

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL, EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL PLENO, QUE RESOLVIÓ LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 33/2009 Y SUS ACUMULADAS 34/2009 Y 35/2009, PROMOVIDAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS CONVERGENCIA, DEL TRABAJO Y DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA.

En las citadas acciones de inconstitucionalidad, se hizo valer la invalidez de los decretos mediante los cual se modificaron diversos numerales de la Constitución y del Código Electoral, ambos del Estado de Coahuila publicados en el Periódico Oficial de la Entidad el seis de febrero de dos mil nueve, por considerar que algunas de las previsiones contenidas resultaban contrarias a la Constitución Federal.

A lo largo de la discusión manifesté mi desacuerdo en algunos de los temas, ya sea con las resoluciones mayoritarias del Tribunal Pleno o con las consideraciones que llevaron a la mayoría a adoptar su decisión. Enseguida, expondré las razones de mis votos.

I. IMPEDIMENTOS PARA SER ELECTOR.

El artículo 7, fracción I, del Código Electoral de esa entidad¹, fue impugnado por considerar que resultaba contrario al artículo 20 de la Constitución Federal y a Tratados Internacionales, pues al establecer que el impedimento para ser elector por estar sujeto a proceso penal por delito doloso con pena privativa de libertad,

¹ “Artículo 7.- Son impedimentos para ser elector:

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

surtirá efectos a partir de que se dicte el auto de formal prisión, vulnera los principios, nacionales e internacionales, de que nadie puede ser privado de sus derechos político-electorales sin que exista sentencia ejecutoriada al respecto, así como el de presunción de inocencia, por lo que un simple auto de formal prisión no debe ser conculcatorio de esos derechos.

El Pleno de esta Suprema Corte de Justicia, por mayoría de nueve votos, decidió reconocer la validez de dicho artículo, salvo por lo que respecta a la porción normativa “doloso”, por considerar que esta limitante excede lo previsto por el artículo 38, fracción II, constitucional, que establece la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos por estar sujetos a un proceso criminal por delito que merezca penal corporal.

Los argumentos mayoritarios consistieron en que el citado artículo 38, forma parte de los artículos que integran el Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución Federal, el cual establece el régimen jurídico político de los mexicanos y extranjeros, dentro del cual se establecen los derechos y prerrogativas que dicha Ley Suprema confiere a los ciudadanos, dentro de los cuales se encuentra el derecho de votar y ser votado.

Así, la propia Constitución puede establecer los casos y condiciones en que dichos derechos podrían ser suspendidos, tal como lo hizo en el citado numeral 38, señalando como causa de suspensión la sujeción a un proceso penal por delito que mereciera pena corporal, el cual inicia con el auto de formal prisión y concluye con la sentencia respectiva.

Aunado a que dicha restricción, no es contraria al principio de presunción de inocencia, puesto que la suspensión con motivo del auto de formal prisión, no equivale ni implica que se considere a la persona responsable del delito que se le imputa, puesto que ello

podrá ser determinado únicamente al momento en que se emita la resolución correspondiente.

No coincido con la decisión mayoritaria, pues estimo que la citada disposición es contraria al principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 20, Apartado B, fracción I de la Constitución Federal².

La prisión preventiva es una medida cautelar, que no debe constituir una regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación al principio de inocencia.

Este principio, en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Federal reconoce y garantiza, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con aplicación permea la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares.

En consecuencia, también opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen

² **Artículo 20.-** El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

(...) B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; (...)"

las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

En el caso, se presenta una antinomia, pues por un lado, el artículo 20 constitucional, establece como derecho de todo imputado, el que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Juez de la causa y, por otro lado, el artículo 38 de la propia Norma Fundamental, establece la suspensión de los derechos ciudadanos por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

A efecto de hacer congruentes ambas disposiciones constitucionales, la interpretación que se realice debe partir de la preponderancia de los derechos fundamentales.

Además, al momento de interpretar el alcance de estos derechos, deben tomarse en cuenta las obligaciones adquiridas por nuestro país mediante la suscripción de instrumentos internacionales.

Al respecto, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 25³, establece que la suspensión de derechos, entre otros, el de votar no debe ser indebida.

Sobre el alcance de dicho precepto el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas en la

³ "Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

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

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."

Observación General número 25, señaló en el punto 14 que: "*A las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.*"

Y según ha interpretado en su jurisprudencia la Corte Interamericana, los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo que implica, la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos existentes para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce.

En atención a lo anterior, me parece que haciendo una lectura armónica de las disposiciones fundamentales vigentes en nuestro orden jurídico, el artículo 38, fracción II constitucional, debe entenderse en el sentido de que los derechos ciudadanos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, cuando haya sido dictada la sentencia ejecutoria en la que se le declare responsable del delito.

Además, también debe considerarse el argumento fáctico de que la figura de la suspensión de los derechos político electorales desde el momento del auto de formal prisión, puede ser utilizado indebidamente para eliminar candidatos de la contienda, pues como dice un dicho en materia penal "un auto de formal prisión a nadie se le niega".

Como consecuencia de lo anterior, la fracción I del artículo 7 del Código Electoral impugnado, establece una limitación excesiva, contraria al principio de presunción de inocencia, por lo que debía declararse su invalidez.

II. PATRIMONIO DEL INSTITUTO ESTATAL ELECTORAL, FACULTADES DE NOMBRAMIENTO DEL CONSEJERO PRESIDENTE Y ATRIBUCIONES PARA CALIFICAR LAS ELECCIONES POR PARTE DEL INSTITUTO.

En las acciones de inconstitucionalidad que nos ocupan, se impugnó el artículo 115 del Código Electoral de Coahuila⁴, por considerar que vulneraba las garantías de certeza, legalidad y división de atribuciones, en virtud de que la fracción XVI de ese precepto faculta al Consejero Presidente para nombrar y remover libremente a los titulares de las direcciones, así como a todo el personal de confianza y de base del Instituto Estatal Electoral; generando un sistema autocrático respecto del funcionamiento de dicho Instituto e incluso vulnerando principios laborales.

⁴ **Artículo 115.-** La Presidencia del Consejo General tendrá las atribuciones siguientes:

- I. Representar legalmente al Instituto.
- II. Velar por la unidad y cohesión de las actividades de los órganos del Instituto.
- III. Establecer los vínculos necesarios entre el Instituto y el Instituto Federal Electoral y las demás autoridades federales, estatales y municipales, para lograr su apoyo, colaboración y auxilio, en sus respectivos ámbitos de competencia.
- IV. Convocar y conducir las sesiones del Consejo General.
- V. Instruir, a través de la Comisión Instructora, todos los asuntos del Consejo General y las Comisiones, hasta ponerlos en estado de resolución, previo dictamen correspondiente.
- VI. Vigilar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el propio Consejo General.
- VII. Proponer al Consejo General el nombramiento del Secretario Ejecutivo y del Secretario Técnico del Instituto.
- VIII. Proponer anualmente al Consejo General el anteproyecto de presupuesto de egresos del Instituto para su aprobación.
- IX. Remitir al Titular del Poder Ejecutivo Estatal, el proyecto de presupuesto de egresos del Instituto aprobado por el Consejo General, en los términos de la ley de la materia.
- X. Ejercer las partidas presupuestales aprobadas.
- XI. Ejercer, previo acuerdo del Consejo General, actos de dominio.
- XII. Rendir los informes ante las autoridades competentes, en representación del Consejo General o del Instituto.
- XIII. Otorgar poderes generales y especiales para actos de administración y pleitos y cobranzas, de conformidad con el Código.
- XIV. Presidir la Junta General Ejecutiva e informar al Consejo General de los trabajos de la misma.
- XV. Emitir los acuerdos necesarios para el funcionamiento interno de la Presidencia.
- XVI. Nombrar y remover libremente a los titulares de las direcciones del Consejo General y a todo personal de confianza y de base del Instituto, en los términos del Estatuto del Servicio Profesional Electoral.
- XVII. Las demás que le confiera este Código y otras disposiciones aplicables.

El Pleno de esta Suprema Corte, por mayoría de diez votos, decidió declarar su invalidez por lo que respecta a la porción normativa “libremente”, en virtud de que la facultad del Presidente del Instituto para nombrar y remover personal, no era libre, pues conforme a lo establecido por el propio artículo, dicha facultad se encontraba sujeta a las disposiciones que el Estatuto del Servicio Profesional Electoral de esa Entidad estableciera para tal efecto.

No coincido con dicha consideración, pues se omitió responder el concepto de invalidez consistente en que la facultad del Presidente de nombrar y remover con libertad al personal de base y de servicio profesional, vulnera principios laborales, señalándose como violado el artículo 123 constitucional.

Desde mi punto de vista esta impugnación no está referida a una cuestión de existencia de los preceptos que prevean las reglas, sino a un aspecto sustancial, consistente en que la remoción del personal de base no puede hacerse libremente.

En este sentido estimo que la norma resulta inconstitucional. La fracción XVI del citado artículo 115, establece que es facultad del Presidente del Consejo General nombrar y remover libremente a todo el personal de confianza y de base del Instituto, en los términos del Estatuto del Servicio Profesional Electoral.

De conformidad con el artículo 123, fracción IX constitucional, los trabajadores de base al servicio del Estado gozan de estabilidad en el empleo, por lo que no pueden ser suspendidos o cesados salvo por causa justificada, en los términos previsto en la ley.

De acuerdo con lo anterior, la disposición impugnada es directamente contraria a tal derecho.

Es cierto que el Estatuto del Servicio Profesional Electoral establece en el artículo 12, tres diferentes categorías para el personal: profesional, administrativo y eventual. No obstante ello, el siguiente artículo, el 13⁵, establece que *“en términos del artículo 102 de la Ley del Instituto [la cual fue derogada por el Código en análisis] por la naturaleza confidencial y especializada de las funciones que realiza el Instituto, todo su personal será considerado de confianza, y quedará sujeto a lo establecido por el artículo 25 del Estatuto Jurídico”*.

Por su parte, el Estatuto Jurídico para los Trabajadores al Servicio del Estado de Coahuila, en el artículo 25 al cual remite, establece: *“Los trabajadores de confianza no gozarán de la inamovilidad de los trabajadores de base, por lo tanto en cualquier tiempo y por acuerdo del titular de la dependencia, dejarán de surtir sus efectos los nombramientos que se les hayan otorgado.”*

La Constitución Federal en el artículo 123, fracción IX, establece el derecho de estabilidad en el empleo, el cual es sólo aplicable a los trabajadores del base, pues para los de confianza únicamente establece que gozarán de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social.

En desarrollo de este precepto constitucional, tanto el Pleno como la Segunda Sala de este Tribunal, ha sostenido que para determinar si un nombramiento es de base o de confianza debe atenderse a las funciones que desarrollan y no a su denominación⁶.

⁵ ARTÍCULO 13. En los términos del artículo 102 de la Ley del Instituto, por la naturaleza confidencial y especializada de las funciones que realiza el Instituto, todo su personal será considerado de confianza, y quedará sujeto a lo establecido por el artículo 25 del Estatuto Jurídico.

⁶ TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. PARA DETERMINAR SI TIENEN UN NOMBRAMIENTO DE BASE O DE CONFIANZA, ES NECESARIO ATENDER A

Existe precedente del Tribunal Pleno⁷ que establece que para determinar si los trabajadores tienen un nombramiento de base o de confianza, es necesario atender a la naturaleza de las funciones que desarrollan, y no a su denominación.

LA NATURALEZA DE LAS FUNCIONES QUE DESARROLLAN Y NO A LA DENOMINACIÓN DE AQUÉL. De la fracción XIV del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que "la ley determinará los cargos que serán considerados de confianza", se desprende que el Poder Revisor de la Constitución tuvo la clara intención de que el legislador ordinario precisara qué trabajadores al servicio del Estado, por la naturaleza de las funciones realizadas, serían considerados de confianza y, por ende, únicamente disfrutarían de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social y, por exclusión, cuáles serían de base; lo que implica, atendiendo a que todo cargo público conlleva una específica esfera competencial, que la naturaleza de confianza de un servidor público está sujeta a la índole de las atribuciones desarrolladas por éste, lo que si bien generalmente debe ser congruente con la denominación del nombramiento otorgado, ocasionalmente, puede no serlo con motivo de que el patrón equiparado confiera este último para desempeñar funciones que no son propias de un cargo de confianza. Por tanto, para respetar el referido precepto constitucional y la voluntad del legislador ordinario plasmada en los numerales que señalan qué cargos son de confianza, cuando sea necesario determinar si un trabajador al servicio del Estado es de confianza o de base, deberá atenderse a la naturaleza de las funciones que desempeña o realizó al ocupar el cargo, con independencia del nombramiento respectivo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; **Pleno**; XXIII, Febrero de 2006; **Tesis: P./J. 36/2006**; Página: 10.

⁷ TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. PARA DETERMINAR SI TIENEN UN NOMBRAMIENTO DE BASE O DE CONFIANZA, ES NECESARIO ATENDER A LA NATURALEZA DE LAS FUNCIONES QUE DESARROLLAN Y NO A LA DENOMINACIÓN DE AQUÉL. De la fracción XIV del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que "la ley determinará los cargos que serán considerados de confianza", se desprende que el Poder Revisor de la Constitución tuvo la clara intención de que el legislador ordinario precisara qué trabajadores al servicio del Estado, por la naturaleza de las funciones realizadas, serían considerados de confianza y, por ende, únicamente disfrutarían de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social y, por exclusión, cuáles serían de base; lo que implica, atendiendo a que todo cargo público conlleva una específica esfera competencial, que la naturaleza de confianza de un servidor público está sujeta a la índole de las atribuciones desarrolladas por éste, lo que si bien generalmente debe ser congruente con la denominación del nombramiento otorgado, ocasionalmente, puede no serlo con motivo de que el patrón equiparado confiera este último para desempeñar funciones que no son propias de un cargo de confianza. Por tanto, para respetar el referido precepto constitucional y la voluntad del legislador ordinario plasmada en los numerales que señalan qué cargos son de confianza, cuando sea necesario determinar si un trabajador al servicio del Estado es de confianza o de base, deberá atenderse a la naturaleza de las funciones que desempeña o realizó al ocupar el cargo, con independencia del nombramiento respectivo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; **Pleno**; XXIII, Febrero de 2006; **Tesis: P./J.36/2006**; Página: 10.

Así mismo, de la fracción XIV del Apartado B del artículo 123 de la Constitución, que establece que la Ley determinará los cargos que serán considerados de confianza, se desprende que el Poder revisor de la Constitución, tuvo la clara intención de que el legislador ordinario precisará qué trabajadores al servicio del Estado, por la naturaleza de las funciones realizadas, serán considerados de confianza y, por ende, únicamente disfrutarían de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social y, por exclusión, cuáles serían de base.

Lo que implica, atendiendo a que todo cargo público conlleva una específica esfera competencial, que la naturaleza de confianza de un servidor público está sujeta a la índole de las atribuciones desarrolladas por éste.

Lo que si bien, generalmente, debe ser congruente con la denominación del nombramiento otorgado, ocasionalmente puede no serlo, con motivo de que el patrón equiparado confiera a éste último para desempeñar funciones que no son propias de un cargo de confianza.

Por tanto, para respetar el referido precepto constitucional, y la voluntad del legislador ordinario plasmada en los numerales que señalan qué cargos son de confianza, cuando sea necesario determinar si un trabajador al servicio del Estado es de confianza o de base, deberá atenderse a la naturaleza de las funciones que desempeña o realizó al ocupar el cargo, con independencia del nombramiento respectivo.

En este sentido, el que el Código Electoral y las normas a que éste remite establezcan que todo el personal será considerado de confianza y por ende no gozan de estabilidad en el empleo, resultan violatorias del artículo 123 constitucional.

Por tanto, debía declararse la invalidez del artículo 115, fracción XVI, en la porción normativa que dice: “y de base” y, en consecuencia, del artículo 13 del Estatuto del Servicio Profesional Electoral.

MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL