



UNA CRÍTICA SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO AL VOTO POR PENA CORPORAL

A CRITICAL TO THE SUSPENSION OF THE RIGHT TO VOTE BY CORPORAL PUNISHMENT

*Ramsés Samael Montoya-Camarena.
Estudiante de Doctorado
de la Facultad de Derecho,
Universidad Autónoma
de Querétaro,
Juzgado de Distrito
en el Estado de Querétaro.*

*Correo para correspondencia:
ramgrrr@hotmail.com*

*Fecha de recepción: 12/05/2014
Fecha de aceptación: 25/08/2014*

Resumen

Este texto tiene por objeto argumentar que la suspensión del ejercicio del derecho al voto como pena accesoria de la sanción corporal impuesta por la comisión delictiva, no tiene justificación ética en el paradigma jurídico contemporáneo, aun cuando su fundamento sea de base constitucional. Para ello se hace un análisis descriptivo y comparativo de los actuales modelos del derecho penal, así como de las tres principales concepciones que se tienen sobre la pena. La conclusión es que la sanción cuestionada no abona a la resocialización del individuo ni a la pacificación social.

Palabras clave: Garantismo, justificación, pena, voto.

Abstract

This paper argue that the additional penalty of suspend the right to vote as punishment for criminal commission has not an ethics justification in contemporary legal paradigm, although it's on the Constitution. This descriptive and comparative analysis of modern models of criminal law is made, as well as the three main conceptions about the penalty. The conclusion is that the penalty is not functional to rehabilitate the individual or make the social peace.

Keywords: Guarantism, justification, penalty, vote.

1. Introducción

Hace algunos meses un expediente me condujo a la siguiente pregunta ¿Es razonable que una persona sujeta a un procedimiento penal, por el sólo hecho de encontrarse privada de su libertad, no tenga derecho a ejercer su voto (pasivo o activo)? Para los que piensan que sí, la interrogante que sigue es ¿Por qué?

La cuestión se vuelve todavía más difícil cuando nos preguntamos si es razonable suspender del derecho al ejercicio del voto¹ a quienes delinquen, mientras la pena de prisión transcurre y ellos están en libertad.

La discusión sin duda puede llevarnos a varias conclusiones. Por ello considero oportuno presentar brevemente los antecedentes del caso que originó la pregunta y así estimular contrariedades, si es que defendemos una u otra posición.

Los datos del asunto son los siguientes²: Sucede que una tarde de entre semana, José acompañado de su hija Lidia, quien era menor a los diez años, acuden al consultorio de la psicóloga que atendía al papá. Una vez que José anunció su llegada a la profesionista, ésta la indicó que su hija no podía ingresar a la terapia, por los temas en ella tratados; además, que esa tarde su secretaria había pedido permiso para faltar, por lo cual le propuso sentar a Lidia cerca de la puerta del consultorio y dejarla abierta, para que desde el interior el papá pudiera observarla durante el desarrollo de la consulta.

Así sucedió unos minutos. En algún momento, Lidia fue llamada por Joaquín, un hombre mayor a los cincuenta años. Le pidió que lo acompañara a un área de cafetería, la cual se encontraba sobre el pasillo, a unos cuantos metros del consultorio. La cafetería era para uso exclusivo del personal del edificio, así que en ese horario era poco concurrida.

Al encontrarse a solas, Joaquín manoseó lascivamente a Lidia por debajo de sus ropas. La niña espantada, pudo alejarse del señor y volvió a sen-

tarse en la silla desde la cual era cuidada por el papá. Sólo fueron algunos minutos en los que José no tuvo a la vista a Lidia, por lo que pensó que tal vez habría ido a tomar agua del garrafón ubicado al final del pasillo. Lidia y su papá se retiraron del edificio. José notó abrumada a Lidia, quien le platicó lo que había pasado.

José y su esposa presentaron la denuncia respectiva. Al poco tiempo, Joaquín fue consignado al juzgado penal competente, en el que se le dictó auto de formal prisión por el delito de abusos eróticos sexuales, el cual al tratarse de un delito no grave, permitió al inculcado gozar de la libertad provisional bajo caución.

Al momento de cometer la conducta que se le atribuía, Joaquín era candidato oficial a un puesto de representación política, mientras que al emitirse la formal prisión, ya había sido electo. La madre en representación de Lidia, acudió al juicio de amparo, para reclamar que el juez penal había omitido suspender los derechos políticos del imputado y, por ende, debió de haberse privado del derecho a ser votado.

Sin duda se trata de un caso que implica aspectos muy sensibles sobre la libertad sexual de una niña; aunque el punto de debate fue resolver si era constitucional que a Joaquín no se le hubiese privado del derecho a ser votado, aun cuando era procesado por un delito cometido antes de haber sido electo.

Este asunto fue el que me llevó a pensar sobre el propósito de suspender el ejercicio de los derechos políticos a quien delinque, cuando se le ha impuesto una pena corporal y si esta pena es éticamente razonable o no, por la sola razón de estar prevista en el artículo 38, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³.

El problema es que esta sanción accesoria prevista en el texto constitucional no refleja algún propósito que sea acorde a las funciones que teóricamente deberían observar las penas. Por ello, el texto se ocupa de indicar por qué no hay justifi-

cación ética para la suspensión mencionada.

2. El derecho penal contemporáneo.

El Derecho penal contemporáneo es entendido como una institución de control social en sentido fuerte, porque prevé sanciones cuando ocurre alguna infracción normativa (Hassemer y Muñoz-Conde 1989).

Es a mediados del siglo XVIII, con el surgimiento de la Ilustración, en que pensadores como Hobbes y Locke, en primera instancia, luego Kant, Rousseau y Montesquieu, entre otros, empezaron a analizar las legislaciones de la época, principalmente al introducir conceptos que humanizaran el sistema de justicia penal para que se respetara la dignidad de las personas. Es la época en que se pugnó por un Derecho penal de corte liberal. Ello significó limitar la acción punible del soberano y encauzar los procedimientos con reglas apegadas a los principios de lo que hoy se conoce como debido proceso (Coaña, 2014: 21-22).

Hoy en día la discusión del Derecho penal en su parte general puede resumirse en tres modelos: Derecho penal del enemigo, garantismo penal y realismo jurídico penal-marginal.

El defensor del primer modelo ha sido Günther Jakobs y se caracteriza por tres elementos: un amplio adelantamiento de la punibilidad hacia el hecho futuro (en lugar del hecho cometido); una penalidad desproporcionalmente alta y la relativización de determinadas garantías procesales (Jakobs y Cancio 2006).

Además, el delincuente se convierte en un enemigo que no goza del estatus de ciudadano, dado que es el protagonista que viola la norma penal. En palabras de Jakobs:

“[...] Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas [...]” (Jakobs y Cancio, 2006: 47)

Por su radicalidad este modelo funcional normativista tiene detractores y defensores, por un lado, podemos encontrar a Bustos Ramírez quien la ha denominado como la alternativa irracional (Bustos y Hormazábal, 2006: 95); mientras que por el otro, Silva Sánchez la acoge dentro de su teoría de las tres velocidades del Derecho penal (Silva 2001).

Por su parte, el garantismo penal tiene un fuerte arraigo en los derechos fundamentales, a medida que, como lo indica Perfecto Ibáñez, se hace patente su profunda inercia, como criterio de legitimación, al vigente modelo del Estado constitucional de derecho (Ibáñez, 2005: 60).

De manera que su idea es reclamar la efectividad de las garantías propias de los derechos de libertad e igualdad, que nacen como técnica de minimización de la violencia reactiva de las instituciones del ámbito de los aparatos represivos del Estado y que en su largo trecho, en la actualidad es posible presentarla como una teoría general explicada dentro de las democracias constitucionales preocupadas por la protección de los derechos subjetivos⁴.

Así que sobre el garantismo penal podría decirse que es:

“[...] (Un) medio hábil para dispensar la necesaria protección a los derechos fundamentales frente a las más graves violaciones, y de evitar que el propio dispositivo de garantía opere a su vez como una nueva fuente de riesgo y de padecimiento para aquéllos, en la persona del imputado [...]” (Ibáñez, 2005: 62)

Además, propugna para que la jurisdicción sea una actividad cognoscitiva, ya que así en la jurisdicción penal la verdad garantizada por la estricta legalidad es directamente un valor de libertad, porque los derechos de libertad están protegidos frente al abuso, gracias precisamente al carácter cognoscitivo y no potestativo del juicio (Ferrajoli, 1998: 546).

Finalmente, el realismo jurídico penal-marginal es un planteamiento latinoamericano presenta-

do por Eugenio Zaffaroni, que si bien comparte la idea del respeto a los derechos humanos dentro del proceso penal, toma cierta distancia del garantismo, pues considera que algunos de sus principios son de imposible realización, según se observa de lo siguiente:

“[...] El discurso jurídico penal debe planificar las decisiones de las agencias judiciales, en forma que éstas traten de extender esos principios (tutela efectiva de la dignidad de la persona humana, sobre todo) hasta las máximas posibilidades de realización, que el poder decisorio de esas agencias lo permita y los estándares de realización así obtenidos y en permanente ampliación inacabada, se conviertan en límites máximos a la irracionalidad tolerada (por falta de poder que puede reducirla aún más) en el ejercicio del poder selectivo (criminalizante) y reactivo (deteriorante y condicionante) de los sistemas penales.

Las garantías que la agencia judicial debe ofrecer son los máximos de realización, en el entendido que resulta absurdo sostener que los sistemas penales respetan el principio de legalidad, el de reserva, el de culpabilidad, el de humanidad, y sobre todo, el de igualdad, cuando sabemos que, estructuralmente están armados para violarlos todos [...] Por garantías penales se entiende el compromiso de las agencias judiciales penales para ejercer su poder en forma que decida cada caso conforme a la regla de “violación mínima/realización máxima” de los principios que sirven para limitar la irracionalidad (violencia) del ejercicio de poder del sistema penal [...]” (Zaffaroni, 2005: 242-243)

Por ello, el autor argentino indica que las garantías penales se agrupan en dos conjuntos de principios que tienen como propósito vigilar que el proceso penal respete los derechos de los enjuiciados, a saber: principios para la limitación de la violencia por carencia de elementalísimos requisitos formales, en los que se encuentran las garantías de reserva de ley, de máxima taxatividad, de irretroactividad, de representación popular, etcétera y los principios para la limitación de la violencia por exclusión de supuestos de disfun-

cionalidad grosera para los derechos humanos, en los cuales se ubican las garantías de limitación máxima de la respuesta contingente, de lesividad, de mínima proporcionalidad, del respeto mínimo a la humanidad, de idoneidad relativa, de limitación de la lesividad de la víctima, entre otras.

Cada una de los modelos presenta aspectos que exigen un desarrollo más exhaustivo, no obstante, la intención solamente es recapitular un poco sobre el escenario actual del pensamiento penal para acaso reflexionar mejor sobre la suspensión del derecho al voto.

La Constitución mexicana tiene cosecha de los tres modelos. Sobre el Derecho penal del enemigo tenemos el arraigo (artículo 16) y la restricción de comunicaciones a los procesados y sentenciados por delincuencia organizada (artículo 18); mientras que del garantismo vale la pena analizar toda la articulación del proceso penal acusatorio (artículos 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 123); finalmente, en cuanto a la teoría de Zaffaroni, hay varias garantías, sino que todas, previstas en el texto constitucional, a manera de ejemplo se encuentran: la garantía de taxatividad, de irretroactividad, de reserva de ley, de interdicción a la arbitrariedad en la detención, de reserva de identidad de la víctima, etcétera. Por ende, difícilmente puede discutirse que exista un modelo único sobre el Derecho penal en la Constitución, pero al menos sirva decir que el esfuerzo por insertar al garantismo, más que un aspecto deseable constituye un elemento necesario en la práctica penal mexicana.

3. Notas sobre la pena.

Los modelos del Derecho penal descritos no necesariamente funcionan como receptáculos para cada una de las tres concepciones que se tienen sobre la pena, las cuales se recogen de la sistematización que ha hecho sobre el tema Claus Roxin (Roxin, 2007: 70-88).

La primera ha tenido una importante influencia durante mucho tiempo a través de filósofos como Kant y Hegel y consiste en que la pena debe retribuir el hecho imponiendo un mal y, con ello, ser-

vir a la justicia, con independencia de su efecto social, es lo que se denomina teoría de la retribución; o bien, una teoría de la justicia.

La segunda tradición percibe que el Derecho tiene la tarea de impedir que el autor cometa otros delitos, es lo que se denomina teoría de la prevención especial, la cual ha sido desarrollada en Alemania, particularmente por Franz Von Liszt.

La tercera postura concede a la pena una función de motivación general; algo así como una especie de conductismo dirigido a la población, para que ajuste su comportamiento a la legalidad; de ahí su nombre, teoría de prevención general. Su principal defensor en Alemania ha sido Anselm Von Feuerbach.

La teoría de la retribución puede entenderse como una teoría absoluta, porque es independiente de sus efectos sociales y, por ende, no encuentra sentido en alguna utilidad práctica; mientras que las teorías preventivas son relativas, porque están vinculadas a una finalidad con efectos sociales, ya sea para influir en el autor o en la generalidad, con el propósito de impedir delitos.

Tanto la teoría absoluta como las teorías relativas han sido blancos de diversas críticas. Hay quienes piensan que una pena absoluta que renuncie a las finalidades de la prevención y presente al Derecho desprovisto de objetivos, no sólo afecta la tarea social del Derecho penal, sino que tampoco es compatible con una Constitución democrática (Roxin, 2007: 71).

Por ello no debe perderse de vista que cualquier pena *per se* es una intervención estatal grave que precisa de una legitimación jurídica que no puede basarse en una idea metafísica de compensación retributiva de culpabilidad, sino que debe medirse objetivamente; por ejemplo, en cuanto a si es idónea en controlar a la criminalidad, pues sólo así la pena sería preventivamente necesaria.

La crítica a la prevención radica en que la pena no puede ser solamente preventiva, porque la penalidad constituye un reproche en contra del

autor y, por ende, éste debe saber que se ha hecho merecedor de ella. Así que en su imposición deberá ajustarse la pena a la medida de culpabilidad, para que sea considerada proporcional, o de lo contrario, podría afectarse algún derecho humano.

En la actualidad tiene un peso mayor la teoría de la prevención general, en virtud de que parte de la idea de que a través de ella es posible construir un entorno para controlar la criminalidad; asimismo, que la resocialización ayuda al delincuente en la reintegración social y a elevar sus oportunidades de vida, por lo cual, consecuentemente se ayuda a la generalidad porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y, con ello, mejoran las condiciones de vida de todos.

Esta teoría desplazó a la de prevención especial, principalmente porque no se ha demostrado que la privación de la libertad haya tenido algún éxito destacable en la resocialización del autor, sobre la cual esta teoría había fijado su mayor apuesta.

Este descrédito no se finca solamente en la finalidad de la teoría preventiva especial, sino en el desarrollo de la política-criminal, al presentarse varias circunstancias que son desfavorables para la resocialización, a saber: el aislamiento social, la destrucción de vínculos familiares, el fracaso profesional, la descalificación pública, por mencionar algunos; sin embargo, esta problemática sale de las manos del tema planteado, pero bien vale la pena tenerlo en cuenta para reflexionar sobre él en otra ocasión.

El Tribunal Constitucional alemán comparte ciertos rasgos de la teoría de la prevención general al establecer que *la pena tiene la tarea de demostrar frente a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y, de esa manera, reforzar la fidelidad jurídica de la población* (Sentencia del TCF, tomo 45: 255), ya que en cierta medida esta teoría tiende a ocuparse con mayor eficacia sobre su finalidad práctica, debido a que recoge la preocupación de que las personas ajusten su comportamiento al marco de la legalidad, para transmitir al destinatario la sensación de

que la justicia penal funciona correctamente.

Además, la prevención general produce tres efectos de aprendizaje para el ciudadano: *a)* ilustra sobre las reglas sociales básicas, cuya violación no puede aceptarse; *b)* muestra el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se ha impuesto y *c)* enseña el efecto de pacificación, que se produce cuando un quebrantamiento criminal del Derecho es resuelto mediante la intervención estatal, porque su estructura responde entre otras cosas, a garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad (Steiner, 2010: 183-204).

Una última consideración, es que anteriormente el autor era considerado como a quien se imponía la pena, o sea, como un mero objeto de influjos, sea que éstos sirvieran a la retribución, al tratamiento de prevención especial o a la influencia preventiva general; sin embargo, los nuevos métodos de sanción (compensación autor-víctima, reparación civil o trabajo comunitario) muestran un compromiso activo del condenado, en lugar de una simple actitud que soporta las medidas coercitivas del Estado, por lo cual se entiende que el condenado recibe ahora la oportunidad de convertirse en sujeto activo del propósito sancionador y puede participar con iniciativa propia para auto-ayudarse.

Si bien estas teorías tienen su origen en planteamientos europeos, al menos dos teorías han estado presentes en la legislación penal mexicana en los últimos tiempos, e incluso han convivido al mismo tiempo.

Como muestra, véase el texto constitucional, en el cambio que se hizo al artículo 18 respecto del vocablo “readaptación social” a “reinserción social”, conforme al cual se da mayor importancia a la prevención especial, en el ánimo de resocializar al autor⁵; aunque con algunas adiciones relacionadas al sistema penal acusatorio bien podrían asomarse algunas instituciones relacionadas con la prevención general, en cuanto a que se propone la reparación del daño de manera anticipada y

el restablecimiento del derecho lesionado a favor de la víctima.

Otro botón sobre la prevención especial se observa en el endurecimiento de las penas, piénsese por ejemplo en el delito de secuestro previsto en la legislación federal, a través del cual se busca intimidar al autor del delito con una prolongada privación de la libertad.

Por otra parte, la prevención general ha tenido cabida en la disminución de penas realizada a través del decreto de reforma de 20 de agosto de 2009 a la Ley General de Salud, dado que se moderó la penalidad sobre ciertos delitos de contra la salud, en la modalidad de narcomenudeo, con el propósito de dar oportunidad al agente de integrarse a la vida de la legalidad.

Asimismo, en legislaciones de diversas entidades federativas se han recogido varias modalidades para lograr una justicia restaurativa a través de los medios alternativos de solución de controversias⁶, con lo cual se propicia que el autor trabaje por sí mismo para resolver el conflicto social que ha generado su conducta delictiva, como efecto reflejo para la resocialización del delincuente, así como para el compromiso manifiesto de esforzarse por reconciliarse con la víctima y retornar a la legalidad.

La combinación de las teorías relativas es insuficiente para justificar alguna sanción. Claus Roxin propone que para entender los fines de la sanción, una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad del hecho (Roxin, 2007: 71), o sea que plantea la idea de una justificación cumulativa de las tres teorías presentadas, para fundamentar la potestad punitiva en un Estado democrático. El autor se refiere a una teoría postilustrada sobre la pena.

4. La suspensión del derecho al voto.

Anticipo que sólo me ocuparé de reflexionar si hay alguna justificación ética para suspender el

ejercicio del derecho al voto (activo o pasivo)⁷ a quienes han delinquido y se les ha impuesto una pena corporal, independientemente de que sean o no presidiarios en el sistema penitenciario. Por lo cual, aunque en el inicio me referí de manera implícita a un caso relacionado al debate que produjo la sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el “caso Pedraza”⁸, lo que me interesa aquí se aleja del caso ahí tratado. El objeto de este texto es analizar si alguno de los propósitos que teóricamente legitiman la pena puede armonizar con argumentos éticos que hipotéticamente podrían utilizarse para defender la suspensión del derecho a votar o a ser votado.

Si partimos de que la pena tiene fines de prevención especial tendríamos que afirmar que este es un *argumento perfeccionista*, en la medida en que pone el acento en hacer saber al sentenciado que su actuar es inmoral y para resocializarse es necesario limitar su participación política, motivando así una prevención para que no delinca, porque ello de uno u otro modo reduce su importancia cívica como persona dentro del ámbito político.

Cualquier liberal respondería que este argumento es insostenible. Cuando me refiero al liberalismo hablo de su núcleo duro, el cual postula una apuesta por el respeto mutuo que permite la convivencia pacífica de personas con distintas concepciones de la vida buena; que defiende la aceptación del principio de no interferencia, porque a través de él se impide intervenir en el desarrollo de los planes de vida de otros, siempre y cuando estos tampoco interfieran en los de los demás, así como una composición diversificada y separada de las distintas esferas que componen la vida social (Rawls, 2002: 187-229).

El *argumento perfeccionista* no tiene cabida pues el sistema jurídico no tiene legitimidad para promover, menos aún, para imponer planes de vida buenos y caracteres virtuosos, porque ello entra en conflicto con la capacidad autonómica de cada individuo para elegir libre y racionalmente los planes de vida e ideales de virtud que mejor le convengan de acuerdo a sus preferencias. Entonces, si lo que pretende la pena es poner en

conocimiento del autor, que la comisión de un delito reduce su capacidad de participación política, ello anticipa una conjetura relativa a que tal aspecto es un fin realmente deseable para esa persona; o bien, que debería formar parte importante de su plan de vida.

En este sentido, la finalidad de la pena no encuentra justificación porque el propio agente es quien define sus modelos de virtud personal, así que la intimidación de suspender su intervención política, no coadyuvará a la resocialización del individuo, ya que, por un lado, se desconoce qué importancia juega para él ese derecho y, por otro, se le pretende imponer una virtud pública a través de una persuasión represiva, algo así como pensar que el Estado es el encargado de formar buenos ciudadanos que participen en la vida política del país.

De modo que no es éticamente sostenible imponer un ideal de vida a través de la punición, ya que la inhibición de cierta conducta delictiva dirigida al agente a través de la pena es una finalidad completamente distinta a pretender que el sentenciado acoja en su vida un alto grado de interés por participar en las votaciones. El Estado no es el encargado de direccionar la voluntad cívica de las personas. Pensar que sí lo es, nulificaría el principio de no interferencia defendido por el liberalismo, al permitirse que las sanciones, además de evitar otras conductas delictuosas, sirvan para insertar un conductismo de participación política a los sentenciados.

Con ello no quiero decir que el Derecho penal sea indiferente al establecimiento de penas sobre conductas que afecten a terceros, sino únicamente subrayar que la pena accesoria de suspensión en el ejercicio del derecho al voto político, no se justifica conforme a la teoría de prevención especial, debido a que cualquier ánimo perfeccionista para resocializar al autor del delito no tendría eficacia.

Por otro lado, si la premisa es que al limitarse la intervención política de los sentenciados se tiende a pacificar la convivencia social, porque al ais-

larlos del ámbito político, se produce un mayor bienestar; debido a que con ello mejoraran las condiciones del sistema de representación política y éste presentará menor incidencia criminal, se está en presencia de un *argumento utilitarista* que busca maximizar el bienestar general.

Esta idea también resulta insuficiente para justificar la pena porque no hay razones objetivas para decir que con la clausura del voto el sistema político electoral mexicano prospera, dado que no existen indicadores que documenten que cuando se han suspendido los derechos políticos en una u otra región del país, ha mejorado el funcionamiento del sistema electoral.

La limitación electoral no es una medida que se dirija a restablecer la paz jurídica, en virtud de que al aplicarse la suspensión de manera genérica siempre habrá casos en los que el delito no tenga efectos perjudiciales en la esfera política; o sea que *a priori* se priva al delincuente de su participación pública, sin haya sido en ese ámbito donde se disminuyó el bienestar general.

Además, la suspensión del ejercicio al derecho al voto sólo reproduce un escenario de exclusión que simboliza la manera en que el Estado determina cómo adoptar un comportamiento cívico. Así, la persona que lo observe será considerado un apto participante en los temas de debate público, como es precisamente la elección de sus representantes. Entonces, el problema es que no hay conexión entre el objeto del perfeccionismo cívico y la causa por la que se impone la sanción.

Esto quiere decir que la suspensión del derecho a votar no encuentra su cometido en el quebranto que se hubiere cometido en el espacio de participación política. Establecer la inhibición de cierto comportamiento a través de la pena accesoria debería tratar de justificarse en el propósito de evitar afectaciones a la operatividad del sistema político; sin embargo, al desvincularse el objeto del perfeccionismo y la causa de la sanción, la pregunta que queda en el aire es ¿Para qué suspender del derecho a votar a alguien que no ha interferido con el funcionamiento del sistema político?

Desafortunadamente, la única respuesta que surge tiene base normativa: Se suspende el derecho a votar para cumplir con el mandato constitucional. Pero visto desde un análisis ético, no hay justificación alguna para sostener el argumento perfeccionista que pretenda defender dicha suspensión, en razón de que ni siquiera atiende al principio de lesividad objetiva.

Desde otro punto de vista, cuando el objetivo de la penalización es el de considerar que el autor no está facultado para ejercer con responsabilidad el derecho al voto, porque al haber quebrantado el orden jurídico se piensa que no tiene la capacidad cívica y disposición personal para participar en el ámbito electoral, se está en presencia de un *argumento paternalista*. En efecto, se trata de una acción paternal represiva, ya que considera al sentenciado como incapaz para participar responsablemente en la vida política.

No hay elementos para sostener este tipo de paternalismo. Recuérdese que hay cinco modalidades que empíricamente pueden dar lugar a defender el paternalismo⁹. Lo que aquí interesa es darse cuenta de que el paternalismo visto desde su dimensión normativa no tiene cabida, porque se inobserva la condición de que el Estado intervenga sólo por el interés del individuo incompetente. La falla es que con la pena cuestionada la acción estatal no entra para proteger al agente del delito.

Al considerarse como incapaz al autor se le criminaliza (estigmatización) y sobre él cae el apelativo de incompetencia, que de inicio reprueba su práctica política, ya sea por considerar hostil su presencia en el sistema político, dada su falta de aptitud, o en su caso, se le ve como un inmerecido colaborador en el ejercicio electoral, debido a su intuita incapacidad para hacer un uso responsable de sus prerrogativas públicas.

Basta decir que cualquiera de las posturas que simpaticen con los fines descritos, no está dirigida a que haya alguna intervención a favor del individuo para evitar que él mismo se produzca un daño, por el contrario, este *paternalismo restrictivo* so-

lamente se ocupa de calificarlo como persona no apta y, por ende, lo discrimina sobre la base de una diferencia no relevante; además, cuida más los intereses de terceros, en lugar de tutelar los propios del sentenciado, a quien debe considerarse jurídicamente autónomo, salvo cuando se presente alguna de las condiciones empíricas.

Así que el Estado no puede compeler a través de la punición a que el individuo deje de ejercer su derecho al voto, cuando él conoce las situaciones relevantes en que tiene que actuar; igual sucede cuando puede llevar a cabo sus propias decisiones y se encuentra en capacidad cognitiva suficiente para evaluar razonablemente las relaciones medio-fin de sus decisiones; lo contrario equivaldría a sostener un paternalismo injustificado sobre la premisa de que la pena es sólo una retribución que se impone como un mal por la infracción normativa cometida, con lo cual se perdería de vista que ya de por sí la pena de prisión es una intervención bastante grave, como para todavía imponer una sanción accesoria que lo prive del derecho al voto, bajo una idea metafísica de compensación retributiva, sin parámetros objetivos que permitan inferir que dicha condena, es al menos preventiva para el control de la criminalidad.

Por último, al pensarse que con la suspensión del ejercicio al derecho al voto se entiende que el autor no contribuye con un esfuerzo relevante para mejorar la calidad de la vida democrática en la sociedad, su justificación se centra en el *argumento democrático*.

El argumento no es razonable para justificar la privación analizada. En principio esa finalidad sería contraria a la de reinserción social prevista en el artículo 18 constitucional, pues en lugar de promover la resocialización a través de la interacción pública, se desplaza al agente y se le pone fuera de los asuntos de interés social.

Con esta minimización cívica, se refuerza la falacia de que la restricción del ejercicio al voto del autor del delito mejora la vida democrática; primero, porque como se dijo, tal situación me-

noscaba la capacidad autonómica del individuo; segundo, puesto que no hay condición suficiente, al menos de manera general, para intuir que debe ser controlado en el debate público; tercero, en razón de que la disminución de su ciudadanía no encuentra sustento alguno, porque por la ilicitud no puede considerarse al autor como un enemigo penal, máxime que la pena no está prevista para delitos especiales, que por su gravedad ameriten un análisis diverso; y cuarto, el aislamiento social no responde a una función objetiva de control de la criminalidad, ni a algún propósito preventivamente necesario como para que la práctica democrática sea más robusta o para que con ello se presente una efectiva resocialización del individuo.

De modo que no hay justificación ética para excluir al sentenciado de la discusión pública al suspenderle su derecho de ejercicio electoral; por el contrario, paradójicamente es a través de la democracia que se le vuelve la espalda a un ciudadano, que a pesar de su conducta delictiva, merece ser representado en la esfera política; o incluso, cuando sea materialmente posible, promover su participación encarnando los intereses de otros; de lo contrario el adjetivo de “democrática” puesto a nuestra Constitución sería meramente decorativo.

La sanción cuestionada debe repensarse a través de la teoría de la pena desde un punto de vista garantista, la cual se refiere a un retribucionismo moderado con apego a la ley, en el marco de un Estado constitucional de derecho (Vázquez, 2010: 102). Este planteamiento contempla el que una pena puede transgredir la capacidad autonómica del sentenciado, en la medida en que ésta sea estrictamente necesaria como medida preventiva del control de la criminalidad y la pacificación social; así como en la resocialización del individuo y la intención de restituir los daños ocasionados a terceros.

Un castigo garantista defiende una retribución moderada acorde a la medida de culpabilidad del autor y proporcional al daño causado (teoría de la retribución racional), cuya imposición sea resul-

tado de un proceso en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales; de manera que ya per se es suficiente la pena de prisión, como grave intervención estatal, como para sumar una pena accesoria que no sirva a la resocialización o a la paz social.

El garantismo también aprecia como falsa la premisa de que la rigurosidad de la pena tiene mejores efectos preventivos. Por ello, no sólo tiene que basarse en el propósito retributivo, ya que como sucede con la restricción de la participación electoral, solo llevaría al condenado a su desocialización definitiva, sin contar con algún aliciente para encaminar su conducta hacia las reglas básicas de la sociedad.

La resocialización del sentenciado se hace posible a través de una reforzada inclusión de la persona en la dinámica de la democracia, que tiene cabida cuando se permite al individuo entrar o salir libremente del debate público. Así que a propósito de la conclusión de que la suspensión del derecho al voto no armoniza con los propósitos que teóricamente legitiman la pena, viene a colación la advertencia de Roxin sobre que el Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del propio Derecho penal:

“[...] el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán [...]” (Roxin, 1997: 137)

5. Conclusiones.

En la Constitución mexicana pueden observarse distintas porciones normativas que se han adoptado de acuerdo a los postulados de los tres modelos penales contemporáneos, a saber: el Derecho penal del enemigo, el garantismo penal y el realismo jurídico penal-marginal.

De la misma forma, el sistema jurídico mexicano indistintamente ha integrado en su estructura y funcionamiento, diversos modelos punitivos, algunos equivalentes a la teoría absoluta de los fines de la pena y otros identificados con alguna de las teorías relativas de prevención penal.

La pena que suspende el ejercicio del derecho al voto al autor del delito es un tema que merece reflexión a la luz de la moral crítica, porque cualquiera que haya sido la reminiscencia histórica que la trajo al texto constitucional ha sido superada por el paradigma jurídico contemporáneo.

Los argumentos presentados concluyen que dicha pena no tiene una justificación ética razonable. Por ello, se propone repensar la sanción cuestionada a partir de un parámetro garantista que sea acorde con alguna finalidad punitiva.

Resumen Curricular:

Ramsés Samael Montoya Camarena, Maestro en Derecho con Mención Honorífica. Cursa actualmente el Doctorado en Derecho en la Universidad Autónoma de Querétaro.

Notas

1. Cuando en el texto se asienta la expresión *derecho al voto* o sus equivalentes, hablo de las dos categorías que lo comprenden, a saber: el ejercicio activo, que consiste en votar y el ejercicio pasivo, que constituye la votación que se recibe como candidato de representación política; por ello, no debe entenderse que el derecho al voto hace referencia sólo a una de sus modalidades.
2. En los antecedentes del caso se excluyen todos aquellos datos personales de los involucrados, por lo cual se utilizan nombres aleatorios para recrear los sucesos narrados.
3. Este artículo remite al diverso 35, constitucional, porque ahí se enlistan cuáles son las prerrogativas del ciudadano, entre las que se encuentran: votar en las elecciones populares; ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; asociarse indi-

vidual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. Sin embargo, como adelanté sólo me ocuparé del *derecho al voto*. Véase supra nota 1.

4. En este aspecto, el garantismo es ante todo una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad; por ello la tesis metodológica del garantismo consiste en la absoluta separación entre derecho y moral. Por lo tanto, en el plano de la teoría jurídica, para el garantismo a la vez que es necesario abandonar el positivismo ideológico, desde el punto de vista metodológico, debe mantenerse firme la tesis de la separación entre moral y derecho que permite ubicar esta teoría dentro del ámbito del positivismo, en su caso, crítico (Gascón 2011 y Salazar 2011).

5. Aunque de cierta manera este nuevo concepto también podría entenderse dentro de la teoría de la prevención general, en virtud de que, como lo destaca Miguel Sarre, no sólo se predica sobre la pena de prisión, sino incluso sobre aquellas que imponen obligaciones de dar, hacer o no hacer, lo cual se traduciría en acciones que de antemano conducen a que el delincuente ajuste su comportamiento a la legalidad y, ello lo refleje ante la sociedad; sin embargo, como precisa el mismo autor, la prisión ha sido la reina de las penas, por lo cual aun cuando existen otras sanciones, éstas regularmente son meramente accesorias y, por ende, se les ha dado menor importancia en el sistema penitenciario (Sarre, 2011).

6. Véanse los artículos 160 a 167 de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.

7. Con anterioridad precisé que este ensayo no se ocupa de analizar las demás prerrogativas ciudadanas, previstas en el artículo 35, constitucional. Véase supra nota 3.

8. En la decisión del “caso Pedraza” se consideró que la suspensión de los derechos políticos a que se refiere el artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no opera *ipso facto*, sino sometida a la condición de la prisión provisional; es decir, que el mero dictado del auto de formal prisión no es una condición suficiente para la suspensión de los derechos políticos, sino que, además, debe concurrir la condición de que el procesado haya sido puesto en prisión preventiva (García, 2011).

9. Las cinco modalidades son: 1) cuando ignora ele-

mentos relevantes de la situación en la que tiene que actuar; 2) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones; 3) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas; 4) cuando actúa bajo compulsión y 5) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos (Vázquez, 2010: 142).

Referencias bibliográficas.

Bustos, J. y Hormazábal, H. (2006). Lecciones de Derecho penal. Parte general. Madrid: Trotta.

Coaña, L. (2014). México: ¿Garantismo o Derecho penal del enemigo? México: Ubijus.

Ferrajoli, L. (1998). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.

García, R. (2011). La suspensión de los derechos políticos por causa penal: el caso mexicano. En Ríos, L. E. (ed.). Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa. Madrid: TEPJF-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gascón, M. (2011). La teoría general del garantismo. En Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta.

Hassemer, W. y Muñoz-Conde, F. (1989). Introducción a la criminología y al Derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ibáñez, P. A. (2005). Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. En Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta.

Jakobs, G. y Cancio, M. (2006). Derecho penal del enemigo. Navarra: Aranzadi.

Rawls, J. (2002). La justicia como equidad: política, no metafísica. En Gómez, C. (ed.). *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*. Madrid: Alianza.

Roxin, C. (1997). Derecho penal, parte general. Madrid: Civitas.

Roxin, C. (2007). La teoría del delito en la discusión actual. Lima: Grijley.

Salazar, P. (2011). Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. *Doxa*. (núm. 34). 289-310.

Sarre, M. (2011). Debido proceso y ejecución penal. Reforma constitucional de 2008. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. (núm. 31). 251-268.

Silva, J. M. (2001). La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas.

Steiner, C. (2010). Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. En Ambos, K. (coord.). *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: Palestra Editores.

Vázquez, R. (2010). Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho. Madrid: Trotta.

Zaffaroni, E. (2005). En busca de las penas perdidas. (*Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*). Buenos Aires: Ediar.