse o inferirse que, por tanto, los reclusos son un grupo vulnerable en general? ¿A qué tipo de vulnerabilidad se refiere? Para orientar la respuesta conviene compartir la explicación que hace la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) respecto del alcance del concepto "vulnerabilidad". Afirma lo siguiente:

> La noción de vulnerabilidad está presente en una amplia gama de disciplinas, en algunas de las cuales su aplicación es bastante directa. Así sucede con la epidemiología, en particular si los riesgos se circunscriben a la exposición a agentes patógenos. Sin embargo, la vulnerabilidad frente a una enfermedad cualquiera no se define exclusivamente por el contacto con vectores; también depende del sistema inmunológico de los individuos, sea en su estado natural o reforzado mediante vacunas. Si la enfermedad se materializa, los daños que conlleve podrán controlarse, al menos en parte, mediante formas de auxilio externo, que reducirán o eventualmente eliminarán sus efectos adversos. Finalmente, en virtud de mutaciones endógenas de diversa naturaleza, el organismo puede adaptarse a los agentes patógenos y, luego de un lapso variable, sostener una relación inocua con ellos.[23]

---

21 García Pérez, Miguel A., "Los principios de la bioética y la inserción social de la práctica médica", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 4, núm. 2, abril de 2006, p. 343.

22 Este apartado se intitula "Medidas que han de adoptar las autoridades con respecto a todos los lugares de privación de libertad, incluidas las instalaciones penitenciarias, los centros de detención de inmigrantes, los campamentos de refugiados en espacios cerrados, los hospitales psiquiátricos y otros establecimientos médicos".

23 CEPAL; *Vulnerabilidad sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas,* Santiago de Chile, 2002, pp. 3 y 4.

Este tipo de vulnerabilidad se encuentra en el espectro o sobre la base del esquema que adopta la CEPAL y mediante el cual, para cada caso específico articula, *a)* la exposición a riesgos con, *b)* la incapacidad para enfrentarlos, y *c)* la inhabilidad para adaptarse activamente a sus efectos.[24]

i) La Resolución 74/274*: Cooperación internacional para garantizar el acceso mundial a los medicamentos, las vacunas y el equipo médico con los que hacer frente a la COVID-19*.

Fue aprobada el 20 de abril del 2020. No es una posicionamiento asociado a la cuestión de las personas privadas de la libertad, sin embargo es una de las primeras resoluciones adoptadas en el seno de la AG de la ONU en la que, por una parte, se reafirma el derecho de todo ser humano, sin distinción alguna, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; pero por otra, al mismo tiempo, se subraya el derecho de acceso equitativo a los productos sanitarios como una prioridad mundial, por lo que, en consideración de la propia AG, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y asequibilidad de los productos sanitarios de calidad garantizada resultan fundamentales para enfrentar a la pandemia.

j) La Resolución 74/306: *Respuesta integral y coordinada a la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)*.

Esta resolución fue aprobada por la AG el 11 de septiembre de 2020. Aunque no constituye un documento que aborde específicamente cuestiones de salud y servicios médicos para el caso específico de aquellos que se encontraran privados de la libertad, se trata, prácticamente, de la primer resolución mediante la cual la AG de la ONU emite una serie de directrices agrupadas en rubros[25] para coordinar los esfuerzos entre los países de la comunidad internacional. De hecho, comienza por reconocer que la pandemia por Covid-19 es uno de los mayores desafíos mundiales en la historia de la ONU, de ahí que comparta su pro-

[24] *Idem*.

[25] Los rubros son los siguientes: multilateralismo y solidaridad; protección conjunta; recuperarse juntos; reconstruir para mejorar; alianzas, compromisos y el camino a seguir.

funda preocupación por sus repercusiones en la salud, pérdida de vidas, salud mental y en el bienestar. Asimismo, enfatiza los efectos negativos de la pandemia en las necesidades básicas humanitarias mundiales, en el disfrute de los derechos humanos y en todas las esferas de la sociedad, incluidos los medios de subsistencia, la seguridad alimentaria y la nutrición y la educación, la exacerbación de la pobreza y el hambre, la perturbación de las economías, el comercio, las sociedades y el medio ambiente y la agravación de las desigualdades económicas y sociales dentro de los países y entre ellos. Para la ONU, el anterior escenario anula los logros del desarrollo que tanto ha costado alcanzar y, además, considera que a un mismo tiempo obstaculiza los progresos hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, así como sus objetivos y metas.

A partir de este último documento comentado la ONU continuó, de manera ininterrumpida, aprobando una serie de resoluciones enfocadas a convocar a la comunidad internacional a que sumen esfuerzos, al intercambio de experiencias y la cooperación entre los gobiernos, las empresas y organismos internacionales. Sin embargo, el conjunto de directrices aquí compartidos constituyen los documentos que directamente se asocian a la situación específica de las personas privadas de la libertad, su condición jurídica y la forma como los Estados deben asumir su responsabilidad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el esquema de la ONU. Por supuesto que existen otras instancias que hicieron lo propio, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la CEPAL, además de los criterios del Poder Judicial de la Federación, entre otros, pero este último alcance merece abordarse en otro espacio.

## V. Conclusiones

Dentro del amplio espectro de criterios orientadores para la toma de decisiones durante los contextos de emergencia pública sanitaria, es inevitable la discordancia entre quienes se adentran en estos debates; no obstante, el diálogo entre los diversos saberes no siempre resulta como se deseará que fuese, en especial cuando

estos espacios de diálogo, como la bioética, para muchos juristas les resulta un asunto meramente de "especialistas" de la ética médica. La cuestión es que una experiencia como la derivada de la pandemia por Covid-19 ha demostrado que la toma de decisiones en torno a la asignación de atención médica no es una cuestión solamente de ética médica. Además de lo anterior, lo que está en juego es la correcta aplicabilidad de los test de razonabilidad para garantizar o restringir o limitar los derechos humanos, pero dadas las circunstancias que un estado de emergencia sanitaria genera, ello exige un diálogo entre saberes y para ello se requiere que la bioética misma termine de arraigarse como el espacio natural, óptimo y apropiado para la discusión de los dilemas éticos que inevitablemente se presentan.

Se insiste de nuevo en que, tratándose de derechos humanos, estos también son susceptibles de limitaciones y, de nuevo, se advierte que el criterio para determinar en perjuicio de quién debe limitarse el acceso a los colapsados servicios de salud durante una pandemia, más que jurídico, es un criterio ético.

## Referencias

### Libros y Revistas

Algarra Garzón, G. M., "Definiendo un escenario de toma de decisiones: el caso de la influenza humana (H1N1)", en Brena Sesma, I. (coord.), *Emergencias sanitarias*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2013.

CEPAL, *Vulnerabilidad sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas,* Santiago de Chile, 2002.

Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 1999.

Donají Núñez, A., "Triage. La arbitrariedad de sobrevivir", *Nexos*, año XLIII, 2020.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, "La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención America-

na sobre Derechos Humanos", en Esquivel, Gerardo *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2017, t. II.

García Pérez, Miguel A., "Los principios de la bioética y la inserción social de la práctica médica", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 4, núm. 2, abril de 2006.

Gracia, D., "Trasplante de órganos: medio siglo de reflexión ética", *Nefrología*, vol. 21, sup. 4, 2001.

Jiménez García, J. F., "La normativa mexicana ante las emergencias sanitarias", en Brena Sesma, I. (coord.), *Emergencias sanitarias*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2013.

Martín, C., Gómez, E., Morlans, M., "Consideraciones éticas y médico-legales sobre la limitación de recursos y decisiones clínicas en la pandemia de la COVID-19", *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 46, núm. 3, 2020.

Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, Criterio, 1999.

Ochoa Parra, M., "Historia y evolución de la medicina crítica: de los cuidados intensivos a la terapia intensiva y cuidados críticos", *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*, vol. 17, núm. 4, 2017.

Pfeffer U., E., "Estados de excepción constitucional y reforma constitucional", *Ius Et Praxis*, vol. 8, núm. 1, 2002.

Puyol G., Ángel, "¿Qué hay de malo en la discriminación?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006.

Rodríguez Huerta, Gabriela, "Artículo 27. Suspensión de garantías", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Ciudad de México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2016.

**Instrumentos internacionales**

Asamblea General de Naciones Unidas. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobada por resolución 43/173, 9 de diciembre de 1988.

Asamblea General de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI), 1966.

Asamblea General de Naciones Unidas. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptada por resolución 45/111, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

CIDH. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020, 2020.

CIDH. Resolución OEA/Ser/L/V/II.131. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), 44º período de sesiones, 1992.

Corte IDH. OC-8/87. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8.

ONU. Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de derechos humanos en la atención a la pandemia por Covid-19, 2020.

# El tratamiento diferenciado de los grupos vulnerables privados de libertad a la luz de la OC-29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Rodrigo Chávez Fierro**

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción

En las últimas décadas, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, se han adoptado un amplio abanico de instrumentos internacionales que tienen como objetivo asumir una serie de criterios de tratamiento hacia aquellas personas que han sido privados de la libertad o que se encuentran en prisión preventiva. Son muchos los instrumentos que se han aprobado, desde la propia Organización de las Naciones Unidas, así como otros organismos internacionales, algunos de ellos, incluso, han tenido que hacer actualizados a las nuevas condiciones sociales, políticas y económicas que imperan.

En el presente texto se comparte una descripción general sobre aquellos puntos centrales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido en la opinión consultiva OC-29/22 y que consideramos trascendentes para el estudio de la temática aquí abordada.

* Coordinador del Centro de Estudios sobre Derechos Humanos de Querétaro.

## II. Desarrollo

A finales de mayo de 2022, la Corte IDH resolvió, en ejercicio de su facultad consultiva, la Opinión consultiva 29/22 sobre los enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Lo anterior, derivado de que el 25 de noviembre de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) presentó dicha solicitud de opinión consultiva.

Esta facultad le permite a la Corte obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.[1]

La Corte comienza realizando una serie de consideraciones generales sobre la necesidad de adoptar medidas o enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad, que se pueden enumerar de la siguiente forma:

a) el respeto a la dignidad humana como principio general del trato debido a las personas privadas de libertad y condiciones de privación de libertad;
b) la prohibición y prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes;
c) la finalidad del régimen de ejecución de la pena en la Convención Americana;
d) el control judicial de la ejecución de la pena;
e) el derecho a la igualdad y no discriminación, enfoque diferenciado e interseccionalidad;
f) el acceso a servicios básicos para una vida digna en prisión;
g) sobrepoblación generalizada y hacinamiento;
h) la gestión penitenciaria, y
i) contexto ocasionado por la pandemia de la enfermedad denominada COVID-19 y afectaciones particulares a determinados grupos en el sistema penitenciario.

[1] Corte IDH. OC-3/83. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párr. 22.

Sobre estos acápites podemos destacar lo concerniente a que con base en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Dicha cuestión implica que el Estado debe salvaguardar el bienestar de los reclusos, además de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel de sufrimiento inherente a la detención.

Derivado del fuerte control que las autoridades penitenciarias ejercen sobre las personas que se encuentran bajo su custodia, a las personas privadas de libertad —como parte de las sentencias que cumplen— se les imposibilita la satisfacción, por cuenta propia, de ciertas necesidades básicas esenciales para una vida digna. Esto conlleva que el Estado debe garantizar, a las personas privadas de libertad, el derecho a la vida e integridad personal, así como un acceso a servicios básicos. Es decir, el Estado es el garante de los derechos de las personas privadas de libertad.

La Corte IDH recuerda la interdependencia entre democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos, lo cual conlleva que uno de los objetivos principales de un Estado democrático es el respeto de los derechos de las minorías. Esto implica que el poder punitivo del Estado sea ejercido de forma respetuosa con los derechos humanos y que se dé un trato digno a las personas privadas de libertad, bajo el entendimiento de que el derecho penal debe ser utilizado solo como *ultima ratio*. Además, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales.

A lo largo de décadas, la Corte IDH ha desarrollado ampliamente una línea jurisprudencial sobre las situaciones de las personas privadas de libertad, como son:

- las condiciones de densidad poblacional (caso *Tibi vs. Ecuador*);
- la separación de reclusos atendiendo a ciertas categorías;
- infraestructura;

- cubaje del aire;
- acceso a derechos y servicios básicos, tales como servicios de atención en salud (caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*);
- ventilación y luz natural (caso *Montero Aranguren y otros [Retén de Catia] vs. Venezuela*);
- cama para reposo;
- condiciones adecuadas de higiene y servicios sanitarios (caso *López Álvarez vs. Honduras*);
- alimentación;
- acceso al agua (caso *Vélez Loor vs. Panamá*);
- acceso a la educación;
- el trabajo;
- la recreación con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;
- los regímenes de visitas, y
- aislamiento e incomunicación.

Como podemos observar, la Corte IDH incluye, en su línea jurisprudencial sobre la materia, diversos estándares sobre condiciones carcelarias, y enfatiza la obligación de prevención por parte de los Estados respecto de las personas privadas de libertad.

Los grupos vulnerables que son objeto de análisis por parte de la Corte IDH en su opinión consultiva son los siguientes:[2]

a) mujeres embarazadas, en periodo de parto, posparto y lactancia;
b) mujeres cuidadoras principales privadas de libertad;
c) niñas y niños que viven en centros de detención con sus cuidadores principales;
d) personas LGBTI;
e) pueblos indígenas, y
f) personas mayores.

Cuando se trata de las mujeres privadas de libertad en América Latina, su reclusión está relacionada principalmente con la comisión de hechos no violentos, ligados en su mayoría al tráfico

[2] Para efecto de nuestro estudio únicamente abordaremos los primeros tres incisos.

de drogas. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) entre 40% y 75% de las mujeres privadas de libertad lo están por delitos relacionados con las drogas, lo cual constituye una tasa de dos a tres veces mayor que los hombres.

La propia CIM indicó en sus observaciones presentadas, en virtud de la presente opinión consultiva, que los delitos no violentos por las que se priva de la libertad a las mujeres están relacionados con la pobreza y violencia a la que se ven expuestas.

Las características de las mujeres que se encuentran en centros penitenciarios son: *i)* condición de pobreza; *ii)* cuentan con pocos años de escolaridad; *iii)* son responsables del cuidado de sus hijos; y *iv)* han sido expuestas a diversas formas de abuso y violencia.

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo indicó que la mayoría de las reclusas en la región tienen un promedio de tres hijos y se estima que el 87% de las mujeres privadas de libertad tienen hijos, en comparación con el 79% de hombres.[3]

Otro dato revelador indicado por la Corte IDH, es que, en las últimas dos décadas, el porcentaje de mujeres encarceladas aumentó un 50%, cuestión que no guarda relación alguna con la tasa de aumento de la población en general, sino a una falta de perspectiva de género en las políticas criminales.

Prueba de ello lo muestra el hecho de que históricamente las mujeres forman una pequeña parte de la población penitenciaria, lo cual originó que las cárceles han sido diseñadas y estructuradas desde una visión androcéntrica destinada a una población masculina privada de libertad por delitos violentos. Esto, desde luego, ha impactado en el trato brindado a las mujeres en prisión derivado de una falta de infraestructura adecuada que les permita recibir un trato digno.

Dentro de las problemáticas que atraviesan las mujeres privadas de libertad podemos identificar junto a la Corte IDH:

---

[3] Banco Interamericano de Desarrollo, Mujeres en contextos de encierro en América Latina. Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos.

i. falta de atención médica especializada pre y post natal;
ii. falta de protocolos de parto adecuados;
iii. uso inadecuado de grilletes y esposas;
iv. falta de vestimenta y nutrición apropiadas, y
v. privación del contacto entre las madres con responsabilidades de cuidado detenidas y sus hijos u otras personas bajo su cuidado.

Aplicar un enfoque diferenciado cuando se trata de mujeres privadas de libertad y atendiendo al principio de igualdad y no discriminación, permite que no se reproduzca el trato proporcionado a la población masculina. Desde luego que encontrarse en determinadas condiciones especiales como encontrarse embarazada, colocan a la mujer en una situación agravada de vulnerabilidad en el contexto carcelario. En este sentido el derecho internacional de los derechos humanos impulsa el uso de medidas alternativas con base en el perfil de las mujeres que están sometidas al sistema penal, que no hubiesen cometido delitos violentos y representen un riesgo bajo para la seguridad ciudadana, además de atender que su privación de la libertad puede causar daño importante a sus hijos, ya sea que estén separados de sus madres o encarcelados con ellas. La Corte concluye que la privación de libertad solo debe disponerse en supuestos excepcionales.

Si por las particularidades del delito no se puedan decretar medidas alternativas, reitera la Corte que todas las mujeres privadas de libertad deben alojarse en forma separada físicamente de los hombres, además de colocarlas en secciones menos restrictivas que atiendan al bajo nivel de riesgo que representan y con espacio suficiente donde puedan satisfacer sus necesidades específicas. Asimismo, el personal de vigilancia debe ser femenino.

De igual forma, podemos resumir el estándar desarrollado por la Corte IDH para las mujeres embarazadas, en período de posparto y lactancia o cuidadoras principales privadas de la libertad en los siguientes puntos:

- Priorizar la ubicación de las mujeres con responsabilidades de cuidado en centros de mayor cercanía a sus lugares de residencia a fin de favorecer el mantenimiento de los vínculos familiares.

- Asegurar espacios de alojamiento diferenciados y adaptados a sus necesidades, con celdas que permanezcan abiertas y acceso a espacios al aire libre y de recreación.
- En caso de que sus hijos vivan en prisión deberá proveerse cunas y camas para los niños con colchones ignífugos.
- Incorporar instalaciones especiales que sean apropiadas para el cuidado de niños que viven en prisión, tales como guarderías, procurando que dichos espacios no tengan aspecto carcelario.
- Brindar a las reclusas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a sus hijos.
- Regular e implementar en la práctica espacios de alojamiento diferenciados y adaptados a las necesidades de mujeres embarazadas, en período de posparto y lactancia.
- Permitirles acceder a las actividades que ofrece el establecimiento penitenciario, en cuanto al trabajo remunerado que prevea labores y horarios diferenciados, a la formación educativa y, por tanto, las actividades culturales, deportivas y de recreación.
- Prohibir las medidas de aislamiento de las mujeres embarazadas y aquellas que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad.
- Prohibir que las sanciones disciplinarias impidan el contacto de las mujeres con sus familiares, especialmente en referencia a los niños y niñas.
- Prohibir el uso de esposas u otros dispositivos análogos como instrumentos de coerción física de las mujeres detenidas y privadas de la libertad que han dado a luz.
- Prohibir el uso de grilletes y esposas en mujeres embarazadas para su traslado a centros médicos, así como antes, durante e inmediatamente después del parto.
- Erradicar el uso de medidas de sujeción o inmovilización respecto de mujeres privadas de libertad que se encuentran próximas al parto, en trabajo de parto, o que hayan dado a luz recientemente.

El tratamiento del derecho a la salud sexual y reproductiva forma parte del análisis de la Corte IDH respecto de este enfoque diferenciado, al indicar que los Estados tienen la obligación reforzada de asegurar el acceso, sin discriminación, a la salud se-

xual y reproductiva de buena calidad para las mujeres privadas de libertad y adoptar las medidas conducentes para erradicar los obstáculos prácticos a la plena efectividad del derecho a la salud sexual y reproductiva.

La garantía del derecho a la salud sexual y reproductiva y las mujeres privadas de libertad abarca:

1) un reconocimiento médico al ingresar al centro penitenciario realizado por parte de personal femenino, que identifique cualquier tipo de abuso sexual y otras formas de violencia que pudiera haber sufrido la mujer antes de la admisión y determine las necesidades de salud sexual y reproductiva;
2) la información y atención necesaria en materia de salud sexual y reproductiva en general, incluyendo el acceso a servicios de salud preventivos propios de su género, el acceso y la provisión gratuita de métodos anticonceptivos, la planificación reproductiva y la prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual (ITS);
3) la atención integral y oportuna para los supuestos en que hayan sido víctimas de violencia y violación sexual, incluyendo el acceso a terapias profilácticas, anticoncepción de emergencia y atención psicosocial, y
4) la información respecto del embarazo y el estado de salud del feto, así como sobre los controles médicos aconsejados y sus resultados.

Todos los exámenes y procedimientos deberán satisfacer las exigencias de privacidad, confidencialidad y dignidad. De igual forma, la atención prenatal, durante el parto y post natal proporcionada a las mujeres detenidas en el sistema penitenciario debe ser equivalente a la disponible fuera de la prisión.

Al estar las mujeres privadas de libertad bajo dominio total de las autoridades penitenciarias, le corresponde al Estado prevenir daños irreparables a los derechos a la salud física y mental, integridad personal y a la vida de las mujeres embarazadas.

Por ello, el Estado debe proveer la atención a la salud mental por parte de médicos especializados, así como suministrar y facilitar programas de tratamiento por uso indebido de drogas tanto en las prisiones como en la comunidad.

De igual forma, las mujeres embarazadas, en posparto y en período de lactancia privadas de libertad tienen derecho a recibir planes nutricionales especializados creados por personal médico calificado para satisfacer sus necesidades específicas. A continuación, reproducimos los criterios que hizo propios la Corte IDH respecto de la atención a este derecho:

a) Adoptar medidas especiales para garantizar un trato digno y el acceso adecuado a servicios médicos especializados para las mujeres privadas de libertad "en especial durante la gestación, el parto y el período de [postparto y] lactancia".
b) Asegurar la presencia de un médico calificado, de un pediatra y de una guardia obstétrica disponible durante las 24 horas en el centro de reclusión donde se alojan mujeres embarazadas y niños/as pequeños/as y el fácil acceso a ginecólogos, tocólogos y obstetras.
c) Informar plenamente a las personas embarazadas, en período de posparto y en período de lactancia sobre su condición médica y asegurar el acceso a la información precisa y oportuna sobre salud reproductiva y materna durante todas las etapas del embarazo, la cual debe estar basada en evidencia científica, emitirse sin sesgos, libre de estereotipos y discriminación, incluyendo el plan de parto ante la institución de salud que asistirá el nacimiento y el derecho al contacto materno-filial.
d) Requerir el consentimiento libre, informado y voluntario antes de cualquier examen o procedimiento médico vinculado con la salud sexual y reproductiva.
e) Garantizar la privacidad, de modo tal que no se brinde información a los hospitales o centros de salud sobre los motivos de detención y la situación procesal de las mujeres. Asimismo, se debe velar por la confidencialidad durante todo el proceso.
f) Garantizar que las mujeres embarazadas sean trasladadas a la mayor brevedad posible a hospitales civiles para el trabajo de parto. Si ello no fuere posible, el parto debe ser atendido por un especialista médico, en instalaciones aptas para el nacimiento de un bebé. En cualquier caso, si se requiere la presencia de personal de seguridad no mé-

dico, dicho personal debe ser femenino y estar vestido de civil.

g) Disponer que el traslado de las mujeres durante el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el período de posparto y lactancia se efectúe sin esposas o grilletes, con custodia por parte de personal femenino y en un transporte adecuado al efecto que cumpla con las medidas de higiene y mantenimiento necesarias.
h) Prever servicios de atención al parto sensible a prácticas culturales.
i) Propiciar la presencia y el acompañamiento de una persona de confianza y elección durante todo el proceso de parto.
j) Garantizar el contacto permanente de las mujeres con el/la recién nacido/a, fundamentalmente durante los primeros momentos luego del nacimiento (aun si tienen que permanecer en neonatología).
k) Proveer planes nutricionales especializados creados por personal médico calificado para satisfacer las necesidades específicas de cada una de las etapas del embarazo y facilitar la lactancia materna.
l) Impartir, dentro de los servicios penitenciarios, cursos de preparto, lactancia y cuidados del recién nacido/a a todas las mujeres privadas de libertad que se encuentren cursando el último trimestre de embarazo.
m) Garantizar atención y apoyo psicológico especializado.
n) Suministrar o facilitar programas de atención y apoyo especializado en materia de uso indebido de drogas para las mujeres.
o) Promover la capacitación del personal judicial y penitenciario sobre la temática del parto respetado, sobre el modo de actuar frente al preparto, y sobre la importancia de hacerlo de modo eficiente y sensible a la situación particular de las mujeres detenidas en esta situación, a fin de que puedan atender con urgencia las quejas y preocupaciones relacionadas con el embarazo.
p) Disponer de un mecanismo sencillo, eficaz e independiente para presentar quejas respecto de la falta de cumplimiento de estos requerimientos.

Aunado a lo anterior, la Corte destacó la necesidad de que se garantice el acceso a la justicia para las mujeres que son víctimas de violencia obstétrica, incluyendo aquellas que se encuentran privadas de libertad, específicamente a través de la tipificación de esa violencia y del acceso a recursos administrativos y judiciales, así como a reparaciones efectivas y transparentes por las violaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Los Estados, al administrar sus establecimientos penitenciarios, deben garantizar a las personas privadas de libertad en período de menstruación el acceso y suministro de agua para la higiene personal, así como acceso gratuito a productos de higiene personal en la cantidad y frecuencia necesaria, incluidos toallas higiénicas, tampones, copas menstruales, así como apósitos postparto, entre otros.

La obligación también incluye proveer de productos de higiene para los niños y las niñas que vivan con ellas en prisión, tales como pañales y toallitas húmedas. Ello resulta aún más indispensable en el caso de aquellas mujeres de bajos recursos o que no reciban habitualmente visitas familiares.

En el caso de las mujeres embarazadas, se les debe permitir usar ropa adaptada a su condición. Por su parte, los niños pequeños que conviven con sus madres detenidas nunca deben llevar uniforme y las autoridades penitenciarias deben asegurarse de que estén provistos de ropa adecuada para su edad y el clima.

Otro aspecto importante que desarrolló la Corte IDH respecto de las mujeres privadas de libertad es el de garantizar que los vínculos entre ellas y sus hijos que viven afuera de los centros penitenciarios se desarrollen en un ambiente adecuado.

Para la Corte IDH, resulta esencial que se privilegie el contacto físico entre la madre y los hijos lactantes, por la importancia del vínculo materno-filial y de la nutrición con leche materna. De no poderse llevar a cabo esta situación, debería autorizarse a los niños lactantes que permanezcan alojados con sus madres siempre que esta decisión responda en el caso concreto al interés superior, para lo cual deberá disponerse de facilidades separadas y adecuadas a las necesidades tanto de los niños como de sus madres. Si esto no fuere posible y solo como último recurso,

se dispondrán las medidas para el cuidado alternativo de los niños por familiares o personas calificadas y garantizará que se mantenga el vínculo con su madre.

Como lo ha mencionado ya la Corte en otros casos, debe garantizarse que las mujeres sean privadas de libertad en lugares cercanos al grupo familiar,[4] que se provean los medios necesarios para que pueda mantenerse el contacto de las mujeres madres con sus hijos y se adopten las medidas necesarias para prevenir prácticas de adopción irregulares.[5]

Esto derivado a que el contacto de las reclusas con el mundo exterior —y en especial con sus hijos— resulta crucial para reducir el impacto negativo del encarcelamiento y la separación en el bienestar de las mujeres, así como con miras a facilitar su reintegración social.

En el referido caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, la Corte reiteró la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo.[6]

La Corte considera que resulta esencial que se aseguren los siguientes aspectos a fin de no vulnerar los derechos de los niños a las visitas familiares y a mantener el contacto con sus madres o cuidadores principales privados de libertad:

i. Brindar información clara y precisa sobre la organización de las visitas, los requisitos, elementos que se permite ingresar, entre otras cuestiones. En este sentido, que se posibilite que los/as niños y niñas puedan concurrir a las visitas en días y horarios que interfieran lo menos posible con sus actividades cotidianas.

---

4 Corte IDH. *Caso López y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 396, párr. 102

5 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, núm. 351.

6 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160, párr. 330.

ii. Facilitar el ingreso de juegos y elementos recreativos que favorezcan la vinculación entre los/as niños y niñas y sus madres durante las visitas.
iii. Garantizar que, en ninguna circunstancia, se someta a los niños y las niñas menores de edad que vayan a visitar a sus progenitores a un establecimiento penitenciario a registros corporales intrusivos o que atenten contra su dignidad, priorizando la utilización de equipos tecnológicos.
iv. Garantizar adecuadas condiciones materiales y de higiene en los espacios de espera y de visitas. Estos lugares deben respetar el derecho a la privacidad, resultar apropiados y amigables para la permanencia de niños y niñas, permitir el contacto físico, y contar con juegos y materiales de recreación que generen un espacio cómodo y ameno para el encuentro familiar.
v. Promover la vinculación familiar en espacios fuera de los centros penitenciarios, ya sea en los propios domicilios o en establecimientos gubernamentales o no gubernamentales adecuados a ese fin, con libre contacto madre-hijo.

Para el caso de mujeres extranjeras privadas de libertad, las obligaciones que le surgen al Estado son principalmente las siguientes: *a)* examinar la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijas o hijos en él y ellas así lo soliciten; *b)* considerar que deben procurarse los acuerdos necesarios a fin de facilitar la reunificación familiar, y *c)* facilitar el uso de medios telefónicos y de videollamada para garantizar la comunicación de las madres o cuidadoras principales con sus hijas e hijos.

Toca ahora hacer referencia a los derechos de niñas y niños que viven en centros penitenciarios con sus cuidadores. Para ello, la Corte IDH resaltó que cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, deben aplicarse los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño en todo el sistema de protección integral:

- principio de no discriminación;
- principio del interés superior de la niña o del niño;
- principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y

- principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

Los Estados deben considerar a los niños que viven en prisión con sus progenitores como un grupo especialmente vulnerable y, a consecuencia de ello, desarrollar mediciones que permitan monitorear el estado en el que se encuentran, cuáles son sus necesidades, tener registros actualizados de cuántos residen en cada uno de los centros penitenciarios, así como desarrollar y profundizar las políticas y normas necesarias para la protección integral de sus derechos.

Dado que la Convención Americana es clara al señalar que "la pena no puede trascender a la persona del delincuente", la pena privativa de libertad del progenitor no puede afectar o trascender al niño que vive con ellos en el establecimiento penitenciario, pues ellos no se encuentran en conflicto con la ley penal. Estos niños y niñas no deben ser considerados, bajo ningún concepto, como reclusos.

Cuando los niños se encuentran viviendo con un progenitor privado de libertad, deben recibir igual protección y acceso a derechos que los niños que viven fuera de la prisión. La Corte recuerda que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos.[7]

Este derecho implica favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar[8] toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.[9]

---

7 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 242, párr. 119 y *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C, núm. 442, párr. 91.

8 Corte IDH. OC-17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, párr. 66

9 Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C, núm. 352, párr. 191.

La Corte indica que la decisión respecto de si los hijos que tienen progenitores privados de libertad deben o no ingresar en los centros penitenciarios y bajo qué circunstancias, debe ser adoptada con base en el interés superior del niño como elemento central y primordial a cualquier otra consideración. El Tribunal interamericano resalta que la apreciación y determinación del interés superior del niño por parte de las autoridades estatales no podrá basarse en estereotipos de género nocivos y prejuicios sobre el rol de las mujeres frente a la maternidad y su capacidad para ejercerlo, sino que deberá ser argumentado a partir de consideraciones debidamente probadas sobre las consecuencias que conlleva esta decisión para el bienestar y desarrollo integral del niño. Al hacer esta evaluación, se debe sopesar todas las circunstancias y alternativas posibles, como vivir con otros miembros de la familia o iniciativas basadas en la comunidad.

En caso de que se decida que la mejor opción para el niño o niña es vivir en prisión con su progenitor, los Estados deben asegurar que:

a. se registre el ingreso del niño o niña al centro penitenciario con respeto a la confidencialidad de la información relativa a su identidad;
b. se brinde la información necesaria respecto a sus derechos;
c. se realice de forma periódica una evaluación de la situación del niño por parte de personal especializado y la necesidad de que continúe viviendo en el centro penitenciario;
d. cuando dichas decisiones sean tomadas por autoridades administrativas, se garantice el control judicial, y
e. se garantice el contacto y mantenimiento de los vínculos con el otro progenitor, los familiares y adultos significativos.

Cabe destacar que, dentro de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, no se establece una edad específica límite hasta la que puedan permanecer los hijos e hijas de reclusas en los establecimientos penitenciarios. Por otro lado, al momento de decidir retirar al niño de la prisión, esta debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han

adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares.

En todas las decisiones respecto de la separación de un niño de su progenitor privado de su libertad, deben ser siempre adoptadas en función de la situación concreta y en atención al interés superior de la niña o niño involucrado.

Para la Corte, los requerimientos que deben cumplirse en la toma de decisiones respecto de la separación de un niño de su cuidador principal privado de libertad son que:

i. sean adoptadas de manera individualizada, considerando las circunstancias particulares de cada caso;
ii. se recabe la opinión del niño o niña concernido según su edad y grado de madurez y se tengan en cuenta tales opiniones al adoptar una decisión;
iii. se realice una evaluación y determinación del interés superior, y
iv. de realizarse la externalización, se garantice la continuidad de la relación entre madre, progenitor o cuidador principal que permanece encarcelado y su hijo o hija, cuando ello sea apropiado al interés superior.

Los Estados deben asegurar una adecuada preparación para la transición y separación del niño de la persona cuidadora encarcelada, incluyendo la provisión de atención psicológica y apoyo social.

Asimismo, los Estados deben garantizar que el niño que vive con su madre en prisión pueda mantener relaciones personales y contacto directo con el padre y familiares con quienes no se encuentra viviendo, siempre que ello atienda al interés superior. Para el caso que el otro progenitor también se encuentre privado de su libertad, se deben garantizar mecanismos ágiles y eficientes para que el niño o niña mantenga de todas maneras un contacto o vínculo con esa persona.

Desde luego que el derecho a la salud de los niños que vivan en prisión con su cuidador principal debe estar garantizado, y para ello, debe asegurarse:

a) el acceso a un reconocimiento médico por persona especializado al ingreso del niño o niña al centro penitenciario;
b) controles periódicos y el acceso gratuito y en condiciones de igualdad a la atención en salud pediátrica especializada;
c) la provisión de las vacunas previstas en el esquema nacional y de medicamentos que sean necesarios de forma gratuita;
d) las medidas pertinentes para prevenir y reducir la mortalidad infantil, y
e) un registro confidencial respecto de los datos de salud.

Los Estados, en opinión de la Corte IDH, deberán suministrar de manera gratuita los implementos necesarios para que los niños puedan comer y beber y se puedan esterilizar los instrumentos utilizados por los recién nacidos.

Los niños que vivan en este contexto deben recibir medidas de protección especial que propendan al desarrollo integral de su personalidad, talentos y capacidades mentales y físicas en todo su potencial, lo que debe incluir como mínimo atención médica, acceso a la educación de la primera infancia y básica, así como áreas de juego y recreación con acceso directo a la luz natural y a espacios al aire libre.

Parte central de esta interpretación de la Corte IDH, es que indica que los Estados deben garantizar que las instalaciones en las que residan hijos e hijas de reclusas deben encontrarse separadas del resto de la población penitenciaria.

En este sentido, debe existir un ambiente físico adaptado a las necesidades de niñas y niños que garantice su desarrollo, incluyendo guarderías o espacios para el juego y la recreación, que cuenten con personal calificado que se encargue de su cuidado cuando no estén al cuidado de sus progenitores, así como con material didáctico y juguetes, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados.

Para finalizar y por lo que ve al derecho a la educación, los Estados deben dar acceso a la misma sin discriminación a los niños que viven en prisión con sus cuidadores principales, preferente-

mente en instituciones o escuelas externa, que cumplan con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Asimismo, debe garantizarse los traslados en condiciones dignas tanto dentro como fuera de la prisión.

## III. Conclusiones

Derivado de la revisión de la opinión consultiva objeto de la presente descripción, es claro percibir el enorme compromiso que asumen los respectivos Estados de cara a este grupo específico de personas en condiciones de vulnerabilidad. Además de lo anterior, es posible también concluir sobre el especial tratamiento exigido para el caso particular de mujeres, niños y niñas, pues además de su condición de personas privadas de libertad, se suma una doble condición de vulnerabilidad: la de encontrarse privadas de la libertad y la de ser mujer, cuidadora y/o padre o madre al mismo tiempo.

No se trata de cualquier compromiso asumido por los Estados, sino que lo anterior exige una revisión de políticas institucionales que apuntan hacia la satisfacción de los compromisos internacionales y de la propia normatividad interna. En el caso específico de la presente opinión consultiva, constituye un hito fundamental en la historia de la Corte Interamericana, puesto que es la primera vez que se emite una opinión con esta temática y de amplio espectro en lo relativo al respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Los datos y cifras estadísticas hablan por sí solas de cara a la responsabilidad asignada a las autoridades correspondientes y a los propios Estados, lo que implica una labor de coordinación entre todos los actores involucrados.

En síntesis, la opinión consultiva que aquí se describió es un instrumento de alta valía para la comunidad de defensores de derechos humanos, de los propios organismos defensores de derechos humanos, así como de las autoridades competentes en la materia, ya que dicha opinión consultiva se traduce en un instrumento clave en la tarea de preservar los derechos humanos.

## Referencias

Banco Interamericano de Desarrollo, Mujeres en contextos de encierro en América Latina. Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos.

Corte IDH. OC-3/83. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3.

*Caso López y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 396.

*Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, núm. 351.

*Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.

*Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 242.

*Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C, núm. 442.

*Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C, núm. 352.

***Restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos de las personas privadas de libertad,***
editado por el Instituto Electoral del Estado de Querétaro
Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro y el
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro,
se terminó de imprimir en mayo de 2024,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.

# RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

**PRÓLOGO**
Mariano Palacios Alcocer

**AUTORÍAS**

Felipe de la Mata Pizaña
Alejandro David Avante Juárez
Martha Leticia Mercado Ramírez
Gilberto Pablo de Hoyos Koloffon
Alejandra Esquivel Quintero
Gerardo Macías Rodríguez
Carlos Rubén Eguiarte Mereles
Javier Rascado Pérez
Carolina del Ángel Cruz
Mariana Durán-Márquez
Héctor Manuel Guzmán Ruiz
Elba Jiménez Solares
Ramsés S. Montoya Camarena
Raúl Ruiz Canizales
Rodrigo Chávez Fierro

Instituto Electoral del Estado de Querétaro

Defensoría de los DERECHOS HUMANOS de Querétaro

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

La presente obra es resultado de la convicción compartida por la Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro, el Instituto Electoral del Estado de Querétaro y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro de promover el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

En su interior, personas dedicadas a la academia, al servicio público, a la judicatura y a la defensa de derechos humanos, analizan desde distintos enfoques las restricciones a derechos humanos de personas privadas de libertad, con especial énfasis en los derechos político-electorales.

Las reflexiones que nos obsequian las y los autores, apuntan hacia la apremiante construcción de una verdadera democracia inclusiva.

Descarga gratiuta