**VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO PRESIDENTE ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 106/2019 PROMOVIDA POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

En sesión pública celebrada el diecinueve de abril de dos mil veintiuno, el Pleno de la Suprema Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad 106/2019 promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la que se impugnaron diversos preceptos de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de Justicia del Estado de Tamaulipas, publicada el veinte de agosto de dos mil diecinueve.

Entre otros temas, el Tribunal Pleno declaró la invalidez de los artículos 21, fracción IV y 24, fracción IV, en sus porciones normativas “o estar sujeto a proceso penal”, así como de la fracción VI de ambos preceptos en su totalidad. En cuanto a la porción de las fracciones IV, la mayoría estimó que la misma era violatoria del principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato, mientras que en el caso de las fracciones VI consideró que una parte de ellas era violatoria de los principios de igualdad y no discriminación y otra del artículo 123 constitucional.

Presento este voto concurrente toda vez que, aunque coincido con la mayoría de mis compañeras y compañeros Ministros en que los artículos 21 y 24, en sus respectivas fracciones IV y VI resultan inconstitucionales en las porciones antes mencionadas, respetuosamente me separo de algunas consideraciones de la sentencia.

Para explicar mi disenso, dividiré mi opinión en dos apartados, cada uno de ellos referido a los subapartados de la sentencia (temas 6.1 y 6.3) en donde se analizaron las porciones mencionadas.

1. **Voto concurrente relativo al tema 6.1. Estudio de la fracción IV de los artículos 21 y 24.**

En este apartado el Tribunal Pleno declaró la invalidez de la porción normativa “o estar sujeto a proceso penal” de la fracción IV de los artículos 21 y 24. Para ello, reiteró las consideraciones de la acción de inconstitucionalidad 73/2018, en la que este Tribunal Pleno determinó la invalidez de una porción normativa similar[[1]](#footnote-1) por considerar que la misma era violatoria del *principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato extraprocesal[[2]](#footnote-2)*. Por las mismas razones, el Pleno declaró la invalidez por extensión del artículo 44, fracción V.

Como adelanté, coincido con la mayoría de mis compañeras y compañeros Ministros en que estos preceptos son inconstitucionales por violar el principio de presunción de inocencia. No obstante, me separo de la aseveración contenida en el pie de página número doce, en el que se señala que este Tribunal Pleno, al resolver la acción de inconstitucionalidad 73/2018, determinó que, tratándose de este tipo de requisitos, *no son aplicables los principios de igualdad y no discriminación* al no actualizarse categorías sospechosas, ni la existencia de un derecho humano para acceder a un cargo público.

Respetuosamente me aparto de tal afirmación pues considero que no fue eso lo que la Corte determinó en dicho asunto. A mi juicio, lo único que en ese caso se dijo fue que *bastaba* con estudiar la constitucionalidad de la disposición impugnada a la luz del principio de presunción de inocencia, pues ello era *suficiente* para declarar su invalidez. Sin embargo, en dicho precedente no se discutió ni se afirmó que en estos casos no fueran *aplicables* el principio de igualdad y no discriminación o el derecho a acceder a un cargo público en condiciones de igualdad[[3]](#footnote-3).

Además, más allá de que eso no fue lo que se sostuvo en el precedente, estimo que no existe ni constitucional ni convencionalmente una razón que justifique tal aseveración. Ni la Constitución General ni los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Estado mexicano establecen una *restricción* que impida a esta Suprema Corte analizar cierto tipo de normas *infra constitucionales*, ya sea por su contenido o su ubicación normativa, a la luz de dichos principios. Sostener lo contrario implicaría aceptar que existen cierto tipo de normas que están *excluidas* o *blindadas* del ámbito material de aplicación de la Constitución, lo que claramente no es así: por virtud del *principio de supremacía constitucional*, todos los actos del Estado, incluidos los del legislador, están vinculados por el artículo 1° constitucional.

Ahora bien, por supuesto que una *cuestión distinta* es que, una vez analizadas las normas impugnadas conforme a tales principios y a la luz de la metodología que ha venido construyendo este Alto Tribunal[[4]](#footnote-4), se concluya que las mismas *no son discriminatorias*. No obstante, al igual que en el precedente mencionado, considero que es *innecesario* abordar dicha cuestión en este caso, pues la violación al principio de presunción de inocencia es *suficiente* para sostener la inconstitucionalidad de las porciones impugnadas.

1. **Voto concurrente relativo al tema 6.3. Estudio de la fracción VI de los artículos 21 y 24.**

En este apartado el Tribunal Pleno analizó la constitucionalidad de las expresiones “destituido” e “inhabilitado” de la fracción VI de los artículos 21 y 24, y declaró su invalidez. Para ello, en la sentencia se retomaron las consideraciones de la acción de inconstitucionalidad 111/2019, en donde se analizaron normas similares y se concluyó que este tipo requisitos resultan inconstitucionales por resultar violatorias del derecho de acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, al ser *sobreinclusivas[[5]](#footnote-5)*.

Adicionalmente, el Pleno declaró la inconstitucionalidad de la expresión “suspendido” de los mismos preceptos. No obstante, en lugar de aplicar el mismo parámetro de control y metodología de estudio, la mayoría apoyó su decisión en consideraciones *distintas*. En concreto, el Pleno señaló que el legislador de Tamaulipas *equiparó* la suspensión a una forma de *terminación definitiva*, lo que resulta contrario al artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución General, en tanto prevé un supuesto que impide la reinstalación de un integrante de la Fiscalía General del Estado, que propiamente no puede entenderse como una causa de terminación definitiva.

Formulo este voto concurrente, pues si bien coincido con la decisión mayoritaria de declarar la invalidez de la fracción VI de los artículos 21 y 24, en su totalidad[[6]](#footnote-6), considero que **la metodología utilizada para analizar la inconstitucionalidad de la expresión “suspendido” fue incorrecta.** A mi juicio, esta última debió declararse inconstitucional por las mismas razones por las que se invalidaron las porciones “destituido” e “inhabilitado”. Esto es, porque viola el derecho de acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, al no superar un *test* de razonabilidad.

A mi modo de ver, al igual que el requisito consistente en no haber sido destituido ni inhabilitado, el requisito de *no haber sido suspendido* conforme al sistema de responsabilidades administrativas de servidores públicos para para acceder a los cargos de Vicefiscal y Fiscal Especializado, sin especificar el tipo de falta que dio lugar a la sanción, la gravedad, naturaleza o temporalidad de la sanción, resulta igualmente *sobreinclusivo* en un grado superlativoy, por tanto, *irrazonable*, pues no permite distinguir de forma razonableaquellos casos en los que la sanción impuesta es efectivamente relevante para determinar la idoneidad de la persona para ocupar el cargo en cuestión, de casos en los que no es así.

Por ende, estimo que en este punto también debió aplicarse la argumentación sostenida por el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 111/2019. En dicho precedente el Tribunal Pleno señaló que las normas impugnadas contenían una limitación injustificada al acceso a un empleo público, pues excluían de manera genérica a cualquier persona que hubiera sido destituida o inhabilitada por cualquier vía, razón o motivo, y en cualquier momento, lo que ilustraba la *falta de razonabilidad* de la medida. Lo anterior, pues la medida impedía incluso valorar si la destitución o inhabilitación tenían realmente una *relación directa* con las capacidades necesarias para el desempeño de los empleos públicos.

Al respecto, no desconozco que el vocablo “suspendido”, contenido en la fracción VI de los artículos 21 y 24 estudiados, se refiere a una sanción *distinta* a la “inhabilitación” o “destitución”. Sin embargo, es evidente que, si estas últimas constituyen restricciones al derecho de acceder a cargos públicos, *por mayoría de razón* el requisito consistente no haber sido suspendido, sin hacer ningún tipo de distinción respecto de la gravedad o temporalidad de la medida disciplinaria, constituye igualmente una restricción al derecho, la cual *tampoco supera un análisis de razonabilidad*. Ello es así, pues, como ya señalé, dicho requisito también excluye a muchas personas que, a pesar de haber sido suspendidas administrativamente en algún momento de su vida, podrían ser aptas para desempeñar el cargo. Situación que, lejos de garantizar que quienes accedan a cargos públicos cuenten con la calidad necesaria para ello, frustra dicho objetivo, evidenciándose con ello la *irrazonabilidad* de la medida.

Por lo demás, a diferencia de la mayoría, me parece muy cuestionable sostener que el artículo 123, apartado B, fracción XIII[[7]](#footnote-7), de la Constitución, en el que se apoya la sentencia, sea un parámetro de regularidad constitucional adecuado, pues el mismo regula un supuesto muy específico que no parece exactamente aplicable al caso. En efecto, dicho precepto se refiere a los casos en los que una persona que ya ocupa el cargo de Fiscal, perito o policía, es separada del encargo. En tales casos, la Constitución efectivamente establece que en ningún caso procederá su *reinstalación* en el servicio. No obstante, lo que las fracciones impugnadas establecen es un requisito para acceder al cargo de Vicefiscal y Fiscal Especializado, no para ser reinstalado, el cual es además mucho más genérico, pues se refiere a no haber sido suspendido, destituido o inhabilitado de cualquier cargo.

En cualquier caso, por *coherencia interna* de la sentencia, considero que el parámetro de control y la metodología que debió utilizarse en la sentencia para declarar la invalidez del vocablo “suspendido” debió ser la misma utilizada para el resto de las porciones impugnadas. Esto es, debió seguirse lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 111/2019, en la que se decidió la inconstitucionalidad de las normas al resultar violatorias del principio de igualdad y el derecho de acceder a cargos públicos.

**MINISTRO PRESIDENTE**

**ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**

1. En esta acción de inconstitucional se estudió la constitucionalidad de la porción normativa: “o encontrarse sujeto a procedimiento de responsabilidad” como requisito para ser Fiscal General del Estado de Michoacán. [↑](#footnote-ref-1)
2. En dicho precedente se concluyó que la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado cobra relevancia cuando se introduce el no encontrarse sujeto a un proceso de responsabilidad penal como requisito para desempeñar un puesto. Esto, pues dicho requisito implica tratar como culpable a una persona cuya responsabilidad penal aún no ha sido establecida más allá de cualquier duda razonable. [↑](#footnote-ref-2)
3. Acción de inconstitucionalidad 73/2018, resuelta el veintiocho de enero de dos mil veinte por unanimidad de votos. [↑](#footnote-ref-3)
4. Al respecto, véase la acción de inconstitucionalidad 61/2016, resuelta el cuatro de abril de dos mil diecisiete. [↑](#footnote-ref-4)
5. En efecto, en dicho precedente se señaló que las expresiones “ni haber sido destituido o inhabilitado por resolución firme como servidor público”, si bien perseguían fines constitucionalmente aceptables, contenían hipótesis irrazonables y abiertamente desproporcionales, ya que excluían por igual a cualquier persona que hubiera sido “destituida o inhabilitada” por cualquier vía, razón o motivo, y en cualquier momento. [↑](#footnote-ref-5)
6. Estos señalan como requisito para ocupar los cargos de Vicefiscal y Fiscal Especializado: “No haber sido suspendido, destituido ni inhabilitado por resolución firme, en los términos de las normas relativas a las responsabilidades administrativas de los servidores públicos;”. [↑](#footnote-ref-6)
7. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

   **Artículo 123.** […]

   **B.** […]

   **XIII.** […]

   Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

   […] [↑](#footnote-ref-7)