

EL DERECHO A LA REHABILITACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

El caso Hernández

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA

Nota introductoria

Gerardo de Icaza Hernández



**EL DERECHO
A LA REHABILITACIÓN
DE LOS DERECHOS POLÍTICOS**
El caso Hernández

COMENTARIOS A LA SENTENCIA
SUP-JDC-20/2007
Luis Efrén Ríos Vega

NOTA INTRODUCTORIA A CARGO DE
Gerardo de Icaza Hernández

342.76568
R615d

Ríos Vega, Luis Efrén.

El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos : el caso Hernández / Luis Efrén Ríos Vega; nota introductoria a cargo de Gerardo de Icaza Hernández. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

104 pp.; + 1 CD-ROM.-- (Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; 30) Contiene sentencia SUP-JDC-20/2007.

ISBN 978-607-7599-93-7

1. Derechos políticos – México. 2. Derechos del ciudadano – juicios. 3. Suspensión de derechos políticos – causa penal. 4. Rehabilitación – derechos políticos. 5. Derecho del voto. 6. Sentencias – TEPJF – México. 7. Medios de impugnación – Derecho Electoral. I. Icaza Hernández, Gerardo de. II. Serie.

**SERIE COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL
DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

Edición 2010

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Dr. Enrique Ochoa Reza,
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores.

ISBN 978-607-7599-93-7

Impreso en México

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dr. Rafael Estrada Michel

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena

CONTENIDO

Presentación	9
Nota introductoria	13
El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos. El caso Hernández	25

SENTENCIA

SUP-JDC-20/2007	Incluida en CD
-----------------------	----------------

PRESENTACIÓN

La suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos está prevista en el artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tales derechos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal derivado de la comisión de algún delito, por ser prófugo de la justicia, por estar purgando una pena corporal, por ebriedad y vagancia consuetudinaria o por faltar a las obligaciones que la propia Constitución señala para la condición de ciudadanía.

La misma Constitución establece que en las leyes se fijarán otras condiciones en que se suspenden o cancelan por completo tales derechos, así como la forma en que deberá darse la rehabilitación. La suspensión se refiere, entonces, a un periodo de inhabilitación que deberá concluir en algún momento, según establezca el marco legal. En tal virtud, al resolverse la situación jurídica de alguna persona cuyos derechos fueron suspendidos por alguno de los supuestos descritos, la reinserción social debe verse acompañada por la restitución de tales prerrogativas. La condición de prelibertad de un ciudadano plantea, sin embargo, dilemas a este proceso de reivindicación civil y jurídica; en tanto que la persona no es completamente libre, pero se encuentra en vías de alcanzar ese estatus.

Esta situación particular es estudiada por el doctor Luis Efrén Ríos Vega en este número de la serie *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, donde el eje de análisis es la resolución emitida por la máxima autoridad electoral del país, clasificada con la clave SUP-JDC-20/2007.

El recurso que dio origen a esta sentencia fue promovido por el ciudadano Omar Hernández Caballero en contra de la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de

Electores del Instituto Federal Electoral (IFE) —por conducto del vocal respectivo de la 25 Junta Distrital Ejecutiva en el Distrito Federal—, por medio de la cual se declaró improcedente su solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía por encontrarse en una condición de prelibertad bajo la modalidad de presentaciones semanales en el Centro Preventivo y de Readaptación Social de Nezahualcóyotl, Estado de México.

El Tribunal Electoral resolvió que la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores entregara a Omar Hernández Caballero su credencial de elector en un plazo máximo de 15 días a partir de la notificación de la ejecutoria, bajo el argumento de que:

(...) si la suspensión de los derechos político-electorales opera de manera inmediata al restringirse la libertad física del individuo, es congruente y lógico que la rehabilitación de los derechos opere de la misma manera. En otras palabras, que en el momento en que al individuo se le concede la libertad (en cualquiera de sus modalidades, plena libertad, prelibertad, semilibertad o libertad condicionada) la rehabilitación de sus derechos ciudadanos opera *ipso facto*.

El autor divide en tres etapas su comentario a la sentencia en cuestión. En la primera parte realiza una aproximación conceptual al tema de la suspensión de los derechos políticos por causa penal. En esta sección, apunta el autor, la cuestión reside en presentar, en clave filosófica y constitucional, los motivos que justifican suspender la ciudadanía a alguien que ha sido declarado responsable de un delito.

Después, se refiere al caso Hernández Caballero a partir de algunos aspectos que le parecen medulares, por ejemplo, la suspensión de la libertad política como pena accesoria, el régimen de prelibertad, la resocialización y la conveniencia del análisis comparado, entre otros. Al final, ofrece algunas reflexiones preli-

minares para la configuración del derecho de los delincuentes a la rehabilitación política.

Este texto representa una primera aproximación judicial a la construcción del derecho fundamental a la rehabilitación de los derechos políticos por reinserción social. Permite entender por qué, cuándo y cómo es válido rehabilitar la condición de ciudadanía cuando se ha perdido por una sentencia que impone una pena privativa de la libertad. Y, sobre todo, permite reflexionar sobre una metodología adecuada para analizar los casos de suspensión y rehabilitación política.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

NOTA INTRODUCTORIA

SUP-JDC-20/2007

*Gerardo de Icaza Hernández**

La sentencia SUP-JDC-20/2007 es un claro ejemplo de la aplicación del garantismo en las decisiones de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).¹ La litis del caso se centró en la interrogante de si un ciudadano en el régimen penal de preliberación se encuentra en algún supuesto del artículo 38 constitucional² y, por consiguiente, suspendido en el

* Jefe de la Unidad de Asuntos Internacionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

¹ El garantismo puede ser entendido como teoría del Estado constitucional de derecho. “En cuanto esquema de protección de bienes y derechos, el garantismo se presta a ser extendido a todo el ámbito de derechos de la persona, y no solamente a los directamente afectados por el poder punitivo estatal. Por eso, más allá del garantismo penal, cabe hablar de una teoría ‘general’ del garantismo, cuyo referente ineludible es la obra de L. Ferrajoli *Derecho y razón*. En la medida en que las constituciones positivizan derechos fundamentales y hacen de ellos un vínculo frente al poder estatal, esta teoría general es la teoría del derecho propia del Estado constitucional de derecho; es decir, la que inspira y promueve ‘la construcción de las paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder’ (Bobbio, 1989: p. 13). Por eso, el garantismo no es simple legalismo o, si se quiere, no es compatible con la falta de limitación jurídica del poder legislativo, pues la mera sujeción del juez a la ley puede convivir con las políticas más autoritarias y antigarantistas.” Véase Marina Gascón Abellán, 2004.

² 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 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.

ejercicio de sus derechos político-electorales. La Sala Superior consideró de manera unánime que la preliberación no implica una pena corporal y que el actor no se encontraba en ningún otro supuesto del artículo 38. Además, determinó que la entrega de la credencial para votar con fotografía es un elemento que beneficia al ciudadano que busca reintegrarse a la sociedad y que la suspensión de derechos político-electorales concluye cuando se sustituye la pena privativa de libertad que la produjo.

Para llegar a estas conclusiones, la Sala Superior aplicó la legislación nacional e internacional vigente y utilizó argumentos de derecho comparado, a fin de mostrar armonía con la tendencia internacional en este tema. A continuación se hará un breve relato de los hechos del caso, las consideraciones jurídicas utilizadas para su resolución y comentarios adicionales sobre el tema de la suspensión de derechos.

Relato del caso

El 14 de septiembre de 2006 se concedió al ciudadano Omar Hernández Caballero el régimen de prelibertad³ en la modalidad de presentaciones semanales en relación con su causa penal. El 6 de diciembre de 2006, el señor Hernández Caballero acudió a un módulo del Registro Federal de Electores⁴ a tramitar la expedición de su credencial para votar. La Dirección Ejecutiva de este organismo electoral resolvió que dicha solicitud era improcedente debido a que el interesado se encontraba suspendido de sus derechos ciudadanos. Lo anterior, a pesar de que el actor presentó copia simple de

V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, y (modificado por la reimpresión de la constitución, publicada en el diario oficial de la federación el 6 de octubre de 1986).

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.

³ El artículo 196 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México establece que el tratamiento preliberacional tiene por objeto la reincorporación social del individuo.

⁴ Correspondiente al Distrito Electoral Federal 25 en el Distrito Federal.

la sentencia que lo colocaba en el régimen jurídico de prelibertad. La sentencia no hacía referencia a la suspensión de los derechos y prerrogativas ciudadanas, resultado de que el actor había sido condenado a una pena corporal por el Juez Primero Penal de Primera Instancia de Tlalnepantla, Estado de México.

Cabe recalcar que conforme al artículo 38 constitucional, fracciones III y VI, los derechos de los ciudadanos se suspenden durante la extinción de una pena corporal y/o por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. En el caso en cuestión, la suspensión de estas prerrogativas operó *como consecuencia directa y necesaria* de la pena de prisión (fracción III del artículo 38 constitucional), ya que la sentencia que impuso dicha pena al actor no imputó la suspensión de tales derechos de manera expresa.

En reacción a la negativa del Registro Federal de Electores, el señor Hernández Caballero promovió un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) en tiempo y forma ante la Sala Superior del TEPJF.

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió, por unanimidad de votos, la revocación de la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores y ordenó a ésta la expedición y entrega a Omar Hernández Caballero, previa identificación, de su credencial para votar con fotografía. La protección del derecho al voto en esta sentencia da muestra de la interpretación *pro cive* de la Sala Superior en la resolución de casos que son de su competencia.

A fin de argumentar las causas que dan lugar a la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, es posible hacer referencia a fuentes de derecho nacional e internacional, así como a algunos casos de derecho comparado.

Consideraciones jurídicas

Como ya se ha mencionado, el artículo 38 constitucional establece que los derechos y prerrogativas ciudadanos se suspenderán,

entre otras razones, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal a contar desde la fecha del auto de formal prisión (fracción II);⁵ durante la extinción de una pena corporal (fracción III) y por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión (fracción VI).⁶ En el caso que nos ocupa, la suspensión de derechos fue resultado de la aplicación de la fracción III del artículo 38 constitucional, ya que la suspensión no fue decretada expresamente en la sentencia penal y que el proceso criminal del Señor Hernández Caballero ya había concluido.

La suspensión de derechos operó *ipso facto* sin que fuera necesaria declaratoria judicial al ser, el señor Hernández Caballero, condenado por delito que mereciera pena corporal. De igual modo, su rehabilitación debió operar de la misma forma sin necesidad de declaratoria judicial. Esto debido a que el artículo 43 del Código Penal del Estado de México establece que la suspensión de derechos como consecuencia necesaria de otra pena comienza y concluye con la pena de que sea consecuencia. Asimismo, el artículo 44 del mismo código determina que la prisión suspende o interrumpe los derechos políticos. No obstante, al finalizar el tiempo o causa de esta suspensión, la rehabilitación debe operar sin necesidad de declaratoria judicial. De lo anterior, es posible concluir que la suspensión y rehabilitación de derechos están ligadas de manera estrecha a la prisión, en concordancia con la parte final del artículo 38 constitucional, el cual establece que “la ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos del ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación”.

La tesis de Jurisprudencia 1a./J. 74/2006 respalda lo anterior al afirmar que cuando la pena de prisión es sustituida, la suspensión de derechos políticos —como sanción accesoria de esta pena— sigue la misma suerte. De este modo, al ser sustituida

⁵ Véase sentencia SUP-JDC-85/2007 y caso “Mignone” de Argentina, para consultar casos de suspensión de derechos por estar sujeto a proceso.

⁶ Por lo general se aplica en cuanto se determina la responsabilidad del procesado en la comisión de algún delito de índole electoral.

la pena privativa de la libertad por la de preliberación, la suspensión de derechos dejó de operar y el señor Hernández Caballero se encontraba rehabilitado en sus derechos político-electorales. Por ello, no se le debió haber negado la credencial para votar, documento indispensable para el ejercicio de estos derechos.

El criterio aplicado por la Sala Superior del TEPJF también encuentra sustento en el reconocimiento que diversas instancias internacionales han dado a los derechos político-electorales, a los que no se les considera derechos absolutos, sino que pueden estar sujetos a las restricciones que estén previstas en la legislación. No obstante, cualquier restricción debe responder a un fin legítimo. En el caso en cuestión, la pena de prisión fue sustituida con el régimen de preliberación, es decir, se adoptaron medidas sustitutivas de la prisión tratando de guardar equilibrio entre las necesidades de readaptación del delincuente y sus derechos, y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

Así se establece en las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad* (“Reglas de Tokio”), donde se menciona que debe ponerse “a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social”.⁷ Esta interpretación *pro cive* también se encuentra en la disposición 3.10 de las “Reglas de Tokio”; en ella se determina que durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no pueden ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida. En este caso, negarle el ejercicio de los derechos político-electorales al señor Hernández Caballero hubiese implicado una restricción adicional a la que ordenó el juez que otorgó la preliberación.

⁷ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad* (“Reglas de Tokio”), resolución 45/110, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), 14 de diciembre de 1990, numeral 9.1.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece en su artículo 25 que todos los ciudadanos deben poder gozar y ejercitar los siguientes derechos y oportunidades: 1) participar en la dirección de los asuntos públicos; 2) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, por voto secreto y por sufragio universal e igual; y 3) tener acceso a las funciones públicas de su país en condiciones generales de igualdad.

Estos derechos deben estar sujetos sólo a restricciones razonables y legales. En el caso del derecho al voto, en particular la Opinión Consultiva 25 del PIDCP, en su párrafo 10 del artículo 25, establece que las restricciones a las que puede estar sujeta esta prerrogativa pueden relacionarse a cuestiones como una edad mínima para votar, pero no a condiciones de discapacidad física, condición educativa o afiliación de un partido político, entre otros temas. Además, el párrafo 14 subraya el hecho de que no se les debe suspender el derecho de voto a las personas que sean limitadas en su libertad pero que no estén en situación de pena corporal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”) menciona en su artículo 23 los mismos derechos políticos de los ciudadanos considerados en el PIDCP, pero en el párrafo segundo del artículo establece que la ley nacional podrá limitar el ejercicio de los derechos políticos “por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

El derecho al voto ha sido reconocido por la Asamblea de las Naciones Unidas como uno de relevancia tal que se encuentra asociado a la obtención y preservación de un nivel democrático necesario para asegurar la paz, la justicia y la implementación de todos los demás derechos humanos en el mundo.⁸ En esta resolución, titulada *Medidas para asegurar la implementación del sufragio universal para los presos*, se urge a todos los Estados a comprometerse a adoptar las medidas necesarias

⁸ *Measures for securing the implementation of universal suffrage for prisoners*, Asamblea General de la ONU.

para garantizar el sufragio universal y condiciones de igualdad en sus respectivos países. Además, menciona la importancia de la adopción de una legislación interna que asegure el ejercicio y goce de los derechos fundamentales a todas las personas privadas de sus derechos político-electorales, incluyendo prisioneros y ex convictos.

Es importante señalar que en este caso, la Sala Superior citó instrumentos internacionales vinculantes como el PIDCP e instrumentos no vinculantes como las “Reglas de Tokio”. Lo anterior cobra relevancia, ya que, con esta sentencia, el TEPJF fija una postura en favor de la armonización del derecho nacional con el derecho internacional a través de la labor judicial.

La Sala Superior también recurrió a casos específicos de estados democráticos o en transición a este tipo de régimen político, no como fundamento para justificar la hipótesis jurídica propuesta, sino a fin de corroborar la existencia de esta tendencia a nivel internacional.

Así, mencionó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirst vs. Reino Unido*⁹ estimó que extender la suspensión del derecho al sufragio de forma abstracta, general e indiscriminada, no era compatible con las obligaciones derivadas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. Esto se fundamentó, entre otras razones, en que no existía un vínculo entre la suspensión de los derechos políticos y la supresión de la criminalidad, siendo que la supresión del derecho al voto podría, de manera colateral, actuar de forma contraria a la readaptación social del individuo.

En el caso del señor Hernández Caballero, esto puede entenderse con claridad, ya que la credencial de elector, además de ser un requisito legal para el ejercicio de los derechos político-electorales, es un documento de identidad útil para el ejercicio de otros derechos cívicos, de tal suerte que contribuye al proceso de readaptación social del individuo.

⁹ *Hirst vs. United Kingdom* (núm. 2) app. núm. 74025/01, ECHR, 6 de octubre de 2005.

Por otra parte, se citó el caso de la Suprema Corte de Canadá la cual estimó en su decisión del 31 de octubre de 2002, respecto al caso *Sauvé vs. Canada (Chief Electoral Officer)*,¹⁰ que la autoridad electoral había omitido identificar aspectos particulares que justificaran la negación del derecho de sufragio a ciudadanos que se encontraban encarcelados.

Incluso mencionó el caso de la suspensión de los derechos de ciudadanía de Yigal Amir, asesino del primer ministro Yitzak Rabin, en que la Suprema Corte de Israel favoreció al ciudadano.¹¹

El carácter universal de los Derechos Humanos ha sido reconocido en otros casos, como sucedió en el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en 1999.¹² Pero, además, en diversos países se ha limitado la restricción del derecho de sufragio a favor de los condenados. Así, la tendencia seguida en países como Alemania, Francia, Suecia, Holanda, Noruega, Dinamarca, República Checa, Polonia, Rumania, Perú, Japón, Zimbabwe o Kenia ilustra el interés internacional hacia la minimización del *ius puniendi* del Estado en favor de la readaptación de los individuos y hacia proscribir la limitación de los derechos político-electorales cuando no esté justificada.

Como resultado del estudio jurídico del caso que, como se ha visto, incluyó una revisión del derecho nacional, internacional y comparado, el 28 de febrero de 2007 la Sala Superior revocó la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral de negar la credencial para votar con fotografía y ordenó la expedición de la misma.

Derivado de este caso, se aprobó la Tesis XXX de 2007 identificada con el rubro SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. CONCLUYE CUANDO SE SUSTITUYE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD QUE LA PRODUJO (Legislación del Estado de México y similares).

¹⁰ *Sauvé vs. Canada (Chief Electoral Officer)*. 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. Docket: 27,677, decisión de octubre 31, 2002.

¹¹ HC 2757/96, *Hilla Alrai vs. Minister of Interior et al.*, p. 50 (2) PD 18 (1996).

¹² *August and another vs. Electoral Commission and others. Constitutional Court*, CCT8/99, 1 de abril de 1999.

La trascendencia del caso se puede medir en dos planos: el individual y el colectivo. En el plano individual, se otorgó al señor Hernández Caballero un instrumento invaluable para su reinserción a la sociedad: la credencial para votar permite realizar trámites administrativos, bancarios y laborales que de otra forma serían difíciles de llevar a cabo. También otorga un sentimiento de pertenencia a una sociedad que elige a sus gobernantes con el deseo de que representen sus intereses en los puestos de elección popular.

En cuanto al segundo plano, la Sala Superior otorgó el derecho al voto a un individuo, pero el ejercicio de este derecho tiene

(...) una dimensión colectiva, pues el acto eleccionario de cada persona impacta en la calidad de todo proceso electivo. Una incompleta conformación del cuerpo electoral lesiona la soberanía popular en tanto altera la constitución de las instituciones y con ello el sistema republicano de gobierno. Por tal motivo, al verse alterada la expresión de la voluntad del pueblo, es toda la comunidad quien se encuentra afectada por la exclusión arbitraria y discriminatoria en el electorado.¹³

Con esta sentencia, la Sala Superior impactó de forma positiva y directa la vida de un ciudadano mexicano participando en la otorgación de una segunda oportunidad por parte del Estado, corrigió una injusticia que se cometió en su contra al negarle su credencial para votar y contribuyó al fortalecimiento democrático del país.

¹³ Paola García Rey, "El derecho al voto de los presos sin condena: la experiencia en el caso 'Mignone'", Walter F. Carnota y José Daniel Cesano, *El voto de los presos*, Argentina, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera (EDIAR), 2007, p. 35.

Comentarios adicionales sobre la suspensión de derechos

Según Elizabeth Hull, la suspensión-pérdida de derechos o “muerte civil” ha existido desde las antiguas Grecia y Roma como una forma de castigar a aquellos acusados de crímenes infames.¹⁴ Más tarde, fue utilizada en Europa continental, el Reino Unido y en las colonias americanas como una alternativa a las penas de mutilación, corporales y capitales con el fin de disuadir a las personas de cometer actos ilícitos e inmorales. La idea era que la pérdida de derechos era un tipo de humillación social que buscaba aislar al individuo de la sociedad.¹⁵ En el siglo XIX, la suspensión de derechos se convirtió en un mecanismo racial y elitista para determinar el electorado.¹⁶ De este modo, la visión del voto como un privilegio prevaleció sobre la postura actual que sostiene que el voto es un derecho universal y sólo debe ser restringido en casos excepcionales.

Elizabeth Hull en su obra *The Disenfranchisement of Ex-felons*, señala las tres justificaciones tradicionalmente empleadas para la suspensión de derechos: la pragmática, la basada en principios y la filosófica.¹⁷

La pragmática establece que la suspensión de derechos disuade a los ciudadanos de cometer ilícitos. Sin embargo, expresa Hull, no hay estudio alguno que apoye esta hipótesis, ya que si la perspectiva de ir a la cárcel no es disuasivo suficiente, menos lo será la pérdida de derechos. Por el contrario, existen diversos estudios de que la rehabilitación de derechos ayuda a la reinserción social del preso que es liberado. La suspensión acaba por afectar a aquellos delincuentes que quieren rehacer su vida, no a los que buscan reincidir en el crimen.¹⁸

¹⁴ Elizabeth A. Hull, *The Disenfranchisement of Ex-felons*, EE.UU., Temple University Press, 2006, p. 16.

¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸ *Ibidem*, p. 45.

La visión pragmática contempla también un aspecto de retribución, es decir, que el sujeto que cometió, o presuntamente cometió, un delito pague con la suspensión o incluso la pérdida de sus derechos por la conducta ilícita realizada. Esta visión, continúa Hull, es incorrecta, desproporcionada debido a que, en este sentido, la pena es igual para un homicida con agravantes que para una persona sujeta a proceso sin que se haya determinado su responsabilidad en la comisión del delito, o para un sujeto preso por un delito culposo.¹⁹

La justificación basada en principios sugiere que la calidad de la democracia depende de los votantes y, por ende, que una democracia que permita el voto a los presos y a los convictos liberados puede ser peligrosa para los intereses de las mayorías.²⁰ Esta interpretación también es errónea, según la doctora Hull, porque impide que personas en una situación particular y minoritaria —como los presos— puedan votar por sus intereses. Por otra parte, si tuvieran el derecho de voto, no se limitaría la posibilidad de que un candidato asumiera como propuesta de campaña el mejoramiento de las condiciones carcelarias en el centro de readaptación que se encuentre en la demarcación territorial que busque representar. En la actualidad, los candidatos no se preocupan por apelar a esa población minoritaria porque no representan votos y, por desgracia, una vez electos tampoco se ocupan de mejorar las condiciones dentro de las cárceles; cuestión que no sólo beneficiaría a los presos en su proceso de readaptación sino a la sociedad en su conjunto en tanto pueda disminuir la reincidencia.

Por último, la visión filosófica de la suspensión de derechos se divide en dos: la que alude al civismo y la que refiere al contrato social. El civismo considera que el voto es un privilegio y no un derecho, por lo que sólo aquellos ciudadanos que han demostrado un buen comportamiento deben gozar de dicha prerrogativa. Sólo así se puede garantizar la integridad moral de los

¹⁹ *Ibidem*, p. 46.

²⁰ *Idem*.

miembros de la clase política. El contrato social se refiere a que cuando los ciudadanos transgreden las leyes, lo rompen y deben ser expulsados de él; así, deben perder el derecho de decidir por los otros.²¹ Como ya se ha dicho en este artículo, la visión del civismo es arcaica: el voto es un derecho, no un privilegio. La postura del contrato social es desproporcionada al no tomar en cuenta a los sujetos a proceso, a los condenados por delitos culposos que no decidieron romper el contrato social ni a los convictos liberados que siguen suspendidos, a pesar de haber pagado su deuda con la sociedad.

Además de las implicaciones político-electorales, la suspensión de estos derechos tiene consecuencias menos visibles. Se ha mencionado que la credencial para votar con fotografía es un documento indispensable para muchos trámites en México como: abrir una cuenta de banco, comprar un inmueble, conseguir un empleo formal, etcétera. Negar el derecho de voto a miles de ciudadanos privados de la libertad, en preliberación o sujetos a proceso, tiene un fin punitivo. Lo anterior no ayuda en absoluto a la reinserción social del individuo, pero sí perjudica su readaptación.

A eso se debe la enorme trascendencia de esta sentencia en la que los magistrados de la Sala Superior, pudiendo aplicar un criterio reduccionista al considerar la preliberación como una restricción a la libertad y, por ende, pena privativa, se decidieron por una interpretación garantista de la norma bajo el argumento de que la preliberación no encuadra en ningún supuesto contemplado por el artículo 38 constitucional. La decisión de los magistrados no amplió un derecho, tampoco obvió ninguna restricción ni creó una nueva prerrogativa a través de esta interpretación. Lo que hizo la Sala Superior fue aplicar un criterio garantista potencializando un derecho ya existente, aludiendo a las leyes que más favorecían al actor cuyos derechos político-electorales se habían lesionado.

²¹ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

EL DERECHO A LA REHABILITACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

El caso Hernández

*Luis Efrén Ríos Vega**

EXPEDIENTE:
SUP-JDC-20/2007

SUMARIO: I. Introducción; II. La suspensión de derechos políticos por pena de prisión; III. El sufragio de los delincuentes; IV. El debate del caso Hernández; V. Una aproximación: ¿se puede configurar el derecho a la rehabilitación política?, VI. Fuentes consultadas.

I. Introducción

¿Por qué, cuándo y cómo rehabilitar la libertad electoral de una persona condenada penalmente por el principio de reinserción social? Ésta es una cuestión que exige, ante todo, discutir la justificación de la pena de suspensión de derechos políticos impuesta por sentencia penal irrevocable, para examinar luego las

* Coordinador del Observatorio Internacional de Justicia Electoral, Universidad Carlos III de Madrid. Consultor académico del Observatorio Judicial Electoral 2008-2009 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

reglas y excepciones que se pueden construir a la hora de precisar, en cada caso concreto, los requisitos idóneos, necesarios y suficientes para restaurar —en forma proporcional— los derechos de participación política restringidos por conductas penalmente relevantes que lesionan el principio del gobierno representativo. El caso Hernández (2007) ofrece la oportunidad de examinar este problema: la suspensión y la rehabilitación de la libertad política en la democracia electoral. Me interesa analizar aquí el citado precedente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) que, sin duda, puede servir de base para configurar el derecho a restituir el goce y disfrute de la ciudadanía política que, en forma previa, se declara suspendida por causa penal suficiente, pero que debe ser rehabilitada por la garantía de reinserción social. Se trata de la “rehabilitación de los derechos políticos” en el marco del “derecho fundamental a la rehabilitación del condenado” (Manzini, 1909; Camargo Hernández, 1960; Viario, 1968; Del Rosal, 1972; Sciuto, 1975; Baeza Avallone, 1983).

En efecto, el caso Hernández presenta el problema de la rehabilitación del sufragio activo por razón de la concesión judicial de un sustitutivo penal que suspende la prisión impuesta por un régimen de semilibertad, consistente en la presentación periódica del reo en el centro de reclusión, lo cual plantea el análisis del modelo jurídico a aplicar para restituir la ciudadanía restringida a las personas que resultan responsables de un delito por sentencia definitiva. Es un tópico electoral que presenta la otra cara de la moneda de la restricción del sufragio: restituir, en lugar de suspender, la libertad política de la persona cuyo estatus de ciudadanía se encuentra limitado por una pena de prisión.

La cuestión es compleja, poco explorada. La tendencia tradicional en los sistemas jurídicos occidentales parte de una visión fuerte de democracia excluyente: la “muerte de la ciudadanía a los delincuentes”, la cual se articula mediante la prisión; esto es, la privación de la libertad personal causa la restricción en la esfera de la libertad política. Si el Estado coarta la libertad por la comisión de un delito, por ende, la oportunidad para participar

en la conformación de aquél se cancela como castigo en perjuicio del condenado: sin libertad personal no hay participación electoral. Ergo: la sustitución de la pena de prisión por una pena alternativa generaría, *mutatis mutandi*, la rehabilitación de la ciudadanía política, necesaria para votar, ser votado y participar en los partidos. ¿Este argumento consecuencialista (si no hay prisión, deja de existir la suspensión) es plausible para orientar el sistema de rehabilitación ciudadana de la persona condenada por un delito? Es el tema a desarrollar, porque la doctrina penal se ha concentrado más en el estudio de la rehabilitación en sentido estricto, pero poca atención ha tenido la llamada “rehabilitación impropia” que extingue o anula las incapacidades que no son penales (Camargo Hernández, 1960: 22), como la rehabilitación de la ciudadanía para ejercer derechos de participación política después de haber sido sentenciado por un delito que merece la privación del sufragio.

En este trabajo pretendo analizar algunas cuestiones del tema —desde las perspectivas tanto filosófica como de las ciencias jurídicas constitucional, penal, electoral e internacional—, así como reconstruir el debate a partir de los modelos que se pueden desarrollar en torno a la privación del sufragio por razones penales. El marco teórico contractualista-republicano, por tanto, es la base conceptual para tomar una postura a la hora de resolver los problemas que presentan tanto la suspensión como la rehabilitación de la ciudadanía. Son dos los enfoques que desarrollo para analizar el caso Hernández: por un lado, las cuestiones metodológicas y conceptuales que se plantean como punto de partida; pero también las cuestiones concretas que permiten aproximarse a la reconstrucción del derecho a ser rehabilitado como ciudadano en pleno goce de los derechos político-electorales. En síntesis, tanto la suspensión como la rehabilitación de la ciudadanía requieren una justificación; las causas de rehabilitación, por ende, deben ser razonables, específicas, necesarias y proporcionales para reintegrar de nuevo al excluido del pacto social. Se trata de un problema en que el caso mexicano puede servir como punto

de referencia para los sistemas americano y europeo de derechos humanos, que hasta ahora han sido incapaces de reconstruir conceptualmente este derecho fundamental de las personas privadas de su libertad electoral.

Una nota esquemática. Dividiré en tres partes el comentario. En primer lugar, realizaré una aproximación conceptual de la suspensión de los derechos políticos por causa penal. La cuestión reside en presentar, en clave filosófica y constitucional, los argumentos conducentes para explicar por qué se justifica suspender la ciudadanía a alguien que ha sido declarado como responsable de un delito, como una cuestión previa en todo caso de rehabilitación (II). En un segundo momento, comentaré el caso Hernández a partir de los problemas que me parecen claves para reflexionar (III). Por último, presentaré algunas reflexiones preliminares para la configuración del derecho de los delincuentes a la rehabilitación política (IV).

II. La suspensión de derechos políticos por pena de prisión

En México existen tres categorías para suspender la ciudadanía por causa penal: el fugado, el procesado y el condenado por un delito. Los dos primeros entran en la especie de presuntos responsables, en donde la suspensión de los derechos políticos opera como medida cautelar para asegurar la pena de suspensión definitiva; el último caso es consecuencia de una sentencia definitiva que impone la pena de suspensión de los derechos políticos. Esta clasificación básica se articula conforme a la Constitución en cuatro supuestos para suspender la ciudadanía,¹ a saber:

¹ Véase el artículo 38, fracciones II, III, V y VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- 1) Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal.
- 2) Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.
- 3) Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.
- 4) Por y durante la extinción de la pena privativa de la libertad.

Este es el modelo constitucional de suspensión de derechos políticos por causa penal. Se trata, en el fondo, de calidades negativas (causas, circunstancias o condiciones) que incapacitan o inhabilitan poder ser sujeto del sufragio: impiden a las personas ejercer su ciudadanía por razones penales (Aragón Reyes, 1998: 108 y ss.). En las leyes penales, por tanto, deben especificarse este tipo de penas de restricción del sufragio para ser individualizadas por el juez conforme a un mínimo y un máximo de duración (Ayo Fernández, 1997: 144-148). No obstante la diferencia que pueda existir entre cada uno de los supuestos de suspensión de la ciudadanía previstos en la Constitución, lo cierto es que parten, a mi juicio, de un común denominador: el fundamento de la suspensión de la ciudadanía es el *principio de lesividad* que se actualiza, en términos de pena principal o accesoria, por la conducta sancionada con pena privativa de la libertad, es decir, *no hay suspensión sin delito sancionado con prisión*. Este axioma fundamental, por tanto, se conceptualiza e instrumenta desde los principios constitucionales que rigen el derecho penal y procesal penal. Esa es la base conceptual para entender que cuando un hecho está sancionado con privación de la ciudadanía, tenemos que acudir necesariamente a la garantía de estricta legalidad penal en el momento de tipificar los delitos que merezcan la pena de suspensión política. Pero, para comprender cómo opera esta suspensión de la libertad política en el proceso penal, el operador jurídico tiene que significar el acto de molestia y priva-

tivo de la libertad, provisional y definitivo, según corresponda, que un juez penal autoriza dentro del procedimiento penal para limitar los derechos políticos; es decir, se debe tener claro que la suspensión de derechos puede funcionar como medida cautelar o sanción definitiva, cuestión similar a como se diseña la prisión preventiva y la definitiva en el proceso penal.

En relación con el primer tema, la estricta legalidad de la suspensión de derechos políticos por causa penal, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) han sido omisos en desarrollar una doctrina constitucional sólida que permita comprender, a partir del principio de legalidad de los delitos y de las penas, por qué y cuándo se debe castigar a una persona con suspensión de derechos políticos. Aún no hay avance relevante, aunque sí, por supuesto, algunos apuntes importantes pero con conceptos insuficientes para consolidar una doctrina judicial más estricta, coherente y plausible. Los casos Menes (2000), Pedraza (2007) y García (2007) son, quizás, los mejores ejemplos de casos líderes que orientan la interpretación judicial hacia un modelo de suspensión política proporcional, específico y de estricta legalidad, a diferencia de la línea tradicional que conceptualiza en forma general, abstracta y categórica la aplicación automática de las causas de privación del sufragio, criterio que se inicia con el caso Cortinas (1999) y que recoge la tesis jurisprudencial de la SCJN en el 2007, postura que en forma reciente se ratificó en el caso Coahuila (2009), pero sobre todo por el TEPJF en el caso Godoy (2009), al asumir de nuevo como válida la “concepción automática de la causa de suspensión por prófugo de la justicia”, a diferencia de los precedentes Mendoza (1997), Solís (1997) y Contreras & Martínez (1997), en los que el juez electoral realizó un “test de suspensión de la libertad política” más concreto, idóneo y proporcional. En cuanto al tema procesal, por el contrario, existe una línea doctrinal consolidada —deficiente e incompleta— que la SCJN ha elaborado jurisprudencialmente en el caso

Contradicción de tesis (2007), criterio que luego ha sido precisado en Coahuila (2009); además, la Corte tiene pendiente definir un criterio relevante en la Contradicción de criterios (2008), en la que rige la idea de que la suspensión de derechos políticos opera en forma automática. El TEPJF tiene un repertorio de casos más amplio sobre el tema,² lo cual le ha permitido conocer con mayor precisión el problema: la perspectiva no sólo es abstracta como se revisa por la SCJN,³ sino que el juez electoral juzga sobre la base de un hecho concreto que interroga la suspensión de los derechos políticos en un juicio *ad hoc*. La dimensión concreta resulta más rica, variada y compleja; hace que el TEPJF tenga que utilizar una lupa más clara para resolver los problemas. Pero resulta necesario puntualizar el debate abstracto y conceptual para abordar con mayor profundidad la realidad del problema a juzgar.⁴

¿Cómo se pueden abordar estos temas tratándose de una rehabilitación política? Hay dos cuestiones: la metodológica y la conceptual. El juez, para empezar, debe tener clara una particular metodología de análisis que le permita entender los supuestos constitucionales de la suspensión de derechos políticos por pena de prisión. Con base en ello tendrá que adoptar, a partir

² En la Sala Superior del TEPJF destacan los casos Mendoza, Solís y Contreras & Martínez (1997); Cortinas (1999); Menes (2000); Romero Deschamps (2006); Ávalos (2007); Pedraza (2007); García (2007); Hernández (2007); y Godoy (2009), entre otros. En Salas Regionales: Álvarez (2006); Ruiz (2009) y Facundo (2009).

³ La Corte conoce este tema a partir de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral y la contradicción de criterios; luego, la posición a juzgar es más abstracta, más referida a un punto de derecho. Puede conocer cuestiones más concretas si asume en la contradicción de criterios una aproximación más detallada a las circunstancias relevantes a juzgar, o si se le presenta a la SCJN una controversia de suspensión de derechos políticos por la vía de la revisión en el amparo.

⁴ El análisis abstracto no es sólo un saber especulativo sin relación alguna con el mundo práctico. La complejidad de los casos exigen la necesidad de encontrar un previo enfoque conceptual que permita delimitar los conceptos y articular los principios, valores y normas para comprender la realidad y resolver sus problemas, lo cual, en mayor medida se alcanza con la filosofía constitucional. Cada caso concreto, por tanto, implica argumentar, de forma descriptiva o prescriptiva, una determinada concepción constitucional sobre la suspensión de la libertad política para resolver el problema.

de la mejor concepción constitucional, una toma de postura de los temas claves a fin de articular las premisas que le servirán para resolver el caso concreto. Enseguida analizaré esta cuestión.

Una cuestión metodológica

En un caso de rehabilitación política, por regla general, la primera cuestión que el TEPJF debe tener clara en clave constitucional penal, es la justificación de la suspensión de derechos políticos por sentencia firme que imponga prisión, a partir de la mejor concepción que elabore de la libertad política desde la Constitución. No se puede rehabilitar la ciudadanía si no hay suspensión de derechos políticos. La suspensión política, por tanto, debe constatarse de acuerdo con la Carta Magna. Dicho de otra manera: el juez electoral que examina un caso concreto de rehabilitación debe preguntarse el por qué, cómo y cuándo de la suspensión de los derechos políticos por sentencia de prisión. La respuesta debe conducirse, *prima facie*, por medio de una metodología de análisis que corra en dos pistas, la norma y el hecho a saber, que permitan entender:

- 1) El modelo constitucional de suspensión de derechos políticos: causas de procedencia, condiciones para que operen los supuestos y los principios y reglas constitucionales que rigen el modelo restrictivo.
- 2) Las circunstancias relevantes del caso: el hecho concreto constitutivo de la suspensión de derechos políticos, a partir de las cuestiones fácticas de tiempo, modo y lugar.

Pues bien, existen dos formas para que un juez de derechos políticos aborde este problema. La primera es el *rol descriptivo* con que el juez actuaría mediante la narración normativa y fáctica de la suspensión de los derechos políticos, sin entrar a analizar la prescripción del modelo constitucional y su configura-

ción plena en el supuesto de hecho. La segunda postura implica el *rol prescriptivo*, a través del cual el juez tendría que determinar el sentido y alcance de la causa de la suspensión conforme a los axiomas de la ley fundamental, a fin de precisar, con plena jurisdicción, las reglas del supuesto de hecho para determinar si hay validez en la suspensión de la ciudadanía que, en todo caso, procederá a rehabilitar o no.

El primer método de análisis es de mera legalidad. Consistiría en describir en forma general y abstracta las normas aplicables, así como juzgar que, en un caso concreto, operó dichos contenidos normativos, por ende, la posición a juzgar no cuestionaría la procedencia automática de la suspensión de la libertad política. El juicio del juez seguiría esta fórmula deductiva:

Premisa normativa

N1 dice que la ciudadanía se suspende por sentencia definitiva.

N2 dice que la pena de prisión, impuesta por la sentencia, suspende los derechos políticos por el tiempo que dure la pena.

N3 dice que impuesta la pena de prisión, la suspensión opera de manera automática como consecuencia de aquella.

Premisa fáctica

X fue condenado por un delito a pena de prisión.

X se encuentra en prisión computando su pena.

Fórmula de solución

X se encuentra en prisión definitiva, luego, tiene suspendidos en forma accesoria sus derechos políticos por el tiempo que dure la principal: la pena privativa de la libertad.

En el caso Hernández, el TEPJF operó a través del *rol descriptivo*. En primer lugar, identificó las circunstancias del caso a juzgar: una persona condenada a prisión. Después describió en forma general las normas aplicables conforme a la Constitución y el Código Penal para afirmar que en este caso “la suspensión de los derechos político-electorales del actor operó como

consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión”, pues razonó que la sentencia que impuso dicha pena “no impone la suspensión de tales derechos expresamente, es decir, como pena principal o independiente, sino como accesoria”. Esta forma de operar el análisis de una rehabilitación política resulta cuestionable por dos razones. La primera: el TEPJF es un Tribunal Constitucional, protector de los derechos políticos, de forma que tiene competencia para juzgar la constitucionalidad de las normas y actos con plena jurisdicción. En segundo lugar, porque el presupuesto de toda rehabilitación política es, sin duda, la suspensión de los derechos políticos. Si no se configura la causa de suspensión o resulta inconstitucional, el juez de derechos políticos tiene la facultad de suplir la deficiencia de la queja para examinar con plenitud de jurisdicción, si en el caso existió o no una suspensión de derechos conforme a la Constitución; a final de cuentas, la causa de pedir del justiciable parte de la suspensión de ciudadanía que le impide ejercitar sus derechos políticos. En consecuencia, el *rol descriptivo*, que funciona para examinar una suspensión y rehabilitación de ciudadanía, es un control insuficiente para la jurisdicción constitucional que tutela derechos políticos.⁵

En el caso Hernández, el TEPJF se tuvo que haber preguntado sobre la justificación prescriptiva de la suspensión de la ciudadanía. ¿Cómo opera el *rol prescriptivo*? El juez constitucional electoral tendría facultades para prescribir, en primer lugar,

⁵ La concepción del rol descriptivo argumentaría a su favor la prohibición de sustitución de la responsable. El juez penal, afirmaría, es el que decide la suspensión o no de la ciudadanía conforme a la ley de acuerdo a su facultad exclusiva de imponer las penas. Luego, el juez electoral no puede examinar estas cuestiones, so riesgo de invadir la jurisdicción penal. Empero, no se trataría de imponer la pena de suspensión, sino de constatarla para revisar su control; es decir, si dicha pena privativa de derechos políticos vulnera o no los principios en materia político-electoral. De lo contrario, el TEPJF tampoco podría examinar el control de constitucionalidad o legalidad de los supuestos de suspensión por causa penal, por el solo hecho de que dichas restricciones son facultades exclusivas del juez penal, lo cual iría en contra de la línea de control consolidada en los casos Mendoza, Solís y Contreras & Martínez (1997), Pedraza (2007) y Godoy (2009), entre otros, en los cuales se ha examinado la interpretación constitucional de las causas de suspensión dictadas o no por un juez penal.

el significado constitucional de la causa de suspensión de derechos políticos en cuestión: ¿por qué, cuándo y cómo opera el modelo constitucional de la suspensión de la ciudadanía?; es una toma de postura conceptual que el juez debe tener claro. Después examinaría si la causa de suspensión de que se trate se encuentra regulada en la legislación secundaria conforme al modelo constitucional prescriptivo: un control constitucional de la legislación secundaria. A partir de su interpretación constitucional, el TEPJF tendría jurisdicción plena para juzgar si en un caso concreto está o no justificada la suspensión de derechos políticos, para luego determinar si procede o no la rehabilitación por reinserción social a partir del modelo constitucional que desde luego prescriba. En el caso Hernández se omitió este método de análisis, con lo cual el TEPJF dejó de hacerse una pregunta clave: la pena de suspensión de derechos políticos impuesta de manera accesoria a la prisión, ¿es constitucional o no? Si la respuesta era no, el asunto se debió haber resuelto sin necesidad de rehabilitar derechos políticos. Si respondía de manera afirmativa, como hizo de forma descriptiva al tomar postura en favor de la suspensión accesoria por prisión, el juez electoral debió haber entrado a la procedencia constitucional de la causa de suspensión política. Sólo después de este control de constitucionalidad previo, procedería bajo el *rol prescriptivo* el examen del supuesto de la rehabilitación política de manera tanto constitucional como legal.

Esta cuestión metodológica es importante porque resulta innecesario rehabilitar derechos políticos que en el ámbito constitucional nunca fueron o debieron ser suspendidos. A diferencia de la concepción del *rol descriptivo*, existen buenas razones constitucionales para prescribir que no toda pena de prisión motiva en forma automática la pena de suspensión de derechos políticos. La suspensión abstracta, general y categórica de esa pena, como accesoria de la prisión, tiene que ser leída de forma constitucional, es decir, de manera concreta y específica a partir de los principios constitucionales de la pena, a fin de determinar

si, en el caso concreto, la norma general de la pena accesoria encuadra de forma válida en el supuesto concreto para ser aplicada.

Por lo tanto, el *control prescriptivo* del modelo de la suspensión y rehabilitación de la ciudadanía electoral exige resolver con anterioridad la justificación constitucional de la privación del sufragio a la persona a quien, previo juicio penal, se le impone pena de suspensión de derechos políticos, sea en forma accesoria o principal. Debe entonces analizarse la cuestión del sufragio de los delincuentes bajo dos perspectivas: 1) la justificación constitucional de la exclusión de la ciudadanía: ¿por qué se suspende la ciudadanía a los delincuentes?; y 2) la justificación constitucional de la pena de suspensión bajo el principio de legalidad penal: ¿cómo se suspende la ciudadanía a los delincuentes? Hecha esta aclaración, revisaré la relevancia de este debate conceptual para centrarme en él a partir del caso Hernández.

Una cuestión conceptual

¿El delincuente preso merece la pena de suspensión de la ciudadanía? En México, la Constitución, la legislación federal y la mayoría de las legislaciones locales establecen como pena principal o accesoria la privación de la ciudadanía por delitos que merezcan, cuando menos, pena privativa de la libertad.⁶ Es decir, un delito que merece prisión en forma accesoria conlleva a la suspensión de derechos políticos;⁷ o bien, puede imponerse la suspensión de la ciudadanía de manera autónoma e independiente de la prisión en aquellos delitos que, de manera expresa, así establezca la ley penal.⁸ Luego entonces, el eje rector de la pena de suspensión de derechos políticos reside, *prima facie*, en la prisión, salvo en aquellos casos en los cuales se sanciona de manera exclusiva el delito con la suspensión de derechos políticos. En

⁶ Véase el artículo 45 del Código Penal Federal.

⁷ *Idem*.

⁸ Véase el artículo 408 del Código Penal Federal.

efecto, la prisión preventiva y definitiva aparejan la suspensión de los derechos políticos (*collateral sanctions*) como medida cautelar desde que se dicta una orden de aprehensión, auto de formal prisión o, de manera definitiva, cuando la sentencia que imponga la sanción de suspensión queda firme. Es decir, la suspensión de los derechos políticos resulta “necesaria y accesoria” de la pena de prisión. Este modelo causalista tiene su fundamento en la teoría del contrato social: quien viola el pacto se sitúa fuera de él y, por ende, no tiene derecho a que lo ampare ni proteja. Quienes no cumplen los deberes del contrato de convivencia social, en consecuencia, no deben gozar de sus derechos. En tal sentido, la corriente hegemónica de la privación de la ciudadanía a los criminales, que va desde el mundo antiguo a la fecha, sostiene que los delincuentes no merecen ser ciudadanos, ya que su conducta, relevante para el ámbito penal, pone en riesgo las elecciones libres en una democracia: los derechos políticos quedan restringidos, en mayor o menor medida, según los modelos restrictivos de la libertad por causa penal. Esta muerte de la ciudadanía (*civil death*) por el castigo del derecho penal, resulta una “paradoja ideológica” en la democracia (Ewald, 2002): por un lado, el sistema democrático apuesta por la inclusión de todos pero, por el otro, pugna en forma radical por la exclusión de sus enemigos bajo la perspectiva de la “democracia militante” (Loewenstein, 1937), el delincuente no tiene derecho a conformar la voluntad del Estado. Se trata de la “paradoja de la democracia”: ¿tolerar o no a los intolerantes que dañan la autoconservación de la sociedad abierta? (Popper, 2006).

Este debate conceptual es relevante en términos constitucionales por varias razones. En primer lugar, porque no todo acto privativo de la libertad, provisional o definitivo, previsto en la Constitución, se impone de manera abstracta, automática y categórica. La pena de suspensión de derechos políticos por el “principio de estricta legalidad penal” se debe individualizar en forma concreta a partir del principio de “pena exacta y proporcionalmente aplicable” a la conducta lesiva de un bien jurídico.

La Constitución, por ejemplo, antes establecía la pena de muerte para los “salteadores de caminos”, pero al no existir en los códigos penales la exacta tipificación punible por ese hecho, los jueces no podían indicar *ipso facto* la pena de muerte en aplicación directa de la Constitución. ¿Por qué? La Constitución exige en materia de delitos y penas que la ley establezca en forma exacta y proporcional la prohibición de una conducta lesiva que merezca una pena que no resulte excesiva, inusitada o cruel, es decir, la pena de suspensión de derechos políticos debe ser proporcional a la lesividad y al bien jurídico tutelado por el delito de que se trate.⁹ Éste es un problema conceptual que se debe resolver en toda suspensión y rehabilitación política. El juez electoral que deba analizar la constitucionalidad de una suspensión de derechos políticos tiene que calificar si la norma que aplicará, y con la que sancionará a una persona con una pena de suspensión por un delito, es conforme o no al principio de exacta aplicación penal, tanto en la configuración legislativa de la pena como en la interpretación y aplicación estricta al momento de imponerla, previa individualización. En segundo término, la cuestión conceptual es importante debido a que no toda pena accesoria a la prisión, como la suspensión de derechos políticos, se impone con validez en forma lisa y llana por ministerio de ley. Las penas, principales o accesorias, por el principio de estricta legalidad penal, requieren individualizarse en el caso concreto por un principio de legalidad: motivación del acto privativo de la libertad. Si bien la Jurisprudencia de la Corte no exige que el órgano acusador pida de manera expresa este tipo de pena de suspensión de derechos políticos en sus conclusiones por la facultad exclusiva del juez, sí se exige que éste la decrete:¹⁰ si al legislador se le olvida poner en la ley una pena, el juez no puede aplicarla; *mutatis mutandi*, si al juez se le olvida imponer la pena de suspensión de derechos políticos en su sentencia, ni el Instituto Federal Electoral (IFE), ni mucho

⁹ Véase el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰ Véase tesis jurisprudencial I.6o.P.J/8.

menos el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pueden imponerla para dar de baja al ciudadano en el registro de electores. La legalidad penal opera de manera fatal. Otro ejemplo: la multa también suele ser una pena accesoria a la prisión,¹¹ pero el hecho de que, por ministerio de ley, se establezca que una vez impuesta la prisión opera la multa, no significa que el juez penal omita su individualización conforme a las circunstancias relevantes para evitar multas excesivas, irracionales o desproporcionadas. De igual forma, una pena de suspensión de derechos políticos, accesoria a la prisión por ministerio de ley, no escapa del control constitucional para determinar si esa forma de tipificar la pena es de estricta legalidad o si la imposición concreta de la suspensión es válida en el ámbito constitucional. Puede suceder —como suele ocurrir en la práctica— que, dictada la sentencia de condena con prisión, no exista en la sentencia penal ninguna referencia a la pena de suspensión de derechos políticos: el juez omitió decretarla. ¿Existirá en realidad una pena de suspensión impuesta? ¿Bastará el ministerio de ley? ¿El ciudadano perdió su libertad política sin un acto concreto de individualización judicial de la pena? ¿Al IFE le corresponde dictar la pena de suspensión no impuesta aplicando de manera directa la Constitución? ¿Se pueden rehabilitar derechos que constitucionalmente no están suspendidos? Son cuestiones, a mi juicio, que un juez electoral debe tener claro al momento de analizar este tema. Es una cuestión constitucional que exige una toma de postura: asumir o no la suspensión de derechos políticos, no obstante que el delito no lo merezca o no se haya decretado por el juez conforme al principio de estricta legalidad.

Por tanto, la cuestión conceptual es relevante para que el juez tome una postura constitucional que le sirva de base en el momento de articular sus reglas concretas de decisión. Ello es así, pues el operador jurídico —incluido el legislador y el juez— interpreta un significado determinado de las normas, hechos y

¹¹ Véase el artículo 100 del Código Penal de Coahuila.

valores para construir el Derecho de manera integral (Reale, 1997), con cierta concepción filosófica y jurídica a la hora de legislar (Cossío Díaz, 2002b) y de aplicar, por supuesto, la norma. Al momento de aplicar e interpretar la Constitución bajo ciertas reglas de “activismo” o “autorrestricción judicial” (Courtis, 2004), el juez puede llegar a conclusiones diferentes sobre un mismo problema por las diferentes premisas conceptuales de las que se parte: una lectura liberal, por ejemplo, no justificará de manera automática las restricciones a la libertad política por causa penal, pero una visión causalista sí. En consecuencia, los jueces son presa, en gran medida, de las tesis que se desarrollan a lo largo de la historia de las ideas, pero al asumirlas (en la ley y su interpretación) implican una toma de postura de la cual no pueden desvincularse de ellas tan fácilmente. La Constitución, por tanto, menciona lo que dicen los jueces, quienes creen que es lo que debe decir aquella a partir de las diferentes justificaciones conceptuales que se elaboran convencionalmente para explicar y prescribir el mundo del Derecho. A la jurisdicción —como dijo el juez Marshall— le corresponde expresar lo que enuncia la ley, pero a los pensadores (filósofos, politólogos, sociólogos, juristas, etcétera) y a los jueces les toca reconstruir los conceptos que son puestos en un ordenamiento jurídico, para que todo operador diga lo que significan esas concepciones en mayor o menor medida. Esto es, el legislador, a partir de una concepción, pone la norma que dice lo que interpreta el juez en su sentencia al tomar partido de una determinada forma de entender las normas. Es un círculo permanente, dialéctico y virtuoso: la “dinámica en la interpretación constitucional” (Nava Gomar, 2003) tiene tensiones, problemas y riesgos cuando se plantea la invasión de competencia del juez a la esfera legislativa.

Pues bien, en el caso Hernández el debate conceptual fue insuficiente. El Tribunal Electoral dijo: “la suspensión y rehabilitación de derechos, están estrechamente ligadas a la prisión”. El problema es saber ¿por qué la prisión es un cri-

terio que orienta el tema a discutir? No basta, a mi juicio, que el juez electoral tenga por cierta la suspensión de derechos sólo por el dictado de una sentencia que merece pena de suspensión por la prisión. Debe preguntarse, además, si el delito por criterio constitucional merece esa pena y si es proporcional, entonces debe interrogarse: ¿en el caso se decretó de manera expresa por el juez la suspensión, previa individualización? De lo contrario, el juez electoral podría caer en un absurdo: pretender rehabilitar un derecho político que constitucionalmente no debe o no fue suspendido conforme a la estricta legalidad penal,¹² o imponer una pena de suspensión que no le corresponde aplicar.

La cuestión conceptual lleva a discutir las razones de la privación del sufragio a los delincuentes como punto de partida para examinar los problemas en esta materia. Es la base para comprender por qué se suspenden los derechos políticos a las personas a quienes se les impone una pena de tal naturaleza y entender por qué se debe rehabilitar la ciudadanía a las personas condenadas por el principio de reinserción social.

¹² Este control prescriptivo, desde luego, no significaría que el juez electoral se convirtiera en una segunda instancia con jurisdicción penal ordinaria para analizar la imposición de la pena. El juez electoral, por el contrario, tiene la obligación de aplicar una norma de suspensión de derechos políticos que, si es notoria su inconstitucionalidad, me parece tiene el deber de invalidar: ¿la pena de prisión por dañar una propiedad ajena en forma culposa merece la suspensión del derecho al voto? La posición legalista diría: sí, la ley penal establece la pena de suspensión como accesoria a la prisión. ¿Pero es proporcional? ¿No es excesiva la muerte ciudadana por unos daños culposos? El juez electoral, si debe aplicar estas normas, tiene la facultad para analizar la constitucionalidad. O acaso: ¿el juez electoral está obligado a validar necesariamente la pena de suspensión excesiva, inusitada o desproporcionada? Pero, además, ¿podría el juez electoral dar por buena una pena de suspensión no impuesta por el juez penal? ¿No se convertiría en juez penal el juez electoral si aplica la suspensión omitida por aquél?

III. El sufragio de los delincuentes

El sufragio como derecho fundamental es clave para la configuración del *demos*. Define quién puede ser tratado como fin para poder ser sujeto de decisión propia y quién, por el contrario, es tratado como objeto, sujeto a las decisiones ajenas. El voto de cada quien significa una fracción del poder soberano igual a la que posee la población sujeta a dicho poder. Sin derecho a elegir, la persona es objeto; deja de ser soberano. Las personas dominadas por otras, por ende, tienen el estatus de esclavos (Reiman, 2005: 13). El voto, pues, es una divisa para la dignidad humana: hace que todos cuenten por igual. Por tal razón, la cuestión de la privación de la libertad política de los criminales es uno de los retos actuales de las democracias constitucionales que hace reflexionar acerca de las calidades que debería tener la ciudadanía (Duff, 2005: 215), sobre todo para evitar una forma de esclavitud, opresión y exclusión injustificada de grupos minoritarios que no merecen ser privados de su calidad ciudadana por conductas delictuosas que no ameriten dicha pena.

Es una cuestión de justicia,¹³ en algunos países, como EE.UU., las leyes que privan del voto a los criminales tienen, en cierta medida, su origen en cuestiones racistas: prohibir el voto a la raza negra (Manza, Uggen y Behrens, 2008: 41 y ss.) y, ahora, también a minorías latinas. Pero es cierto que las restricciones a los derechos políticos de las clases peligrosas pueden obedecer a otras razones, como las ideológicas: criminalizar por sedición al disidente comunista para evitar su participación en el gobierno en los términos de la “doctrina de la conspiración” (Church, 1974-1975: 572). En Europa, por ejemplo, las purgas comunistas fueron usuales después de la Segunda Guerra Mundial.¹⁴ Incluso, pueden existir, en muchas democracias,

¹³ En EE.UU., la cuestión del voto de los criminales ocupa una relevancia en la academia, en la lucha ciudadana y en la agenda política. Para consultar las posiciones, a favor o en contra, véase en la red: <http://felonvoting.procon.org/>.

¹⁴ Véase caso *Ždanoka vs. Latvia* (2006).

finés políticos arbitrarios e inaceptables: perseguir penalmente al opositor para descalificarlo de la contienda electoral por un delito fabricado, inexistente o injusto (Cárdenas Gracia, 2006). Sin embargo, los efectos excluyentes de la no-ciudadanía a los criminales, no tienen siempre la misma explicación ni tampoco suelen ser del todo cuestionables: terroristas, mafiosos, dictadores, golpistas o políticos corruptos, por ejemplo, son categorías que no tienen sustento sólo en causas racistas, ideológicas o políticas; por el contrario, pueden argumentarse buenas razones de tutela de la propia autoconservación de la democracia por el daño grave que producen los actos terroristas, los delitos de lesa humanidad o la delincuencia organizada. En estos casos es más complejo el tema.¹⁵

Pues bien, me interesa apuntar algunas ideas que el TEPJF debe tomar en cuenta para justificar la no-ciudadanía de las personas responsables de un delito en el momento de analizar cualquier caso de suspensión y rehabilitación de derechos políticos. Lo dividiré en dos partes. En primer lugar, describiré el debate filosófico que plantea la Constitución, donde el juez debe asumir una postura conceptual para articular sus reglas de restricción del voto por prisión definitiva. La Constitución, en efecto, dice que los derechos políticos se suspenden por sentencia que imponga dicha pena. ¿Por qué? Es una pregunta que el TEPJF debe tener clara, más allá de la descripción de la norma, para responder adecuadamente a los problemas que plantean los casos concretos a partir de la mejor concepción constitucional de la libertad política y sus límites por conducta delictiva. Por último, describiré cómo la garantía de estricta legalidad penal opera para orientar el modelo de ciudadanía de los delincuentes a quienes se les intenta privar de su derecho al sufragio; es decir, pretendo determinar el alcance del principio de que “toda

¹⁵ Véase en Alemania: *SRO, KPD y NPD*; Argentina: *Bussi y Patti*; Bélgica: *Vlams Blok*; España: *Batasuna, ANV e Iniciativa Internacionalista*; Guatemala: *Ríos Montt*; Israel: *Yeridor y Neiman*; Italia: *Sindoni, Labitá vs. Italy, Vito Sante Santoro vs. Italy*; Turquía: *Refah Partisi y Sobaci*.

pena de suspensión de derechos políticos debe ser proporcional a la conducta lesiva”.

La justificación de la suspensión de la ciudadanía

¿Por qué los presos no deben tener derechos políticos? La respuesta del TEPJF en el caso Hernández fue por la pena privativa de libertad, es decir, el juez electoral describió que en este caso a una persona se le había sentenciado por un delito doloso e impuesto una sanción de prisión, entonces, la pena de suspensión del sufragio operó de manera accesoria por la prisión conforme a la ley penal. Es el punto de partida, pero en realidad la prisión no es el fundamento de la suspensión de la ciudadanía, ni la falta de la misma puede implicar de manera forzosa —salvo algunos casos de extinción de pena— la procedencia de la rehabilitación. La prisión, en efecto, puede ser una condición necesaria, pero insuficiente por sí misma, para justificar la suspensión de derechos políticos. El fundamento de la suspensión política es la conducta constitutiva de delito lesiva a los bienes jurídicos tutelados por los derechos políticos, mientras que el fundamento de la rehabilitación es la garantía de reinserción social, con independencia de la prisión.¹⁶ La prisión, claro, juega un papel relevante tanto en la suspensión como en la rehabilitación, pero no es, ni debe ser, el principio rector del modelo constitucional de privación de derechos políticos. La prisión puede implicar un impedimento material para ejercer ciertas libertades, pero no es el fundamento de sus restricciones, en todo caso, la falta de garantías para ejercer el sufragio en prisión no implica la falta de fundamentación del derecho al voto de los reclusos, sino sólo una aporía que debe ser resuelta con garantías adecuadas y pertinentes. Los impedimentos materiales, como la prisión, son

¹⁶ En el caso Hernández, el TEPJF sí fue cuidadoso en expresar la idea de la reinserción social como fundamento de la rehabilitación, pero con ciertos matices orientados con base en el principio de la reclusión de la persona a rehabilitar su ciudadanía.

hechos que debería remover el Estado con prestaciones positivas para que los reclusos pudieran ejercer su derecho al voto, por correo, urna electrónica o cualquier otro medio que facilitara el ejercicio de la libertad política. Dicho de otro modo: la ausencia de garantías, como afirma la doctrina garantista, no es la justificación para negar los derechos de las personas, en este caso los reclusos, sino una cuestión a resolver por medio de la técnica de las garantías (Ferrajoli, 2001c).

¿Cuál es, entonces, la justificación de la suspensión de la ciudadanía por pena de prisión? La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) apuntó la respuesta que ha sido desarrollada por el Tribunal Electoral en el caso Pedraza (2007).¹⁷ La Corte dice:

(...) el fundamento de los derechos políticos proporciona, a su vez, la justificación para que su ejercicio pueda ser restringido por actos cometidos por el titular que revelen su desapego a la ley, pues en esa medida los derechos de ciudadanía dependen del

¹⁷ En el caso Pedraza (2007), el TEPJF dijo: "...la posibilidad igualitaria de participar en la intervención y toma de decisiones en los asuntos públicos, supone el derecho del ciudadano a ser reconocido como un igual, pero a su vez conlleva el deber de respetar el orden público. La infracción de esos deberes es lo que obliga a establecer los casos en los cuales el ciudadano debe ser privado del ejercicio de las facultades inherentes a su condición. Lo anterior no supone, propiamente retirar a los ciudadanos de la titularidad de ese tipo de derechos, sino únicamente suspenderlos temporalmente, dejándolos fuera de la categoría de esos derechos, sujeto a la condición de que legalmente pueda estimarse que se ha infringido el orden público, lo cual sólo se determina al dictarse la sentencia ejecutoria que lo declare responsable del delito y que tenga señalada pena privativa de la libertad. En otras palabras, el fundamento de los derechos políticos proporciona no sólo la justificación para su ejercicio, sino también para su suspensión por actos cometidos por el titular de los mismos. En efecto, al tener como base las libertades positivas y negativas del ciudadano, éste tiene el derecho a gozar de ese ámbito de libertad protegido; sin embargo, al mismo tiempo, el ciudadano está obligado a no atentar contra las condiciones que hacen posible la existencia del estado democrático constitucional de derecho. Consecuentemente, puede afirmarse que la suspensión de derechos consiste en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano, cuando a éste se le hubiere comprobado el incumplimiento de sus correlativas obligaciones o se hubiere acreditado su responsabilidad en la infracción de algún ordenamiento legal".

comportamiento, y si ello no ocurre en la forma debida, deberá decretarse su restricción.¹⁸

Para llegar a esta conclusión, la Suprema Corte construyó, en cierta medida, una interpretación originalista. Se apoyó en el Mensaje del Primer Jefe a los Constituyentes de 1917, quien propuso suspender la calidad de ciudadano “a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente”. Dicho documento histórico afirma que la persona que demuestra indiferencia a los asuntos de la República “amerita que se le suspenda la prerrogativa”.¹⁹ Esta razón de los padres de la Constitución se funda en la tesis contractualista, tal como el TEPJF confirmó en el caso Godoy (2009), al desarrollar bajo esta línea argumentativa algunas razones para justificar la suspensión de derechos políticos sobre el principio de que el prófugo de la justicia tiene suspendidos sus derechos ciudadanos y, por tanto, no puede ampararse en algún derecho fundamental para evitar la impunidad, con lo cual la suspensión de los derechos políticos preserva el orden constitucional y legal.²⁰ Dicho de otra manera, la Constitución manda que una persona que pretende legislar en nombre de la República, como en el caso Godoy, no puede tener libres sus derechos políticos si está prófugo de la justicia, aunque la carga de esos deberes republicanos parece ser demasiado fuerte:

¹⁸ Véase caso Contradicción de Criterios (2007), p. 64.

¹⁹ Véase el Mensaje del Primer Jefe en el *Diario de debates de la Constitución de 1917*.

²⁰ Las razones del caso Godoy son: 1) la condición de prófugo de la justicia resulta incompatible con el ejercicio pleno de los derechos políticos en la medida que la sustracción de un sujeto del proceso penal impide, por razones jurídicas y materiales, que se dé plena funcionalidad a ese ejercicio; 2) la necesidad de garantizar, a su vez, que no haya impunidad, a efecto de preservar el orden jurídico del Estado; 3) la racionalidad de la previsión constitucional se justifica en que es a todas luces inaceptable que la persona que evade la acción de la justicia pueda legalmente gozar de los derechos políticos que la Constitución otorga; 4) no sería dable estimar, que quien se sustrae a la acción de la justicia y con ello evidencia su salida del orden jurídico, se viera protegido con los propios principios inherentes al enjuiciamiento penal; y 5) el supuesto constitucional de suspensión de derechos políticos se delimita a aquellos delitos que, por su entidad, traen como consecuencia la privación de la libertad corporal.

excluir la ciudadanía del prófugo de la justicia implica un castigo por querer ser libre, sobre todo cuando aún no se ha declarado su plena culpabilidad, en tanto que el cumplimiento del deber presentarse ante la autoridad significaría aceptar la pérdida de la libertad. La República exige, en estos casos, la conducta socrática de aceptar las posibles injusticias que emanan de la voluntad general: beber la sicuta antes de evadir la justicia. En suma, la concepción contractualista-republicana afirmaría que quien está fuera de la ley pactada como voluntad general, también lo estaría del contrato social que concede la ciudadanía a todos, salvo a los quebrantadores de las reglas del pacto.

Entonces, la conducta violatoria a la ley por la comisión de un delito, es la razón general para negar la ciudadanía a las personas. Quien quebranta la ley penal (*lawbreakers*) se sitúa, desde la perspectiva contractualista y republicana (Ewald, 2004: 114 y ss.), en una categoría peligrosa para la democracia, es objeto en la ley de “restricción absoluta, general y automática” de su ciudadanía para garantizar la “pureza en las urnas” (Behers, 2004: 260 y ss.). Dicho de otra forma: el sufragio (activo y pasivo) se pierde —*a priori e ipso facto*— por la privación de la libertad personal: la comisión de un delito que merezca prisión justifica la suspensión de los derechos políticos. Ésta es la concepción clásica de la ciudadanía que defienden con visión ortodoxa algunos contractualistas-republicanos en favor de la privación del voto a los delincuentes (Menfredi, 1998: 300; Clegg, 2001: 174; Lott, 2001). El argumento es que los infractores de la ley renuncian, por la violación a la misma, a la protección general: el trato de ser igual que los demás ciudadanos. Se parte de la premisa de que la sanción de prisión es la más grave consecuencia que el Estado impone a sus ciudadanos por conductas reprochables; luego, todo el que sufre “prisión merece suspensión de ciudadanía”. La sanción del delincuente, por tanto, justifica su exclusión del pueblo; el castigo a la libertad explica e imposibilita, además, participar en la política (Clegg, Conway III y Kennthe, 2006: 5 y ss.). En suma, el preso no puede ser sujeto de ciudadanía

política, ya que, debido a su conducta reprochable, merece la exclusión; además, la reclusión que afecta su libertad personal impide de forma material su participación política. El juez Henry Friendly en el caso *Green vs. Board of Elections* (1967) sintetiza bien esta noción contractualista: quien viola la ley abandona su derecho a participar en la toma de las decisiones públicas.

El problema, empero, consiste en determinar si la tesis contractualista es absoluta y categórica, o bien, si desde la Constitución se pueden construir ciertos matices para orientar por qué, en qué supuestos y bajo qué condiciones es válida la suspensión de la ciudadanía por causa penal; es decir, ¿toda violación al contrato social implica privación de ciudadanía?, ¿toda conducta delictuosa merece pena de suspensión de derechos políticos?, ¿todo delito sancionado con prisión merece suspensión de derechos políticos? Me parece que la tesis absolutista es inconsistente y deficiente. Es importante aclarar, por ello, el debate conceptual.

Existen, a mi juicio, tres modelos basados en una trilogía conceptual: la suspensión de los derechos políticos en sentido fuerte, débil o dúctil. En cada uno de ellos se discute el grado de libertad política que se puede ampliar o reducir, según la concepción de un derecho electoral de autor, de acto o del enemigo, para justificar las restricciones, temporales o definitivas, a los derechos de participación política por la comisión de un delito. Más adelante trataré de ordenar este debate. La solución del caso dependerá, también, de la forma en que el operador jurídico lee el Derecho a partir del imperio de la ley, si con métodos garantistas, paleopositivistas, neoconstitucionalistas, positivistas incluyentes, excluyentes, causalistas, finalistas o funcionalistas en la teoría penal. En fin, se trata de una cuestión constitucional que requiere una toma de postura judicial.

Un primer apunte. Mi tesis es que, aun cuando la Constitución establece el modelo de privación de ciudadanía al delincuente, el mismo tiene límites en la propia norma constitucional que matizan la postura categórica y absolutista por una más relativa, concreta y específica. Los derechos fundamentales, en

efecto, no son absolutos, *mutatis mutandi*, los límites o restricciones a los mismos tampoco deben serlo. La interpretación de los límites a los derechos políticos, por otra parte, deben ser racionales, estrictos, útiles, necesarios y proporcionales. Las penas de suspensión de derechos, por tanto, deben observar la estricta legalidad penal: no toda conducta delictuosa sancionada con prisión merece en definitiva la suspensión de la ciudadanía de manera irracional, excesiva o indiscriminada. Estos son principios constitucionales que deben considerarse. Hoy en día, no obstante, prevalece en la Jurisprudencia de la SCJN y la doctrina mexicana, salvo algunos precedentes relevantes del TEPJF, la aplicación paleopositivista y causalista —lectura absolutista, aislada y avalorativa— de la norma que suspende derechos políticos, lo cual produce aporías e incoherencias con el sistema constitucional de derechos y libertades que se garantizan en favor de las personas que son objeto del poder penal. Pero antes de examinar estos problemas y entrar en las cuestiones concretas del caso Hernández, me interesa abundar en el debate conceptual desde la filosofía política, necesaria para entender el significado constitucional de las restricciones al voto de los delincuentes. Revisaré tres argumentos que la doctrina estadounidense, a partir de las corrientes contractualistas y republicanas, ha desarrollado para poner a prueba la justificación del no sufragio a los criminales, a saber: la violación al pacto social, el voto subversivo y la pureza en las urnas.

A) LA VIOLACIÓN AL PACTO SOCIAL

Pensar en la ciudadanía de las clases peligrosas (léase criminales, entre otros) implica —hasta cierto punto— una utopía difícil de universalizar:²¹ tratar como ciudadanos políticos a los delincuentes es, sin duda, una aspiración ideal que la mayoría de las legisla-

²¹ En este siglo XXI, la gran utopía del sufragio es el voto de los inmigrantes (Ramiro Avilés, 2008: 98 y ss.). El sufragio de los delincuentes pudiera ser otra, que en muchos países es realidad: Canadá, Costa Rica o Panamá.

ciones occidentales se niega a aceptar debido al rechazo que, por su poca confiabilidad (*untrustworthy*), provoca el criminal (*unpopular citizens*). La idea de la “madera torcida de la humanidad” (Berlin, 1990) cuestiona la rectitud de las personas que dañan a su prójimo y ponen en peligro, en consecuencia, el privilegio de gozar de su libertad. Una cabeza un voto, es una fórmula que pierde sentido a la hora de adscribir la ciudadanía a los delincuentes; sobre todo por las razones preventivas y retributivas que prevalecen en la ley penal tradicional (Keyssar, 2000: 63), no obstante que esta premisa reduccionista genera un “ataque al corazón” del sistema democrático (Robben, 2007) cuando se excluye del pueblo, sin justificación, a cualquier delincuente, por cualquier delito y bajo cualquier circunstancia.

El modelo restrictivo de la ciudadanía de las clases peligrosas, en mayor o menor intensidad, tiene acogida en la mayoría de las democracias para imponer la pérdida de la calidad ciudadana —por la comisión de un ilícito u otra ofensa social grave—. Dicho de otra manera: ¡no merecen ser parte del pueblo!, afirma una lectura elitista y tradicional del pensamiento filosófico del contrato social y del republicanismo cívico (Manza y Uggen, 2008: 25 y ss.). El contractualismo, en efecto, afirma que para salir del “estado de naturaleza” (Hobbes, 1999), las personas libres y autónomas acordaron un pacto para constituir un gobierno que proteja sus vidas y bienes. Están de acuerdo con las normas que expresan la voluntad general, mismas que deben ser aplicadas por el gobierno representativo para disfrutar de seguridad y bienestar (Rousseau, 1999). Entonces, quien rompe los términos del contrato pierde, invariablemente, la calidad necesaria para participar en la toma de las decisiones comunitarias (Locke, 2004). El trato de igual se pierde por el trato ilegal que el ciudadano hace en contra de sus iguales, ergo, el derecho al trato igual, por su violación, se cancela en su perjuicio por los propios actos libres de las personas que dañan la estabilidad del pacto social. La cuestión siguiente es: ¿qué bien se tutela con el castigo del infractor que pierde su ciudada-

nía? Una corriente republicana argumenta la “virtud cívica” como bien a salvaguardar: la salud moral de la comunidad depende de la virtud ciudadana como un modelo de perfeccionismo cultivable por el Estado; en consecuencia, el sufragio puede llegar a ser un privilegio, disponible sólo para aquel buen ciudadano que ha mostrado ser digno de ello, con lo cual la condena de un delito grave o de cualquier otra ofensa moral similar constituye un impedimento para ejercer la prerrogativa del sufragio con el fin de evitar la contaminación de las urnas (*cf.* Hull, 2006: 50 y ss.).

Estas teorías, por supuesto, pueden ser leídas de manera diferente para contraargumentar la concepción clásica de la ciudadanía y afirmar, asimismo, que tanto la teoría liberal como la republicana justifican el derecho al sufragio a los delincuentes (Reiman, 2005: 12-14), sobre todo por el “carácter igualitario del republicanismo” (Gargarella, 2005) que pretende que ningún grupo domine y oprima a otro (Petitt, 1999), como serían las minorías que, por su situación de desventaja social, cultural o económica, caen en la delincuencia con la consecuente pérdida de su ciudadanía. Pero, con independencia de ello, el marco conceptual a discutir se rige por estas ideas filosóficas, puestas en tela de juicio por la posición contrahegemónica de las modernas teorías del sufragio como derecho fundamental (Johnson-Parris, 2003; Karlan, 2004; Ewald, 2004; Reiman, 2005; Latimer, 2006; Hull, 2006). Se trata del problema de la “generalización de los derechos” (Peces-Barba, 1999) que, en forma previa, implica una *fase de idealización* donde la utopía funciona como una reivindicación de justicia en favor de los excluidos (Ramiro Avilés, 2008: 106).

La “concepción de no-ciudadanía” (de los violadores del pacto social), según Boaventura de Sousa, constituye “el grado cero de un contrato social basado en la inclusión” que, al mismo tiempo, asegura la exclusión: pugna por un prototipo o estatus determinado y excluye a los “extraños e inciviles”, entre quienes con frecuencia se ubica a los delincuentes como peligrosos. La ciuda-

danía es una cuestión de grados: los superciudadanos y el resto que, a su vez, expresa diversos matices. Los no-ciudadanos, por el contrario, son los extraños o incivilizados que se pueden deber a dos momentos: si la persona es expulsada del contrato social por romper las reglas de que formaba parte (postcontractualismo) o bien, si aquella jamás fue objeto de inclusión (precontractualismo). En ambos casos, la no-ciudadanía es el “resultado de la legalidad demoliberal” que pretende ser removida por la “legalidad cosmopolita”, que promueve la emancipación e inclusión (Santos, 2009: pp. 601 y 602). En tal sentido, los delincuentes privados del sufragio (*disenfranchisement of felons*) se situarían en la no-ciudadanía postcontractualista por la violación al pacto, no obstante que podrían situarse en el precontractualismo cuando la sanción penal, por la cual se pierde la libertad política, resulta excesiva y desproporcionada en la medida en que, por ciertos estigmas discriminatorios, la persona es descalificada *ex ante* para ser ciudadana: el “vagabundo” o el “ebrio consuetudinario” quienes, sin referencia a una incapacidad grave, resultan privados de su ciudadanía por transitar o beber libremente.²² O bien, cuando la ley penal en forma abstracta señala que por toda pena de prisión se merece la suspensión de la ciudadanía, en realidad se está descalificando con anticipación del contrato social a toda persona a quien se le imponga prisión, sin analizar si su conducta en realidad merece dicha suspensión conforme a la estricta legalidad penal.

Son algunos de los temas que invitan a construir un “nuevo sentido común del derecho” (Santos, 2009) para romper con la visión clásica de ciudadanía que trata al sujeto “peligroso” como no-ciudadano. Esta exclusión resulta, asimismo, una cuestión

²² La Constitución mexicana (artículo 38, fracción IV) establece como supuesto de suspensión de ciudadanía la vagancia y la ebriedad consuetudinaria. El punto es determinar cuándo es válido sancionar esas conductas. Los tribunales colegiados han declarado inconstitucionales ciertos tipos penales por vagancia y malvivencia por afectar el principio de estricta legalidad, al tipificar conductas (no tener un trabajo honesto o contar con malos antecedentes) que no dañan a terceros.

de justicia, pues la discriminación injustificada de algunas minorías vulnerables que no pueden expresar su voz por medio del voto es la primera de muchas injusticias que genera un pacto social que “excluye a los oprimidos” (Young, 2000). El racismo o la pobreza pueden ser, en el fondo, las causas reales para conceder o negar la ciudadanía. Si tomamos en cuenta que una parte significativa de quienes delinquen cae en la cárcel por sus desventajas sociales o estereotipos raciales, es claro que quien pierde sus derechos políticos por la prisión sufre una restricción excesiva si su conducta no merece la privación de la ciudadanía: ¿por ser pobre o discriminado deja de ser ciudadano? En algunos países, por ejemplo, el abuso de la prisión produce la exclusión injustificada de la ciudadanía de personas que son presa fácil del poder penal. Los negros, los latinos y otras clases sospechosas²³ son, para gran parte de la doctrina anglosajona (Fernández, K. E., Bowman, T., 2004-2005; Hull, 2006; Brown, 2008), víctimas que, aunque merezcan pagar condenas proporcionales y racionales, no ameritan ser silenciadas con la pérdida de su voto (Fraizer, 2006-2007), más cuando su situación criminal puede obedecer a causas injustas que atenúan, desde luego, su reprochabilidad (Raiman, 2005: 11 y 12). En México, dos terceras partes de los condenados en la justicia local fueron sancionados en el 2002 por delitos menores, de los cuales cinco de cada 100 personas con derecho a la libertad provisional tuvieron que sufrir la prisión preventiva y, por ende, su no-ciudadanía, debido a la falta de dinero para pagar la fianza (Zepeda Leucona, 2004: 14), con lo cual se puede afirmar, en cierta medida, que muchos de ellos pierden su ciudadanía por la pobreza: la nueva cara del voto censitario en el siglo XXI en favor del “hombre blanco, propietario y

²³ En España, la clase gitana, por la falta de inclusión social, distribución de recursos y reconocimiento de su identidad, constituiría una subclase de no-ciudadanos que, al caer en la delincuencia, que se explica por su situación de opresión, tendría sus derechos políticos suspendidos si recibe una condena de prisión, todo lo cual implicaría una “discriminación indirecta” al criminalizar de manera desproporcional su situación de desventaja (Pérez de la Fuente, 2008: 120 y ss.).

civilizado” que domina en el paradigma de las “diferencias de los privilegios y de las discriminaciones” (Ferrajoli, 2001: 74 y 75). Los “ricos se hacen más ricos y los pobres reciben más condenas” (Reiman, 2006), fórmula que se traduce, desde la divergencia entre vigencia y eficacia (Ferrajoli, 2007) que se puede construir a través de la sociología crítica de Boaventura de Sousa, en la pérdida de la ciudadanía por el estatus social en aquellos sistemas legales que, por un lado, castigan de forma excesiva e inusitada al débil porque no erradican las causas de desigualdad y opresión que explican la delincuencia, pero que al mismo tiempo dejan de sancionar a otra clase de superciudadanos que, en ocasiones, causa igual o mayores daños a la sociedad (delitos de cuello blanco, corrupción política, etcétera).

La no-ciudadanía de los delincuentes tiene que afrontar, es cierto, la dificultad de su justificación absoluta o relativa. La teoría de la ciudadanía del siglo XXI se pregunta, en primer lugar, si la comisión de cualquier delito merece la pérdida de los derechos de los ciudadanos. La respuesta tiene origen histórico, pero la fundamentación, a mi entender, debe ser racional. La Constitución del Estado moderno, inspirado por la filosofía política de Hobbes, Rousseau y Locke, principalmente, orientó la restricción categórica de la libertad política a los delincuentes: quien quebranta el pacto social no merece la protección ni las prerrogativas del mismo; no es, ni debe ser, ciudadano el delincuente. Esto tiene una lógica inicial: si se trataba de salir del estado de naturaleza, resulta contraintuitivo conceder derechos de participación política a los que se encuentran en la situación salvaje. Este paradigma, que tiene explicación histórica, debe pretender también una justificación filosófica. Durante el siglo XX y el presente, la teoría de las libertades fundamentales plantea reelaborar la concepción de la ciudadanía sobre la base de los “derechos de personalidad”: ir del *estatus ciudadano* al *estatus de la persona* para asignar los derechos políticos bajo los principios de universalidad, inalienabilidad e innegociabilidad de los

derechos (Ferrajoli, 2001a: 97 y ss.). En tal sentido, pareciera inaceptable limitar, a rajatabla, la calidad de ciudadano por toda conducta delictiva en una sociedad abierta; lo razonable, por el contrario, sería restringir la libertad política sólo por aquella conducta grave que daña o pone en peligro real e inminente el pacto constitucional. Esto, incluso, se tendría que argumentar y probar.

De la tesis absoluta de la no-ciudadanía pasamos a la concepción relativa: la privación de la calidad ciudadana debe obedecer a situaciones graves y excepcionales que sean pertinentes para limitar los derechos políticos. La justificación previa (en la ley) y posterior (en su aplicación) de la suspensión de la ciudadanía debe individualizarse, en cada caso concreto y bajo criterios objetivos y racionales que vinculen y limiten la idea absolutista de la ciudadanía peligrosa o enemiga. Ante todo, quien afirme de manera decisiva la privación de la ciudadanía por un delito, tiene la carga de explicitar los argumentos para probar el grado de proporcionalidad de la restricción de la libertad política. No es plausible la restricción *ex ante* de la ciudadanía sin que con antelación se justifique *ex post* por una causa suficiente que sea útil y necesaria para salvaguardar bienes fundamentales del sufragio. Se puede, incluso, ser abierto y militante del modelo restrictivo: es válido limitar la ciudadanía por un delito si y sólo si en cada caso se argumenta en forma estricta y particular bajo los principios de estricta legalidad y de proporcionalidad de las penas.

Entonces, la teoría contractualista puede ser reelaborada en este siglo XXI para evitar la restricción del voto a los criminales de manera indiscriminada, general y categórica. Hay buenas razones para sostener que quien viola la ley debe estar fuera del pacto social, pero no toda violación a la ley se hace merecedora de tal castigo. Es un problema que debe desarrollarse a partir de la garantía de exacta aplicación de las penas, como más adelante apuntaré.

B) EL VOTO SUBVERSIVO

¿Existe un peligro en la conformación del Estado si los criminales votan? ¿Pueden los delincuentes poner en riesgo al Estado si participan en la conformación de la representación política? ¿La voluntad general se puede corromper con el voto de los criminales? ¿Puede existir el voto subversivo de los delincuentes que sucumba al Estado y a la sociedad? ¿Los transgresores ejercerán el sufragio con fines perversos? Poner grilletes a la ciudadanía es una cuestión que forma parte del debate de la privación del voto a los delincuentes. Se toma como base la idea de que el transgresor que viola el contrato social puede ser un riesgo para la voluntad general: si quebrantó la ley tendrá intenciones de conformar un bloque de votación en contra de aquella. Es decir, siempre existiría la posibilidad de que tanto el criminal como los ex convictos, por ejemplo, voten en bloque en favor de representantes *ad hoc* que deroguen el código penal para tener carta blanca en sus delitos, o que promuevan leyes en favor de sus intereses corruptos. Es la tesis del voto subversivo.

Esta es la polémica doctrinal que, sobre todo en la academia y la política estadounidense, se desarrolla para negar el voto a los criminales. La “teoría de voto subversivo” es, sin duda, uno de los argumentos presentes a la hora de discutir el tema. En este tópico seguiré el estudio de Alec C. Ewald (2004), en el que trata de demostrar la poca sustentabilidad del argumento del voto subversivo, tanto conceptual como de forma empírica. En efecto, la tesis del voto subversivo sostiene que el delincuente no debe tener derecho a votar porque puede formar un bloque votante contra la aplicación de la ley. Esto es, los infractores no pueden demandar el derecho de hacer leyes cuando han violado el acuerdo básico para hacerlas posibles. El voto confiere tanto el derecho de gobernarse a sí mismo como el de compartir el hecho de gobernar a otros. Luego, cuando los criminales exigen el derecho a votar, exigen el derecho de gobernar a otros, pero al mismo tiempo rechazan el derecho de otros de gobernarlos. Por lo tanto,

es correcto, sostienen, negar a los delincuentes el derecho de gobernar a otros por medio de su voto, porque ellos han rechazado el derecho de los otros de gobernarlos a ellos. La suspensión de derechos políticos se justifica, en clave del voto subversivo, para prevenir la formación del bloque de votación anti o contra la ley. De otro modo, dejar votar a los delincuentes significaría reducir la moral de los ciudadanos que observan la ley, sesgar en forma perversa los resultados de una elección, permitir que los delincuentes puedan organizarse políticamente en empresas criminales que utilizarían el poder público para sus fines ilícitos, gobernarlos por personas (delincuentes) que no son capaces de gobernarse a sí mismas, entre otras razones. Estos argumentos, sin embargo, son refutados por Ewald: los mitos del bloque contra ley o el votante inclinado a sus intereses perversos, no tienen evidencia empírica, por el contrario, los estudios sociológicos del voto de los delincuentes no revelan el móvil del voto subversivo, lo cual hace inverosímil la tesis. Además, conceptualmente se argumenta el significado del voto; el ciudadano condenado por un crimen, si vota, hace lo que todos los votantes: confirmar (autorizar) el sistema político. Por definición, votar no puede ser subversivo desde el momento en que cada voto legitima el sistema electoral (*cf.* Ewald, 2004: 114 y ss.).

Ahora bien, ¿cómo juegan estas ideas en el caso Hernández? En primer lugar, el TEPJF omitió aproximarse a la conducta concreta por la cual fue sentenciado a prisión la persona objeto de la suspensión de derechos políticos. Esta omisión, a mi juicio, no le permitió hacer un test concreto y específico, necesario para analizar con mayor detenimiento tanto la suspensión como la rehabilitación. La pregunta que el TEPJF debía hacerse para tener claro el hecho a juzgar, era si la conducta por la cual se dictó sentencia penal en realidad ponía en peligro real o inminente a los bienes jurídicos de la democracia electoral para merecer la suspensión de su ciudadanía. Es decir, ¿el delito que cometió X genera un voto subversivo?, es improbable que no. Es

importante tener en cuenta la hipótesis del voto subversivo, no tanto para limitar el voto en que es difícil probar sea el bloque de votantes anti-ley,²⁴ sino para tenerla presente en la rehabilitación de los derechos políticos en cada caso concreto. En efecto, ¿la rehabilitación de una persona debe ser general y categórica para todos sus derechos políticos?, o ¿puede referirse sólo a algunos derechos políticos a través de un escrutinio más estricto?, ¿es lo mismo suspender y rehabilitar el voto, ser votado o la asociación y afiliación partidista? Imaginemos un caso: una persona, militante de un partido, es condenada por daños a éste, lesiones graves a sus compañeros militantes y corrupción por malversación de fondos cuando desempeñó el cargo público. El juez le impone prisión pero concede un beneficio sustitutivo: ¿procede la rehabilitación?, si aplicamos la regla del caso Hernández, sí. ¿Por qué? Como no está en prisión, hay fundamento para la rehabilitación de todos sus derechos políticos. Es una lectura genérica y abstracta, similar a la suspensión: por prisión, no tiene la ciudadanía, sin prisión, tiene derecho a la ciudadanía. Pero si exigimos un test concreto y específico de la suspensión de los derechos, también, y sobre todo, tendremos que aplicar una aproximación determinada y específica en la rehabilitación. En el caso hipotético se podría argumentar, derecho por derecho (votar, ser votado, etcétera), si ha lugar o no a rehabilitar el sufragio, afiliarse o participar en los partidos, por ejemplo. El voto activo no tendría problemas,

²⁴ En México, la idea del bloque del voto subversivo podría tener sustento en algunas elecciones municipales donde el padrón de votantes es reducido y se gana o pierde por un voto. Se podría dar la hipótesis de que existe un gran número de criminales que pueden votar allí y que, además, fueron condenados por delitos en contra del gobierno municipal: sedición, corrupción, delitos electorales, etcétera. Luego, existirían datos que indican que ese grupo de votantes puede influir de manera perversa para ganar el poder para sus fines ilícitos. ¿El voto se cancelaría a este bloque peligroso? Es el problema de la delincuencia organizada que tiene control absoluto en ciertos municipios. Pero esta idea puede ser muy peligrosa si se estigmatiza en forma indiscriminada a otras personas. Por ejemplo, en el caso Oaxaca donde la Corte determinó que sí hubo violaciones a los derechos humanos en el año 2006 durante el movimiento social, el ministro Aguirre Anguiano señaló que las personas participantes en los hechos fueron “subversivas”. Si fuera cierto esto, ¿sería válido quitarles la ciudadanía a todos los integrantes de dicho movimiento para las próximas elecciones locales?

a primera impresión, a menos que existan conductas lesivas en perjuicio del sufragio en una elección, como la presión o coacción del voto.²⁵ ¿Pero será válido rehabilitar a una persona condenada, cuya prisión está en suspenso por el beneficio concedido pero que tiene la pena de suspensión de derechos políticos por cometer delitos graves de corrupción durante el ejercicio de un cargo popular? ¿Será válido rehabilitar a esa persona su derecho a participar en los partidos, sin tener que cumplir la pena de suspensión de ese derecho por cometer delitos en contra del sistema de partidos? Son preguntas que sólo pueden responderse si el TEPJF se aproxima más a un test concreto, específico y proporcional a la medida de la suspensión y rehabilitación de los derechos políticos, que al método que ordinariamente emplea en forma categórica, general y automática.

La forma de aproximarnos al tema tiene antecedentes en casos comparados. El caso *Hirst vs. The United Kingdom* (2005) supone un escrutinio más cerrado a la hora de suspender el derecho al voto a los presos, pero el caso *Ždanoka vs. Latvia* (2006) plantea un tipo de escrutinio más abierto en lo que corresponde al derecho de sufragio pasivo. Pero, en ambos casos, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) utilizó un test concreto y específico. Veamos: Tatiana Zdanoka era miembro del Partido Comunista de Letonia desde 1971. Como tal, llegó a ocupar cargos políticos de cierta responsabilidad, fue miembro del Consejo Supremo de la República Socialista Soviética de Letonia. Producida la independencia de Letonia de la Unión Soviética en 1990, la organización del Partido Comunista letón protagonizó dos intentos de golpe de Estado tratando de derribar al Gobierno de Letonia y reintegrar el país a la Unión Soviética. Como resultado, el Partido Comunista fue declarado ilegal y disuelto por el Tribunal Constitucional de la República de Letonia. El Parlamento letón, por su parte, aprobó en 1995 la Ley de Elecciones Parlamentarias, que en su artículo 5 establecía la inelegibilidad de aquellas perso-

²⁵ Véase el artículo 403 del Código Penal Federal.

nas que hubieran participado de manera activa en determinadas organizaciones, vinculadas a los intentos del golpe de Estado producidos en 1991. La señora Zdanoka se presentó como candidata a las elecciones parlamentarias de 2002, pero el órgano encargado de la admisión de las listas electorales, la Comisión Central Electoral, acordó su no elegibilidad como candidata a las elecciones. El asunto llegó al Tribunal Europeo que, en un primer momento actuando en Sala, dijo que si bien podía aceptarse como legítima la exclusión temporal en las contiendas electorales a los líderes del antiguo régimen, en particular durante la fase de consolidación de la democracia en Letonia, transcurrido cierto tiempo se hacía necesario un examen más pormenorizado de las circunstancias de cada caso para justificar la inelegibilidad. Pasados 10 años desde los intentos del golpe de Estado, el examen individualizado se hacía aún más necesario. La Sala del TEDH concluyó que la inelegibilidad había vulnerado el derecho a concurrir como candidata. Frente a esta sentencia, el Gobierno de Letonia recurrió el caso ante la Gran Sala del Tribunal Europeo, que revocó la decisión. En primer lugar, la Gran Sala subrayó la diferencia entre los derechos de sufragio activo y pasivo, por cuanto, respecto de éste último, resulta legítimo exigir mayores condiciones de restricción en la interpretación de las inelegibilidades, debido a las mayores responsabilidades derivadas del cargo. El TEDH, por tanto, aceptó que las limitaciones al derecho a ser votado pueden tener una lista abierta, no tasada, de las que resulten “necesarias en una sociedad democrática”. Por tanto, se acudió a la necesidad de una mayor individualización de la conducta de las personas afectadas por la prohibición de concurrir a las elecciones en virtud de su participación en acontecimientos que hubieran puesto en peligro el sistema democrático. El análisis, más abierto y menos estricto de la suspensión de derechos políticos, llevó a la conclusión de la no-violación de los derechos de ser votada de Tatiana Zdanoka.

Estos casos permiten reflexionar el método a seguir; en ninguno, sea suspensión o rehabilitación, se debe hacer un test

general, abstracto y categórico. El escrutinio judicial podrá ser cerrado o abierto según los derechos políticos en juego, pero siempre bajo un modelo de restricción o rehabilitación específico y concreto. Entonces, para rehabilitar en el caso Hernández, el TEPJF debió examinar las circunstancias relevantes de la conducta delictiva. En el ejemplo anterior, si hubiera sido un delito de daños a un partido, lesiones graves a sus militantes o corrupción en el cargo público, el juez podría tener buenos argumentos para negar la rehabilitación política del sufragio pasivo y la participación partidista, aunque pudiera proceder la rehabilitación de su derecho a votar porque su conducta no tenga algún riesgo real ni merezca continuar con la suspensión de ese derecho fundamental. Este argumento, por supuesto, es hipotético, porque el TEPJF ni siquiera describió la conducta delictuosa, además, el test concreto se dificulta por el modelo de la suspensión que se aplica de manera genérica, abstracta y categórica. Adelante regresaré a este tema en las cuestiones concretas del caso Hernández.

c) LA PUREZA DE LAS URNAS

Por último, la doctrina anglosajona en favor de la privación del sufragio a los criminales, a partir de una decisión judicial de Alabama en 1884, sostiene la finalidad de preservar la pureza de las urnas en contra de la corrupción moral de los votantes peligrosos, indignos o descalificados. Es decir, la privación del sufragio es una forma legítima de regulación del proceso de votación electoral, un privilegio para el virtuoso republicano que hace buen uso de su ciudadanía. Los traidores del pacto ciudadano, por tanto, no deben gozar de la prerrogativa ciudadana. Este tipo de argumento es un clásico enfoque republicano: se piensa que el sistema político requiere de una ciudadanía virtuosa. Un delincuente, por ende, carece de un “mínimo nivel de virtud cívica” que desde Aristóteles hasta Locke, Mill, Madison y, más reciente, Rawls, han defendido para la salud de la República (Reiman, 2005: 6).

Esta tesis se basa en la concepción del voto como privilegio del ciudadano. El sufragio, afirman, es una función del Estado que está sujeta a los intereses de la República, por tanto, para ser votante se requieren cualidades de buena ciudadanía: lealtad y honestidad a la República (Clegg, 2001-2002: 174). La representación política, consecuencia del voto, debe ser pura y benéfica para el pueblo, lo cual sólo se logra con el sufragio del buen republicano que delibera la mejor decisión a partir de la razón y su opinión en el debate político. Sólo las personas idóneas, con suficiente madurez y un buen comportamiento, en consecuencia son las que tienen el privilegio de conformar la representación política para hacer las leyes de la voluntad general. Es el debate de las preferencias o las opiniones que, desde la polémica *Burke vs. Paine*, ha sido parte de la reflexión tradicional del mandato de los representantes (*cf.* Fernández, 1998: 373 y ss.).

En el siglo XXI, empero, el voto como privilegio es una concepción que con dificultad encuentra soporte o apoyo mayoritario en el tiempo de los derechos. El voto es un derecho fundamental consagrado en el texto constitucional, garantizado a todos por igual.²⁶ Cuando el juez electoral se aproxima, no obstante, a los límites del derecho a la ciudadanía que la Constitución establece para ejercer las llamadas prerrogativas, encontramos que existen ciertas normas vigentes que permiten dar vida a la concepción elitista de la virtud cívica, más aún cuando ciertos argumentos de la tesis de la “conducta pública adecuada” son utilizados por los partidos para limitar la elegibilidad de sus candidatos. En México, en efecto, son titulares de la ciudadanía las personas

²⁶ La Constitución mexicana (1917) utiliza el término “prerrogativas” de los ciudadanos para referirse al “voto como privilegio”: el sufragio femenino, por ejemplo, se reconoció en forma universal tiempo después (1953). Esta terminología, propia del contrato social, refleja, por lo demás, el momento histórico en que fue escrito y deliberado el texto fundamental (véanse los artículos 34 a 38 en el *Diario de debates del Constituyente* del 17). No obstante, la concepción constitucional que predomina hoy en la teoría y la Jurisprudencia mexicana, sobre todo y a partir de la reforma de 1996, es la de considerar al sufragio como un derecho fundamental de la ciudadanía. Antes, por la improcedencia del amparo en materia política inspirada en la tesis Vallarta, prevalecía la concepción funcional del sufragio como privilegio.

con calidad de nacionales,²⁷ mayores de 18 años y con un modo honesto de vivir.²⁸ La ciudadanía, por lo tanto, es la categoría fundamental para la titularidad de los derechos políticos, la cual se define en las democracias por un criterio vinculado a la soberanía constitucionalizada: ciudadano eres si y sólo si naciste en el territorio, embarcación o aeronave mexicana (territorial-natal), porque seas hijo de alguien que nació en el territorio (territorial-parental), por relación matrimonial (territorial-marital) o porque el gobierno otorgue la carta de naturalización que solicite el extranjero con cierta residencia en el país (territorial-lealtad). Incluso si desaparecieran esos criterios, basados en principio en la soberanía territorial de un Estado, quedarían otros dos: la edad y el modo honesto de vivir, los niños no tendrían derecho a gobernar ni algunos discapacitados, tampoco los delincuentes, por su modo deshonesto de vida. Entonces, el problema de la universalidad del derecho a gobernar no se resolvería, porque por más que un extranjero residente en otro país (aquí resido, aquí voto y soy votado) tuviera libertad de participar en la conformación del gobierno extranjero, debería tener otras cualidades: edad y conducta debida. Por ello, la categoría de ciudadanía vinculada por el principio de soberanía, con sus diferentes elementos (nacer o naturalizarse, vivir y residir), tiene un fundamento basado en la supremacía de los derechos políticos: no ser afectado de manera injustificada en su trato igualitario

²⁷ ¿Quiénes son los de nacionalidad mexicana? La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. La de nacimiento se califica: 1) por el nacimiento en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; 2) por ser hijo de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional o de madre mexicana nacida en territorio nacional, aunque se nazca en el extranjero; 3) por ser hijo de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización o de madre mexicana por naturalización, aunque se nazca en el extranjero; y 4) por nacer a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. La ciudadanía por naturalización se otorga: 1) a los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización; 2) la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley (artículo 30 de la Constitución).

²⁸ Véase artículo 34 de la Constitución.

con los demás, la injerencia sin motivo justificado en la libertad política.

Pues bien, si el ciudadano es sólo aquel que, entre otros requisitos, debe tener un modo honesto de vivir, ¿qué pasa con quien no lo tiene? La lectura sería: no es ciudadano. Este concepto, no obstante, es demasiado amplio y arbitrario, pero se conecta con la idea original del Constituyente de 1917: a todo aquel que no sepa hacer uso debido de su ciudadanía, se le tiene que suspender la prerrogativa. Entonces, el modo honesto de vivir, en una perspectiva más garantista, debería tener una connotación restringida y negativa: la persona que no tiene un modo honesto de vivir es aquella en que caen algunos de los supuestos de suspensión de la ciudadanía, no a quien se le exigen, en positivo, virtudes para ser ciudadano. Pero si cerramos aún más el concepto, puede afirmarse que la falta del “modo honesto de vivir” estaría delimitada por el catálogo de delitos en que se puede predicar que determinada conducta lesiva implica un modo deshonesto de vida, siempre que resulte suficiente, útil y necesaria para suspender la ciudadanía. Por ejemplo, ¿quien vive de la delincuencia organizada secuestrando a otros es un sujeto apto para ser ciudadano político?, ¿quien intimida a los votantes merece la supresión del voto?, ¿el funcionario que comete peculado de imagen en la propaganda gubernamental tiene derecho a presentarse a las elecciones siguientes?, ¿el funcionario que desvía de manera indebida recursos públicos en favor de un partido debe tener derecho a la participación política? Estas preguntas llevan a estrechar aún más el concepto: no cualquier delito es constitutivo de un modo deshonesto de vida para excluir la ciudadanía, sólo aquel que es lesivo a la ciudadanía bajo el principio de proporcionalidad de la pena de suspensión de derechos políticos.

Por tanto, me interesa destacar que una concepción amplia de la virtud cívica para garantizar la pureza en las urnas puede constituir una indebida interferencia a la libertad ciudadana. La virtud cívica en sentido amplio, en lugar de incluir a los ciudadanos para evitar la no-dominación en una República, podría

implicar un concepto demasiado flexible para excluir de forma injustificada a los ciudadanos de su categoría principal en el pacto social: ser igual a todos los demás. Un ejemplo de escrutinio judicial débil para restringir derechos políticos por falta de “conducta pública adecuada”, es el caso Ávalos (2007). En él, el TEPJF declaró inelegible a una persona que resultó vencedora en la elección interna de su partido, debido a que tenía una orden de aprehensión, pendiente de cumplimentar, desde la década de los 70 por delitos de homicidio y lesiones graves en perjuicio de menores, que supone se ocasionaron en legítima defensa, según el presunto responsable, pero sin existir alguna sentencia que lo absolviera o condenara de la acusación. El partido no registró a dicha persona porque, entre otras razones, no cumplió el requisito estatutario de “buena conducta”. El TEPJF hizo una aproximación concreta y específica: fijó las circunstancias de tiempo, modo y lugar del delito por el cual era un probable responsable. Más allá de estar o no de acuerdo con su valoración, lo relevante es que la pureza en las urnas operó para excluir de la participación política a todo aquel que tuviera una mala conducta, como tener una orden de aprehensión por un delito de homicidio y lesiones, que puede afectar la imagen del partido ante el electorado, según el TEPJF. Ese fue el mensaje judicial: permitir que los partidos puedan excluir como candidatos a sujetos que, por su mala conducta, afectarían su imagen pública. De la pureza en las urnas pasamos a la pureza partidista; el derecho partidista a proteger su imagen pública ante el electorado y su facultad para no registrar a candidatos con mala imagen que les afectarían en la contienda, aunque ganen la primaria o interna, y no tengan expresamente derechos políticos suspendidos en sentido estricto. Es un enfoque republicano de virtud cívica. Los partidos tienen que velar por su derecho a la imagen electoral por medio de candidatos presentables a la sociedad. Los de mala conducta pueden excluirse aun cuando no exista causa expresa de suspensión política. ¿Es válido?

Por otra parte, la pureza en las urnas, entendida como la idea de la virtud cívica que el ciudadano debe cultivar en sociedad a partir de no tener un mal comportamiento para mantener su estatus ciudadano, puede tener mayor solidez a la hora de rehabilitar los derechos políticos. Si bien, no es otorgable crear un concepto amplio del modo honesto de vivir como requisito positivo para ser ciudadano sin tener en cuenta criterios de proporcionalidad y estricta legalidad de la conducta lesiva para suspender derechos políticos, por el contrario, en la rehabilitación política basada en el principio de reinserción social, el contenido de la virtud cívica puede funcionar para que el condenado pruebe su “conducta debida”, que de manera razonable restablezca la confianza ciudadana luego de su violación al pacto social; con lo cual sí se podrían evaluar las conductas concretas del sentenciado durante la ejecución de la pena que, por tanto, revelará un pronóstico razonable, basado en la educación, trabajo y disciplina, que el sujeto está listo para gozar de su nueva oportunidad del trato ciudadano. Más adelante abordaré este tema en el caso a tratar.

En suma, la pureza en las urnas que se articula con la virtud cívica puede tener dos significados. El primero en el ámbito de la suspensión de derechos políticos, donde la idea de la “conducta pública adecuada”, en sentido positivo, es un criterio que resulta sospechoso para conceder ciudadanía: exigir ciudadanos virtuosos para ser sujetos del sufragio suele ser un criterio elitista y excluyente. Por otro lado, puede funcionar de una manera más razonable y tasada para negar ciudadanía por conductas concretas reprochables que resulten idóneas, útiles y necesarias para limitar los derechos políticos bajo el principio de proporcionalidad: todo aquel que ha realizado conductas lesivas que justifican la restricción a sus derechos políticos por afectar bienes jurídicos de la democracia electoral. La segunda acepción de la pureza en las urnas puede constituirse como fundamento de la rehabilitación política: la buena o mala conducta, la disciplina y lealtad a las reglas de corrección penitenciaria, la educación cultivada por el recluso, pueden ser datos y circuns-

tancias relevantes para construir el concepto del derecho a la rehabilitación política.

Hasta aquí el debate conceptual de por qué. Entraré ahora a la polémica de cómo se pueden suspender y rehabilitar derechos políticos por la pena de suspensión. Las claves de la respuesta las ofrece la ciencia jurídico-penal a partir del principio de estricta legalidad en los delitos que exige proporcionalidad en las penas para que no resulten excesivas, inusitadas o irracionales.

La pena de suspensión de los derechos políticos

¿Todo delito que merece prisión amerita suspensión de ciudadanía? Mi tesis es que no toda ofensa penal que merece prisión constituye en automático una causa que justifica de manera absoluta la restricción de la ciudadanía. El principio de la proporcionalidad de la pena, ante todo, exige que la suspensión de los derechos políticos por causa penal, temporal o definitiva, debe ser razonable, útil y adecuada respecto a la conducta a reprochar la naturaleza del bien jurídico a tutelar y la gravedad del daño o peligro afrontado.

En efecto, la restricción a la libertad personal (deambulatoria) por cualquier delito no implica la privación de la libertad política (votar, ser votado, asociarse y participar en política). No todo delito merece el castigo de la muerte civil. La exclusión del *demos* por razones injustificadas produce consecuencias injustas e irreparables que deterioran la cohesión e inclusión social, por lo que, si tomamos en serio los derechos políticos de los criminales, debemos aceptar que, por regla general, no es proporcional ni racional impedir que, en cualquier caso y por cualquier infracción, una persona declarada como responsable de un delito pueda votar o impedírsele participar en forma indefinida en el gobierno o la política. ¿O es razonable privar de la ciudadanía a alguien por un delito leve sólo porque merece prisión? ¿Qué peligro existe si vota el culpable de un delito culposo o doloso que no es relevante para poner en riesgo los principios

del sufragio? Es razonable que el médico que mata o lesiona culpablemente a su paciente pueda ser sancionado temporal o de forma definitiva con la suspensión de su profesión para retribuir el daño presente y prevenir el riesgo futuro; asimismo, resulta a primera vista aceptable que al conductor se le prive de su licencia por conducir de manera indebida. Pero la ciudadanía de ambos, en principio, no debe ser cancelada a menos que sus conductas delictuosas revelen una ofensa grave que merezca la exclusión de su libertad política. Me parece, por tanto, que la “privación general, categórica y absoluta” de los derechos políticos de los criminales pasa desapercibida, sobre todo, que el abuso y exceso de la prisión en un sistema penal acarrea resultados incompatibles con el principio de estricta legalidad que, por esencia y forma, rige a todos como el enemigo de la crueldad, el exceso y el abuso (La Torre, 2007: 86 y 87).

Hay, por tanto, causas justas y razones plausibles desde la perspectiva del sistema penal para oponer a la mayoría el triunfo de los derechos políticos de los presos conforme a la fórmula dworkiana, bajo ciertos límites y condiciones. El principio de estricta legalidad penal pone a prueba la concepción tradicional de la ciudadanía. La cuestión consiste en redefinir el concepto de ciudadanía: transitar de la categoría tradicional de “ciudadanía política”, que excluye sin excepción a los *lawbreakers*, a una concepción moderna de “ciudadanía universal”, basada en la dignidad humana (Ferrajoli, 2001a: 119) que puede servir, en ciertos casos, para ampliar los derechos políticos de los delincuentes cuyas conductas atribuibles no pongan en riesgo grave, real e inminente, a la democracia. Es una discusión de las normas que restringen la libertad política, que plantea de forma necesaria una toma de postura conceptual para adscribir o negar la categoría de la ciudadanía a las clases peligrosas. La filosofía política, en consecuencia, estará presente siempre en el debate para configurar un juicio de conceptualidad de los derechos políticos de los criminales. Me interesa describir los debates que se pueden reconstruir desde la ciencia jurídico-

penal, para negar la calidad de ciudadanía por la función preventiva y retributiva de la pena de prisión, a partir de las esferas de la libertad política.

**A) TRES CONCEPCIONES DE LA LIBERTAD POLÍTICA
DE LAS CLASES PELIGROSAS**

El debate de la suspensión de los derechos políticos por causa penal, suscita la discusión de tres concepciones con diferencias claras entre sí. En primer lugar, la tesis de la “libertad de los sospechosos” de un delito que plantea el problema de la “ciudadanía peligrosa” que tiene restringidos sus derechos de participación política en un sistema de gobierno, por la peligrosidad de un criminal. Es decir, la suspensión de los derechos políticos a todo delincuente se justifica por el solo hecho de merecer pena de prisión por el delito cometido. Esta concepción se articula a partir de una *libertad en sentido débil* que fundamenta el paradigma del “derecho penal de autor” (Liszt, 1994): limitar la libertad por la personalidad del sujeto, “castigar, no el acto, sino el autor”, lo cual, por tanto, rechazaría la posibilidad de que los responsables de un delito llevados a juicio pudieran participar en la política por el riesgo que representan para la sociedad. Es decir, el perfil del sospechoso justificaría, a propósito de las llamadas “clases peligrosas” (Ferrajoli, 1988: 783), la suspensión de la libertad política para participar en la “conformación de la voluntad del Estado” (Kelsen, 2002). Se trata, en consecuencia, de limitar el “cargo público representativo” a toda persona por lo que *es* (peligroso sujeto a proceso penal), mas no por lo que *hace* (delincuente declarado por sentencia irrevocable). Esta tesis, a mi juicio, estaría anclada en la “teoría criminológica” de Franz von Liszt (Gómez Martín, 2007: 80 y ss.), desarrollada, principalmente, por la escuela positivista de Lombroso, Ferri, Garófalo, Bettioli y Manzini, entre otros, que basan en el “peligro” el fundamento de la culpabilidad para justificar la necesidad de restringir la libertad de las personas: el sujeto peligroso debe quedar vinculado a la prisión ciudadana para asegurar la pureza

de la representación política. Así, el responsable de un delito no podría ejercer ningún derecho político porque puede dañar a las instituciones democráticas: el riesgo de que un delincuente llegue al poder (peli-grosidad electoral). La finalidad preventiva de la medida es clara: evitar que cualquier transgresor participe en el gobierno representativo. Es la concepción del sufragio como “función pública” sujeta a las finalidades preventivas que el Estado impone como política a los responsables de un delito: evitar que los criminales ejerzan funciones.

En cambio, la segunda postura implica la antítesis: la “libertad política de los ciudadanos”. Es decir, la *libertad en sentido fuerte* que se funda en el principio de culpabilidad del “derecho penal de acto” que significa castigar, no por lo que *es* una persona, sino por lo que *hace* como conducta en el ámbito penal relevante (Mezger, 1946; Welzel, 1956; Maurach, 1969; Roxin, 1999), lo cual merece un castigo útil, necesario y proporcional. La restricción de la libertad de participación política (votar, ser votado y asociación política) motivada por el proceso penal, estaría injustificada por la mera prisión, es decir, suspender los derechos políticos a un delincuente, por cualquier delito, equivaldría a situarse en la “democracia excluyente” (Morlino, 2005) que limita los derechos políticos a los “enemigos políticos molestos” (Morlok, 2004: 207). Por ello no es válido que el poder penal se utilice para sacar de la competencia política a determinados sujetos que son percibidos como “enemigos del Estado” (Carbonell y Ochoa Reza, 2008: XX). Se trataría de una posición liberal (prohibir sólo por lo que se *hace*) para asegurar el derecho fundamental de acceder, en condiciones de libertad e igualdad, sin restricciones ni distinciones indebidas, a las funciones y cargos públicos de la democracia representativa (Aguiar de Luque, 1984; García Roca, 1995, 1999 y 2000; Pulido Quecedo, 1992; Martín Núñez, 1996; Rallo Lombarte, 1997; Salazar, 1999). Expresado de manera diferente: el responsable de un delito que está en prisión²⁹ no merece

²⁹ El voto puede impedirse por un obstáculo material insuperable generado por la privación de la libertad de la persona: si no hay voto electrónico, por correo o

de manera automática la restricción de su ciudadanía, salvo que su conducta lesiva lo amerite.

Existiría, por último, una tercera alternativa: la “libertad política de los enemigos”, que sintetiza la *libertad en sentido dúctil*³⁰ y significaría, por un lado, reconocer la función de maleabilidad, fluidez y templanza del contenido de la garantía de la elección libre para afirmar que las libertades políticas, por regla general, no deben suspenderse por razones de peligrosidad penal, sino por certeza judicial de conducta grave, real e inminente. Es decir, de manera excepcional podría ser necesario y útil, previo procedimiento abreviado y contradictorio, restringir de manera temporal ciertos derechos de participación política a los delincuentes o enemigos de la democracia, por la gravedad de la conducta y las circunstancias del caso para garantizar la confianza y credibilidad en las instituciones republicanas. Se trata de la “ciudadanía enemiga” o los “no-ciudadanos” que ponen en riesgo a la democracia, a partir de la teoría de los traidores de la comunidad que deben ser eliminados por su especial *perversidad subjetiva* acreditada por su peligrosidad futura y su actitud de desobediencia a la norma que le niega el estatus de persona (Gómez Martín, 2007: 296 y ss.). Esta línea argumentativa propondría conciliar el contenido esencial de la presunción de inocencia con la prisión preventiva y la libertad política en sentido negativo: a nadie se le suspenderían sus derechos

casillas de votación en los centros de arraigo, detención o reclusión, la persona arraigada, detenida o reclusa no podrá sufragar el día de la jornada electoral. ¿Este dato justifica la privación del derecho político? No. El problema consistirá en la falta de garantías para facilitar el ejercicio del derecho fundamental, pero no es una cuestión de falta de fundamentación del derecho, sobre todo si tenemos clara la distinción entre derechos y garantías (Ferrajoli, 2001a).

³⁰ La tesis de la “ductibilidad de los textos constitucionales” (*diritto mite*) surge de la postura de huir de los dogmas universales e inmutables para convertir a las constituciones en textos abiertos, como plantea H. L. A. Hart, donde los diferentes valores, tanto homogéneos como heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía para reconstruir la coherencia del sistema jurídico. Es decir, el operador jurídico puede descomponer y deshilar todo concepto, valor o principio, excluyendo la rigidez y radicalidad de ciertas tesis conceptuales. Se apela, por tanto, al pluralismo jurídico para desarrollar una interpretación constitucional fluida (Zagrebelsky, 1999).

políticos sino por “conducta grave” que ponga en peligro real e inminente al funcionamiento del cargo público representativo, siempre que sea necesario evitar la probabilidad manifiesta de que llegue al poder una persona con un alto grado de reproche declarado por un juez: personas ligadas al terrorismo, el narcotráfico, la mafia, los delitos de lesa humanidad, por ejemplo, podrían, en ciertos contextos sociales y a partir de ciertas realidades nacionales, generar descrédito e inconfiabilidad en la representación política (utilitarismo-electoral), lo cual plantea desde el “derecho electoral del enemigo”, la justificación de las medidas temporales y estrictas de limitar la libertad política en casos de imperiosa necesidad para defender a la “democracia militante” (Loewenstein, 1937: 423 y ss.). Se reconocería, por tanto, que desde el plano constitucional se establecen principios contradictorios como la dicotomía inocencia-prisión: tratar con prisión al inocente sin condena es uno de los problemas que nunca se han cerrado, justo porque se detiene a un inocente (Hassmer, 1995: 105), pero, sobre todo, por la difícil justificación de la prisión provisional (Illuminati, 1979: 40). No obstante la inmoralidad de la detención previa, resultaría una necesidad del procedimiento que tiene que ser brevísima y sólo tolerable en delitos graves (Carrara, 1957 y 1978), lo cual da lugar al *trabajo sucio* que todo juez debe reconocer a la hora de aplicar la prisión preventiva (Andrés Ibañez, 1996: 44). Por tanto, existirán supuestos en que la naturaleza de la conducta, las circunstancias del caso y demás datos pertinentes, puedan servir de base utilitarista para hacer la ponderación en torno a la racionalidad de la suspensión de los derechos políticos del presunto delincuente o enemigo: sacrificar la libertad política por la tutela de la institución democrática. Se trata del postulado funcionalista, que sería una tesis *dúctil* ante todo: permitiría combinar, conciliar y equilibrar las razones de una y otra posturas radicales (positiva-liberal), donde la regla sería la no-suspensión de derechos políticos por causa penal, salvo excepciones concretas por graves conductas antidemocráticas que son intolerables.

Esta concepción se basaría en el “derecho penal del enemigo” (Jakobs, 1996), el cual parte de la base de justificar la culpabilidad en el funcionalismo: la pena como factor de cohesión del sistema político-social por su capacidad de restaurar la confianza colectiva, la estabilidad del ordenamiento y, por ende, lograr la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones. En consecuencia, los “enemigos del Estado” no tienen derecho a votar, a ser electos o a asociarse en un partido, si pesa sobre ellos la declaración judicial de “conducta precedente grave, real e inminente” que pretende socavar a la democracia.

Las tres concepciones que describo surgen de posiciones filosóficas, jurídicas y normativas diferentes que recorren la historia del pensamiento político. Constituyen, a mi juicio, el eje rector del debate que obliga a tomar posición para significar cualquier norma que permita la suspensión de derechos políticos a los sujetos peligrosos. Dicho de otra manera, explicar la validez de suspender la libertad política a las clases peligrosas exige ante todo un debate conceptual de la norma a aplicar: la peligrosidad, el liberalismo o el utilitarismo que expresan tres teorías penales como el causalismo, el finalismo y el funcionalismo, que sirven para explicar por qué, cuándo y cómo limitar la libertad de las personas que dañan bienes jurídicos tutelados. Conscientes de la teoría a adoptar, estaremos más claros y refinados a la hora de significar el problema mediante el auxilio de la constitucionalización de las ciencias jurídicas electoral y penal, con el objeto de sistematizar las diversas cuestiones a tratar para darle sentido y plenitud a la regla a operar, en el marco de los valores, principios y normas de la Constitución. El problema, por tanto, es encontrar la mejor forma de hacer coherente, a partir de los apoyos normativos, el sistema de suspensión de derechos políticos por causa penal.

En suma, existen tres criterios, a mi juicio, para entender el contenido esencial de la libertad política de una persona sometida a un juicio penal: la peligrosidad, el liberalismo y el funcionalismo. Cada uno de ellos es resultado de tres posturas de la teoría

penal —causalismo, finalismo y funcionalismo— que construyen la tricotomía conceptual de la libertad en sentido débil, fuerte y dúctil. La tesis causalista apela a la peligrosidad del individuo como criterio principal para restringir la libertad: el resultado de un daño debe ser imputable al sujeto, con independencia de su libre albedrío. Lo que importa es la causación de un daño, mas no la voluntad libre (*acción causal*). Ergo: toda persona que está sujeta a prisión representa un riesgo para la sociedad, por tanto, la suspensión de sus derechos políticos debe ser categórica y automática desde el momento en que de manera formal es un presunto delincuente. La libertad es casi inexistente: se trata a toda persona, independientemente del delito, con penas preventivas que limitan su libertad por su peligrosidad. La tesis finalista, por el contrario, sostiene que la libertad de las personas sólo debe restringirse por acciones libres que dañen en forma grave un bien jurídico, por lo que a un sujeto no se le puede reprochar por su sola peligrosidad, sino por su libertad de hacer con voluntad el hecho (*acción finalista*). La libertad es fuerte, como toda persona sólo responde por sus actos libres y en función de la gravedad de la conducta, no es razonable imponer restricciones ciudadanas por hechos que no causan un daño grave a la democracia. La tesis funcionalista, por último, operaría para justificar el concepto del enemigo que debe eliminarse del sistema social, porque su conducta grave pone en riesgo la existencia del Estado. En este caso, la presunción de inocencia es dúctil; la norma quebrantada justifica, en ciertos casos graves, que una persona sea sujeto de penas preventivas, como la suspensión de sus derechos ciudadanos, por el riesgo que representa su conducta precedente a ciertos bienes esenciales para una sociedad democrática: restringir la libertad para eliminar o neutralizar los peligros futuros que representa un enemigo que debe ser tratado con prevención por su conducta, la cual expresa un riesgo letal a la norma y a la sociedad (*acción funcionalista*).

B) LAS TRES ESFERAS DE LA LIBERTAD POLÍTICA

A partir de estas tres concepciones de la libertad, existen tres esferas de la libertad política por la variedad de los diversos sistemas jurídicos de cada país para explicar la suspensión de los derechos políticos en una democracia. En primer lugar, la *zona de generalidad* que resume la fórmula de la prisión = pérdida de ciudadanía de manera automática. Dicho de otra manera, los sistemas penales contemporáneos³¹ establecen, casi siempre, que la prisión definitiva trae aparejada la privación de los derechos políticos durante todo el tiempo que dura la condena (García Roca, 1999: 199). La diferencia excepcional está en la naturaleza autónoma de la pena de suspensión de derechos políticos: la restricción del sufragio por la comisión de un delito, por ejemplo, debe individualizarse conforme a la gravedad de la conducta y las circunstancias del caso; es decir, no es general ni automática la restricción a la libertad política porque requiere de una sentencia que la imponga dentro de un límite mínimo y uno máximo, con independencia de la pena de prisión y sólo para ciertos delitos establecidos con anterioridad, como en el caso *Costa Rica* (Sobrado González, 2007: 2 y ss.), de manera reciente en Panamá³² y, antes, en Canadá, por citar algunos casos. La

³¹ Para el caso europeo, el análisis realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia *Hirst vs. United Kingdom* (2005), es ejemplificativa de los diferentes grados restrictivos o flexibles que puede ensayar cada legislador nacional (véase §26 y ss.). La opinión 306/2004 de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, por otra parte, aborda también el tema en sus diferentes reportes sobre “restricciones del derecho a votar” (acceso en red <http://www.venice.coe.int>). En el caso de América Latina se recomienda el estudio comparativo que, por país, se hace en forma descriptiva respecto del sufragio activo y pasivo (Aragón Reyes, 1998: 109 y 110). Existe, por lo demás, una investigación exhaustiva para el sistema legislativo estadounidense (Conn, 2005), el cual se muestra como el caso típico de la democracia que limita indebidamente la calidad de ciudadano tanto al condenado como al rehabilitado (*ex-felons*). Es, para gran parte de la doctrina estadounidense, una de las mayores injusticias que evitan la reinserción social de los grupos vulnerables (negros, latinos, etcétera), porque no permite que un número considerable de ciudadanos puedan votar cuando han cumplido su condena (Hull, 2006: 12 y ss.).

³² Para elegir presidente, alcaldes y diputados en la elección de Panamá (2009) se permitió por primera vez el voto de presos con condena. En Ecuador también se permitió a partir de ese año, pero sólo a los detenidos sin condena.

libertad política del violador de la ley se define, por tanto, por el castigo penal: merece prisión, ergo, privación de la categoría de su ciudadanía. El problema radica en que no todo castigo penal merece en forma absoluta la pérdida de la ciudadanía: la individualización de la prisión no equivale de manera proporcional y necesaria a la suspensión de los derechos políticos. O acaso ¿tiene justificación perder la ciudadanía al estar en la cárcel por un delito culposo? En principio no encuentro un buen argumento y, por ende, resulta aceptable poner en tela de juicio un sistema normativo que por cualquier delito impone la pérdida de la ciudadanía. *Prima facie*, por tanto, parece poco o nada razonable la imposición de las penas de la pérdida de la ciudadanía por sufrir la prisión, más aún, de seguir con una cadena perpetua de la ciudadanía aunque se cumpla la condena. Son penas, me parece, diferentes, las cuales responden a justificaciones distintas y que, en consecuencia, merecen tratamientos y soluciones distintos. Este es mi punto de partida. El punto de llegada radica en deliberar la concepción de libertad política que se tenga que adoptar en una ley o en su interpretación para ampliar o limitar los derechos políticos en función de los criterios de peligrosidad, lesividad o utilidad que corresponden, respectivamente, a tres formas de justificar la restricción de la libertad del responsable de un delito bajo el modelo del “derecho electoral de autor, de acto o del enemigo” que aquí he apuntado.

Una segunda esfera de la libertad política que puede encontrarse en las legislaciones nacionales, implica una *zona de instrumentalidad* que tiene una mayor o menor intensidad, según la concepción de libertad que se articula para tratar al responsable de un delito como un no-ciudadano: la forma en que la ley trata al sujeto a quien pretende limitar los derechos políticos por causa penal. Son, por lo menos, cinco estatus que se pueden describir. El primero es el “sujeto investigado o indiciado” que es objeto de restricciones temporales o precautorias a su libertad personal (arraigo, intervención de comunicaciones, detenciones urgentes, etcétera), que por sí solas no plantean en la ley la restricción a

la libertad política, salvo algunos casos de desafuero. Esto es, la detención o privación de libertades en la fase de investigación del delito no consideran la privación de los derechos políticos, sólo impedimentos materiales para ejercerlos. En segundo lugar, la calidad de procesado comienza a tener un diferente trato: el que está prófugo de la justicia o el que está sujeto a prisión preventiva puede ser objeto, como medida precautoria, de la restricción de su libertad política durante el tiempo que dure el juicio dentro de sus plazos razonables. La calidad de condenado, por otra parte, es otro momento procesal que puede dar lugar, según la instancia en que se encuentre, a la pérdida de sus derechos políticos por la imposición accesoria o autónoma de dicha pena con relación a la prisión. El carácter de reo que puede dar lugar a la imposición de penas alternativas a la prisión, en sede judicial o fase de ejecución de la pena, también trae aparejados problemas de tratamiento en función de la accesoriedad de la pena de privación de derechos políticos: si alguien merece prisión pero es sustituida por una multa o un trabajo en favor de la comunidad, se plantea entonces la cuestión de dejar insubsistente la privación de la libertad política o darle un trato de pena autónoma que pudiera también ser sustituida por otra en función del principio de resocialización o reinserción social. Por último, el estatus de rehabilitado de una pena plantea la cuestión de determinar, en forma perpetua o no, la suspensión de derechos políticos por tener antecedentes penales, aunque se hayan compurgado. En estas calidades, la concepción que se tenga de la libertad será fundamental para adscribir la categoría de ciudadanía en sentido débil, fuerte o dúctil.

El tercer enfoque deviene de una *zona de especificidad*: en el caso *Ždanoka vs. Latvia* (2006), resuelto por el Tribunal Europeo, se argumenta que el sufragio, tanto en su vertiente activa como pasiva, es diferente y, por tanto, exige mayor tutela el segundo frente al primero, por lo que representa ejercer una función de un cargo representativo. Pues bien, cada uno de los derechos políticos son diferentes (votar, ser votado, asociación y

afiliación partidista, participación ciudadana, etcétera); por tanto, requiere tutelas comunes, pero también diferenciadas según su objeto y alcance individual. Esta esfera particular plantea la manera distinta de cómo se resuelve la garantía de cada uno de estos derechos políticos, según el modelo electoral, el sistema de partidos y la justiciabilidad de estos temas. Por ejemplo: en países latinoamericanos es común encontrar, por su historia presidencialista, restricciones al sufragio en función de actos criminales en contra de dictadores, golpistas o disidentes del régimen. En Europa, en cambio, el régimen de suspensión de derechos políticos es más conflictivo en su vertiente de la asociación y filiación partidista, y a la hora de constituir y defender los actos de partidos con conductas antidemocráticas, lo cual genera el problema de la disolución de partidos ilegales que luego presentan limitaciones del derecho a ser electo cuando existe una relación o vinculación a esos actos partidistas prohibidos. No hay, por otro lado, tantos conflictos respecto al voto de los presuntos criminales, porque en la mayoría de los países se exige una sentencia definitiva, lo cual no es exigible cuando se juzgan derechos políticos de partidos ilegales. En suma, la especificidad de cada derecho político y su operatividad en el sistema electoral y de partidos, plantea una esfera de libertad política diferenciada por la naturaleza de los derechos, el contexto y el modelo electoral.

Cada una de estas esferas presenta problemas y respuestas diferentes. Pero se puede construir un modelo más o menos coherente en la medida en que los principios en materia penal-electoral operen a la hora de diseñar y aplicar la pena de suspensión de derechos políticos a partir de un sistema concreto, específico y justificado.

**C) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD
DE LA PENA DE SUSPENSIÓN**

Luigi Ferrajoli, en su libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, defiende el pensamiento del utilitarismo jurídico

ilustrado para afirmar que la inmoralidad puede ser considerada como condición necesaria, pero nunca por sí sola como suficiente, para justificar la intervención del Estado en la vida de las personas, para lo cual sintetiza, a partir de esta ética liberal que desarrolla H. L. A. Hart, una serie de principios (necesariedad, lesividad y bien jurídico) que deben tomarse en cuenta para determinar cuándo es inaceptable prohibir penalmente una conducta (Hart, 1998: 218-225). Las prohibiciones penales, afirma Ferrajoli, no deben tener una connotación moral o natural por sí solas, con ello se pronuncia por una *ética de la legislación* basada en el principio liberal de la separación del derecho-moral.

El principio de utilidad penal es idóneo para limitar la esfera de las prohibiciones penales, porque “sólo las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros” pueden estar justificadas, de tal manera que están vetados para sancionar los “comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso, peligrosos”. Esta idea recoge el primer principio, el de necesidad, que debe tomarse en cuenta a la hora de calificar una prohibición penal de un acto inmoral, porque “las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia” (Ferrajoli, 1998: 464-466). Por tanto, si sólo deben ser punibles los actos que de forma necesaria merezcan ser reprimidos por el Derecho Penal bajo esta idea de utilitarismo jurídico, Ferrajoli llega a la conclusión de que esa absoluta necesidad se justifica por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, pero esta idea ya elaborada por Hart es insuficiente para determinar con precisión la naturaleza y cuantía del daño que hace necesaria la prohibición penal, con lo cual Ferrajoli plantea la necesidad del principio del bien jurídico para determinar qué es lo que puede o no castigarse.

Una vez que apunta los tres principios, Ferrajoli reflexiona en cuatro criterios a examinar: 1) si las prohibiciones deben tutelar un

bien cualquiera para no quedar sin justificación moral y política; 2) si un ordenamiento ofrece la garantía de lesividad, es decir, si las prohibiciones legales no son legítimas de manera jurídica, si no se produce un ataque a un bien; 3) qué bienes o no bienes tutelan las leyes penales; y 4) qué bienes o no bienes son atacados por los comportamientos que ellas prohíben. Estas cuatro cuestiones las analiza Ferrajoli para marcar algunos criterios y responder a la pregunta de cuándo es legítimo prohibir un acto inmoral. Así, señala que la prohibición penal sólo se puede justificar cuando son dirigidas a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque tanto el daño causado al bien tutelado como el riesgo corrido, siempre que se trate de un daño o peligro, verificable o evaluable de manera empírica, partiendo de las características de cada comportamiento prohibido concreto, y no considerado en abstracto. Por ello, la doctrina garantista afirma que “ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena”, de tal manera que la esfera de los “intereses tutelables es tanto más amplia cuanto menor es el coste de la pena”. Esta idea se complementa con el criterio de idoneidad que afirma que “las prohibiciones penales no sólo deben estar dirigidas a la tutela de bienes jurídicos, deben ser idóneas”, esto es, si la prohibición no es eficaz para resolver la finalidad del castigo, es en absoluto innecesaria prohibirla por la vía penal por su inutilidad. Para finalizar, estos criterios tienen su justificación sólo cuando es “subsidiaria de una política penal de protección de los mismos bienes”, porque si los males pueden ser evitados por otros instrumentos protectores es preferible acudir a ellos, en lugar de la prohibición penal como sanción más drástica a la libertad. La segunda cuestión plantea la reflexión de la garantía de la lesividad: la concreción del daño o peligro ocasionado por la conducta inmoral, y para ello Ferrajoli sostiene que no hay prohibición penal sin bien jurídico, de tal manera que las ofensas abstractas son injustificables, como la

moralidad pública, porque sólo aquellos bienes cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas en carne y hueso, son justificables punir, con lo cual rechaza la idea de prohibir los llamados delitos *contra natura* porque se sanciona más lo que es la persona que lo que hace (*cfr.* Ferrajoli, 1998: 470-479).

Estas ideas se complementan con lo que Luigi Ferrajoli llama “el valor garantista del principio de regulatividad y de la consiguiente prohibición de las leyes penales constitutivas”, porque sólo es legítimo castigar a las personas por lo que hacen, no por lo que son, y sólo en cuanto a sus acciones, no su distinta personalidad, porque se viola el principio de igual trato. La dignidad humana presupone, para Ferrajoli, la idea de que se respete a la persona, sea quien sea y tenga las preferencias morales que tenga, por lo que sólo son exigibles los modos de actuar y no los de ser; a una persona que sea o llegue a ser distinta de como es, se le debe tolerar y respetar por lo que es y no por lo que queremos que sea moralmente (Ferrajoli, 1988: 504 y ss.). Por ello, toda conducta inmoral, por más peligrosa o repugnante que sea, no es en absoluto necesario castigarla porque no hay conducta a prohibir, sino peligro a evitar, de forma que la mera especulación y valoración de lo que la moral reprueba de esa conducta es insuficiente para legitimar una prohibición penal. Estos principios encuentran un desarrollo dogmático en la teoría del delito, del bien jurídico y de la pena, pero basta con estas ideas generales para desarrollar nuestra postura enseñada.

Dicho esto, ¿cómo operan estos principios en la pena de suspensión de derechos políticos? Hay dos criterios a ponderar: en primer lugar, no toda conducta delictuosa que merezca prisión justifica una pena de suspensión. ¿Por qué? Debe analizarse, primero si la conducta a juzgar vulnera en forma grave un bien jurídico relevante a tutelar por el derecho violado (sufragio), de tal suerte que la pena de restricción de ciudadanía resulte necesaria, idónea y útil para sancionar la conducta lesiva a la democracia. Si lo es, la pena no puede ser fija ni categórica: la ley debe establecer un mínimo y un máximo de duración para evitar

que sea excesiva o desproporcional. Por otro lado, si la conducta delictuosa merece suspensión de derechos políticos, el juez tiene que individualizarla en forma concreta: imponer la pena de ciudadanía con los datos relevantes que permitan reprochar el grado de culpabilidad y de lesión jurídica que justifique la duración de la suspensión de los derechos políticos. No se respeta la exacta aplicación de la ley penal si la pena de suspensión se impone en forma general, abstracta y automática a la prisión, por la sencilla razón de que se está privando un derecho fundamental sin justificación concreta y específica.

En definitiva, con estas bases teóricas, comentaré los puntos que me parecen claves del caso Hernández.

IV. El debate del caso Hernández

Una persona condenada a prisión por un delito doloso obtuvo, por su buen comportamiento y después de unos años de cumplir la pena en cárcel, el beneficio judicial de prelibertad bajo la modalidad de presentación semanal en el centro de readaptación social. En tal condición, la persona sentenciada tramitó su credencial de elector, la cual le fue negada en razón de la suspensión de sus derechos políticos por la sentencia penal dictada en su contra. Dicha persona acudió ante el TEPJF para pedir la restitución de su ciudadanía en virtud del beneficio penal concedido, el cual le permitía disfrutar de su libertad como parte de su proceso de reinserción social mientras la pena de prisión impuesta se extinguía por el tiempo faltante. La causa de pedir del justiciable, por tanto, planteó al juez electoral la pregunta siguiente: ¿la concesión del beneficio de prelibertad para sustituir la pena de prisión es razón suficiente para que se rehabiliten los derechos políticos del sentenciado? El Instituto Federal Electoral (IFE) dijo que no. La respuesta del TEPJF, por el contrario, resolvió que sí había lugar para levantar la suspensión de la ciudadanía.

Es un caso relevante, ya que se trata de un precedente judicial directivo (*leading case*) que orienta líneas fundamentales para el debate del derecho a la rehabilitación de la ciudadanía por seis razones:

1. Fue la primera vez que el TEPJF se pronunció sobre la restitución de la ciudadanía por causa de reinserción social.
2. No es un asunto trivial delimitar este derecho porque es parte de los límites del sufragio como fundamento de la democracia.
3. Es un precedente que apunta las primeras pinceladas para construir el derecho a la rehabilitación política.
4. La regla del criterio fijado impacta de manera relevante tanto en la forma en que el IFE opera en estos casos las bajas y altas del registro de los electores a las personas sentenciadas por un delito, como en la vida cotidiana que afecta al ciudadano por la falta de su credencial de elector como elemento necesario para ejercer su derecho a la identidad en la realidad mexicana que no cuenta con la figura del Documento Nacional de Identidad (DNI).
5. Es un precedente, por lo demás, que permite discutir las diferentes concepciones filosóficas y jurídicas para justificar tanto la suspensión como la rehabilitación de la ciudadanía a los delincuentes.
6. Es un criterio *pro derechos políticos* que puede servir para el debate de este tema en el marco del derecho de casos comparados.

El caso Hernández presenta también deficiencias e insuficiencias a la hora de construir las bases conceptuales para resolver con mayor claridad los problemas de la suspensión y la rehabilitación electoral. Me parece que el TEPJF, ante todo, debió abundar —el caso lo permitía— en una serie de consideraciones directivas que consolidaran los principios y reglas de la

suspensión y rehabilitación de los derechos políticos. Trataré de apuntarlas aquí, sobre todo por las aporías y lagunas del sistema normativo que el juez debió resolver y suplir, conforme al marco conceptual que he descrito en los apartados anteriores.

La suspensión de la libertad política por prisión definitiva

En el caso Hernández, el TEPJF dio por sentada la suspensión de los derechos políticos a partir del modelo general, categórico y causalista. En efecto, en el fallo se describe en forma abstracta el sistema de penas de suspensión de derechos políticos que prevé la ley penal aplicable. Afirma que en el caso operó la suspensión por ministerio de ley, como pena accesoria a la prisión. Es decir, el sujeto está en prisión, por tanto merece suspensión en forma accesoria. Sin embargo, esta forma de examinar la cuestión me parece deficiente por dos razones:

1. Una cuestión formal. Si la sentencia penal ni siquiera impuso de manera específica ni concreta la pena de suspensión de derechos políticos, es claro que no había pena aplicada. El principio de estricta legalidad penal exige, sin duda, que todas las penas se impongan de manera concreta. Por ejemplo: la ley penal puede decir que por tal conducta se merece tal pena, pero si el juez no la impone de manera expresa, no hay pena impuesta. Ese es el alcance de la exacta aplicación de la ley penal. El legislador y el juez se pueden equivocar a la hora de establecer en la ley una pena o al individualizarla en la sentencia, pero las omisiones de ambos son insuficientes para tener por impuesta una pena que no esté ni siquiera mencionada, sea en la ley o en la sentencia. El TEPJF, por tanto, substituyó de manera indebida al juez penal y tuvo por impuesta una pena que correspondía sólo a la autoridad penal. La sentencia y la prisión definitivas no daban lugar a la imposición de la pena de suspensión en forma automática, sencillamente porque es obligación del juez penal imponerlas por un principio básico de legalidad: fundamentación y motiva-

ción del acto privativo de libertad. Esta cuestión, esencial en el derecho penal, a mi parecer, era un asunto de previo y especial pronunciamiento: si pretendía rehabilitar los derechos políticos, el TEPJF tenía que examinar si la pena de suspensión estaba impuesta de forma expresa. Sostener la privación accesoria de los derechos políticos por ministerio de ley, fue una forma inadecuada de examinar el tema.

2. Una cuestión sustancial. Si el TEPJF hubiera constatado que el juez penal impuso de manera expresa la suspensión de derechos políticos como pena, el siguiente paso de análisis consistía en una revisión de la estricta legalidad y proporcionalidad de la pena de suspensión de la ciudadanía. En efecto, el juez electoral se tenía que preguntar, tanto en el plano abstracto como en el concreto, si la conducta delictuosa merecía o no la suspensión de derechos políticos. Esta cuestión pasó inadvertida, no obstante que en el caso Pedraza (2007) el TEPJF comenzó a examinar de manera velada este tipo de cuestiones de proporcionalidad de la suspensión de derechos políticos, de acuerdo con la naturaleza del delito y a las circunstancias del caso. Por tanto, resulta imperativo, conforme al principio de estricta legalidad, que una pena deba ser proporcional a la conducta; luego, si la conducta constitutiva de delito es de manera notoria irrelevante para suspender la libertad política porque resulta una pena inútil, innecesaria e irracional, el juez electoral debió examinar esta cuestión. Al no hacerlo, da por hecho una restricción de derechos políticos que notoriamente es inconstitucional, o acaso, ¿la prisión por el delito de conducción en estado indebido justifica la restricción de su ciudadanía política? Mi respuesta es no, ese tipo de conducta, leída en forma abstracta, no es suficiente para suspender derechos políticos. Más aún, si la prisión es el fundamento de la suspensión, de igual forma es un argumento insuficiente y deficiente. La prisión puede ser un obstáculo material insuperable para ejercer los derechos políticos, si alguien está en la cárcel no puede ir al centro de votación ni hacer campaña en igualdad de armas, pero no es un hecho suficiente para negar

su fundamento: si hay garantías, el preso puede votar por correo o en el mismo centro de reclusión con urnas electrónicas, o bien, hacer campaña desde la cárcel si se le ofrecen garantías de comunicación política con la ciudadanía por medios que le permitan difundir su propuesta electoral. La falta de garantías para ejercer un derecho como el sufragio de los reclusos, no es motivo justificado para negar el derecho fundamental, si al cabo no hay razones suficientes para limitar el derecho, tal como afirma la doctrina garantista.

En suma, el TEPJF en el caso Hernández no empleó un “test concreto, específico y proporcional” para constatar la suspensión de los derechos políticos que exige la Constitución en todo acto de molestia o privación de derechos, lo cual hizo que errara en la forma de abordar y resolver el problema. En mi concepto, no había necesidad de rehabilitar los derechos ciudadanos por la concesión de un beneficio sustitutivo de la prisión, en virtud de que en el caso, en realidad no se había impuesto por el juez penal una pena de suspensión de derechos políticos por su falta de individualización e imposición concretas, razón suficiente para reparar la violación de la baja del padrón de electores porque el Instituto Federal Electoral (IFE) dio por suspendidos los derechos políticos sin tener una sentencia que la impusiera de manera expresa. Incluso cuando se hubiera impuesto la pena de suspensión por el juez penal, operaría la “deferencia del derecho del voto” en el sentido de que si no es un delito que merece la restricción del sufragio, en principio, toda persona debe seguir contando con su derecho a decidir a sus representantes, no obstante que esté procesada o condenada por un delito, en prisión o en libertad, en todo caso, el impedimento material de poder votar obligaría al juez electoral, si es posible, útil y necesario, a elaborar una técnica garantista para salvaguardar el voto: tendría que ordenar, para el caso concreto, prestaciones positivas que facilitarían el ejercicio del sufragio, pero no negar el derecho a ser ciudadano activo, salvo que el impedimento material (la prisión) resulte imposible de vencer o remover en forma eficaz y

adecuada por tener costes inaceptables para el sistema electoral. La posibilidad de votar, por tanto, sería un evento inviable en la realidad, pero no por la constitucionalidad.

Régimen de prelibertad y resocialización

Este punto es el más relevante para la configuración del derecho a la rehabilitación de los derechos políticos. El TEPJF sostuvo que la concesión del régimen de prelibertad, consistente en la presentación semanal del sentenciado en el centro de reclusión, era un motivo suficiente para levantar la suspensión de derechos políticos y rehabilitar su condición de ciudadanía mientras gozaba del régimen sustitutivo de la pena de prisión. La razón de fondo fue la readaptación social, si este tipo de medidas sustitutivas de prisión tienen por objeto reinsertar de nuevo al sentenciado a la sociedad a partir del trabajo, educación y disciplina mostrados mientras cumplaba la pena de prisión, es razonable rehabilitar su ciudadanía para facilitar este proceso de reincorporación civil.

El test de resocialización que el Tribunal Electoral hace para rehabilitar derechos políticos, me parece correcto, en el fondo, para los casos futuros, con independencia de lo antes dicho. Primero, porque el juez electoral realizó un escrutinio específico: examinó las circunstancias relevantes que permiten analizar la mayor o menor posibilidad del sentenciado de reincorporarse a la sociedad, sobre la base de conductas precedentes basadas en el trabajo, educación y disciplina penitenciaria, criterios que la Constitución acepta para juzgar la readaptación social a partir de la resocialización y no de su peligrosidad. Segundo, porque construyó la idea de la “rehabilitación provisional por sustitutivo penal”: si a un sentenciado se le concede un beneficio que le permite reincorporarse a la sociedad y ponerlo a prueba mientras corre el tiempo de su condena de prisión, también tiene derecho a que durante ese periodo esté reintegrado con calidad de ciudadano como base principal del proceso de inserción social.

Si se sujetará de nuevo a las leyes, debe tener el mismo derecho a ser tratado como los demás, para facilitar el proceso de reincorporación al pacto social, hay que darle recursos al condenado para que sea un miembro más en la sociedad; el derecho a decidir es el primer elemento que permite su autodeterminación libre y responsable. El criterio del TEPJF resulta relevante porque, justo, el fundamento de toda rehabilitación debe ser el principio de resocialización: si el violador a la ley ofrece garantías de confianza por su conducta precedente, hay razón suficiente para no negarle la categoría de la ciudadanía que requiere para ejercer sus derechos a fin de participar en la conformación de la representación política.

El test de la rehabilitación: general y autónoma

Otra de las razones que el Tribunal Electoral expresa para rehabilitar el derecho del sentenciado, constituye la falta de reclusión. En efecto, la línea argumentativa del caso Hernández es congruente con el modelo general, abstracto, causalista y categórico de la suspensión de derechos políticos: si la prisión justifica la suspensión, la falta de prisión motiva la rehabilitación. Este argumento resulta inconsistente, porque en realidad la prisión no es el fundamento de la suspensión, ni la falta de reclusión es la base de la rehabilitación.

La prisión es el castigo por la responsabilidad de la conducta delictiva. Pero como he tratado de justificar en líneas anteriores, la prisión no es el fundamento de la suspensión de derechos políticos. La conducta lesiva a la democracia, en todo caso, es la causa que justifica la pena de suspensión de la ciudadanía. Entonces, si el TEPJF justifica la rehabilitación con base en la falta de prisión, en realidad está pasando desapercibido el principio de proporcionalidad de las penas. Puede suceder, por ejemplo, que a alguien se le conceda un sustitutivo de prisión gracias a su buen proceso de readaptación social, pero siga recluso porque no tiene dinero para pagar la multa que necesita

exhibir para gozar del beneficio. El hecho de estar preso, por supuesto, dificulta el ejercicio del derecho del sufragio, pero no funda su restricción. En todo caso, existiría una aporía: la falta de garantías para que el preso pueda ejercer el sufragio, pero dicha omisión estatal no puede ser constitutiva de la restricción de la ciudadanía, porque la prisión es insuficiente para restringir derechos políticos por sí sola, en tanto que no es el fundamento de la pena de suspensión, sino sólo una de sus posibles condiciones.

El argumento de la prisión, por tanto, es insuficiente para justificar la suspensión y la rehabilitación de los derechos políticos. Los principios de lesividad y resocialización son los criterios más pertinentes para resolver estos problemas, a partir de la estricta legalidad penal y proporcionalidad de las penas. Este error en el fundamento es similar al que el TEPJF desarrolló en el caso Pedraza (2007), al sostener que es la presunción de inocencia, con el hecho de estar en libertad, lo que permite justificar la no suspensión de voto a una persona en libertad bajo caución; aunque, a mi juicio, es más correcto argumentar el “test de la proporcionalidad de la conducta a juzgar” como objeto del límite a los derechos políticos, porque al cabo las medidas cautelares o definitivas deben ser útiles y necesarias para salvaguardar los principios que gobiernan el sufragio (véase García Manrique, 2009). Es importante este apunte de corrección en la argumentación, pues para casos futuros, al TEPJF se le podría presentar la cuestión de: si el hecho de la prisión, por sí mismo, es suficiente para negar la ciudadanía política por no poder pagar la fianza para gozar de la libertad bajo caución o el sustitutivo penal, lo cual sería una forma censitaria de negar el voto, como he dicho en párrafos anteriores.

La fuerza de los casos comparados

Por último, en el caso Hernández el TEPJF cita, para reforzar su fallo, un conjunto de casos comparados relacionados con

la suspensión de derechos políticos por razones penales. Esta práctica, en general aceptada en el ámbito internacional, no es común en los jueces mexicanos que denotan, por regla general, un total desconocimiento y, por ende, desprecio por el derecho comparado. El “canon del precedente comparado”, que emplea con regularidad el TEPJF en sus sentencias, revela una tendencia internacionalista, actual, vanguardista y moderna de los jueces contemporáneos que pretenden reconstruir un diálogo comparativista con jueces de varios países, con el objeto de reafirmar un derecho constitucional en común a partir de una herencia de cultura jurídica que se puede integrar para el sistema americano (Häberle y Kotzur, 2003: 18 y ss.). Esto permite sistematizar una serie de principios aceptados en una determinada región para recuperar, crear y fortalecer, una tradición constitucional virtuosa que consolide un derecho en común (Pérez Luño, 1995: 165). Que los jueces electorales mexicanos pretendan tender puentes de diálogo con sus pares en un contexto internacional, es digno de destacar como una tendencia positiva para avanzar en el *ius commune americanum*.

El “método del caso comparado” requiere una aplicación con mayor rigor. El precedente comparado exige una metodología adecuada que permita aproximarnos de manera escalonada para entender con mayor precisión el contexto normativo, la Jurisprudencia y la doctrina comparadas (De la Sierra, 2004: 118). No se trata nada más de citar en forma general algunos casos y líneas argumentativas que pueden llegar a ser, incluso, hasta contradictorias con el sentido del fallo. Me parece que, por un lado, los casos comparados citados por el TEPJF que son relevantes desde la perspectiva de la suspensión de los derechos políticos, en realidad no se trataban de casos de rehabilitación del derecho de sufragio, sino de cómo se tiene que hacer el test de la suspensión de derechos políticos. En la mayoría de los casos que cita el TEPJF se apuesta por el modelo específico, concreto y ponderado que exige que la suspensión de los derechos políticos no sea general, categórica e indiscriminada. Por lo anterior,

el Tribunal no sigue en realidad estas líneas argumentativas, al contrario, tuvo por justificada la pena de suspensión de la ciudadanía con base en un modelo causalista que, de manera general y abstracta, aplica la suspensión de los derechos políticos por la prisión. En tal sentido, si el TEPJF se apoya en precedentes comparados cuyas líneas argumentativas no se asumen en lo fundamental, pierde, en consecuencia, coherencia y congruencia su fallo, pues si en realidad se hubiera aceptado el criterio comparado, la forma de resolver el asunto pudiera haber tenido otras razones, como: no tener por restringidos los derechos políticos por la falta de imposición de la pena de suspensión de la ciudadanía, que requiere un escrutinio judicial concreto, específico y proporcional, tal como demandan los precedentes internacionales que se mencionaron en la sentencia. En consecuencia, el TEPJF tenía que haber sido más cuidadoso en la cita de sus casos comparados, sobre todo porque debió seleccionar sentencias referidas a la rehabilitación de los derechos, como los casos: *O'Brien vs. Skinner* (1974) o *Richardson vs. Ramírez* (1974), en los cuales, por la cláusula de igualdad, se permitió el derecho al voto a unos condenados por sentencia, para ejercer un procedimiento de voto en ausencia que les posibilitara efectuar su sufragio, como también se discutió el derecho al voto de algunas personas que cometieron crímenes graves, pero que ya habían cumplido su sentencia (véase Ewald, 2009).

En conclusión, la fuerza del precedente comparado tiene que ser un poco más exigente a la hora de dialogar con las líneas argumentativas de otros tribunales, pero deben referirse a casos similares y, por supuesto, seguirse hasta las últimas consecuencias los criterios internacionales en que se pretende apoyar el sentido del fallo, a menos que se razone de manera más fina y detallada en cuál parte sí y en cuál no se sigue el precedente internacional, apoyándose en la medida de lo posible del contexto normativo y doctrina relevantes para significar el antecedente en el ámbito jurídico nacional por aplicar.

V. Una aproximación: ¿se puede configurar el derecho a la rehabilitación política?

El caso Hernández constituye una primera aproximación judicial a la construcción del derecho fundamental a la rehabilitación de los derechos políticos por reinserción social. Permite entender por qué, cuándo y cómo es válido rehabilitar la ciudadanía si se ha perdido por una sentencia penal que impone una pena privativa de la libertad. Pero, sobre todo posibilita reflexionar una metodología adecuada para analizar los casos de suspensión y rehabilitación política.

En efecto, toda persona suspendida en sus derechos ciudadanos por causa penal tiene derecho a rehabilitarlos: a volver a ser ciudadano. La suspensión de derechos políticos no es de por vida. Los grilletes a la ciudadanía, por tanto, no pueden constituir cadenas perpetuas a la libertad política. El principio de resocialización permite justificar el derecho de las personas a tener una nueva oportunidad para ser parte del pacto social que violaron. El contenido esencial de este derecho a la rehabilitación política consiste en la oportunidad que debe tener toda persona sentenciada a reinsertarse en la sociedad, a través de conductas de trabajo, educación y disciplina que revelen de manera razonable que la causa justificante de la suspensión de derechos de la ciudadanía no es necesaria, útil e idónea para mantener a una persona que no representa, por su reinserción social, un riesgo real e inminente a los bienes jurídicos tutelados por la democracia electoral.

En el caso Hernández, con independencia de que mi opinión es que no había suspensión de derechos políticos por la falta de imposición expresa de la pena de suspensión de ciudadanía por parte del juez penal, lo cierto es que denotaría, en el fondo, un supuesto de procedencia de rehabilitación si cuando a una persona, sentenciada a prisión y condenada a la suspensión de sus derechos políticos, se le concede un sustitutivo penal con

base en sus conductas resocializadoras, de tal manera que aun cuando la pena de prisión no esté extinguida, el sentenciado beneficiado tiene derecho a rehabilitar su libertad política mientras disfruta de ese beneficio penal que le permite prepararse para la reinserción social. La metodología de análisis que emplea el TEPJF no es la más idónea conforme a un modelo de privación de ciudadanía específico, concreto y funcional. La pena de suspensión de derechos políticos, por el principio de estricta legalidad penal, no puede ser decretada de manera abstracta y categórica por ministerio de ley, a menos de validar penas indiscriminadas y desproporcionales a las conductas lesivas que son el fundamento de la suspensión de derechos políticos. En consecuencia, tanto la suspensión, como la rehabilitación de la ciudadanía tienen que ser específicas e individualizadas, ponderadas en cada caso concreto y por cada derecho político: el juez no puede declarar la suspensión para todos los derechos políticos sin tener clara la relevancia de las circunstancias del caso que pueden ser conducentes para limitar el derecho a ser votado, pero no para votar, por ejemplo. De igual forma, la rehabilitación debe ser específica y concreta: no es lo mismo rehabilitar el derecho al voto, que el derecho a la asociación partidista o de participación en la vida política.

En suma, la lectura del caso permite comenzar a construir las piezas conceptuales que se necesitan para entender el derecho de las personas a no ser restringidas sin justificación de su ciudadanía, pero, al mismo tiempo, para recuperar la ciudadanía perdida cuando hay razones suficientes para reinsertar a la persona de nuevo en la sociedad.

VI. Fuentes consultadas

- Aragón Reyes, M., “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina*, México, FCE, 1998, pp. 104-122.
- Ayo Fernández, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, España, Aranzadi, 1997.
- Baeza Avallone, V., *La rehabilitación*, España, Edersa, 1983.
- Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa/América, 1974.
- Behrens, A., “Voting-Not Quite a Fundamental Right? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws”, *Minnesota Law Review*, EE.UU., vol. 89, núm. 1, 2004, pp. 231-275.
- Berchermann, A., *El derecho penal. Parte General*, México, Porrúa, 2004.
- Bernal, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Brown, G., “White Man’s Justice, Black Man’s Grief: Voting, Felon Disenfranchisement and the Failure of the Social Contract for Reintegration and Rehabilitation”, *Journal of African- American Law & Policy*, EE.UU., vol. X:2, 2008, pp. 287-312.
- Camargo Hernández, C., *La rehabilitación*, España, Bosch, 1960.
- Cárdenas Gracia, J., “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXXIX, 2006, núm. 116.
- Carnelutti, F., *Las miserias del proceso penal*, trad. de S. Sentís Melendo, Argentina, EJE, 1959.
- Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, vol. II, Colombia, Temis, 1957.
- , “Inmoralidad del encarcelamiento preventivo”, *Opúsculos de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, 2a. ed., vol. IV, Colombia, Temis, 1978.

- Church, T., "Conspiracy Doctrine and Speech Offenses: a Reexamination of *Yates vs. United States* from the perspective of *United States vs. Spock*", *Cornell Law Review*, EE.UU., vol. 60, 1974-1975, pp. 569-599.
- Clegg, R., "Who Should Vote?", *Texas Review of Law & Politics*, EE.UU., vol. 6, 2001-2002, pp. 160-178.
- Clegg, R, Conway y Kennthe, "The Bullet and The Ballot? The case for Felon Disenfranchisement Statutes", *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, EE.UU., vol. 14:1, 2006, pp. 3-26.
- Conn, J. B., "Felon Disenfranchisement Laws: Partisan Politics in the Legislatures", *Michigan Journal of Race & Law*, EE.UU., vol. 10:495, 2005, pp. 495-539.
- Corcuera Atienza, J. *et al.*, *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, España, Dykinson, 2008.
- Cossío Díaz, J. R., "Concepciones de la política y legislación", *Isonomía*, México, núm. 17, 2002b, pp. 119-159.
- Courtis, C., "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (comp.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa/UNAM, 2004, pp. 387-417.
- , "La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía", *Nexos*, México, mayo de 2005, núm. 329.
- De la Sierra, S., *Una metodología para el derecho comparado europeo. Derecho público comparado y Derecho administrativo Europeo*, España, Thompson/Civitas, 2004.
- Del Rosal, J., *Tratado de derecho penal español*, España, Parte General, 1972, 2 t., vol. II.
- Denninger, E., "Democracia militante y defensa de la Constitución", E. Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, España, Marcial Pons, 2001.
- Duff, R. A., "Introduction: Crime and Citizenship", *Journal of Applied Philosophy*, Reino Unido, vol. 22, núm. 3, 2005, pp. 211-216.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, España, Ariel, 1984.
- Echarri Casi, F. J., *Disolución y suspensión judicial de partidos políticos*, España, Dykinson, 2003.

- Ewald, A., "Worlds Apart: Criminal Disenfranchisement Law in High Courts", *II Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, TEPJF, México, 17, 18 y 19 de noviembre de 2009.
- , "An Agenda for Demolition: The Fallacy and the Danger of the Subversive Voting Argument for Felony Disenfranchisement", *Columbia Human Rights Law Review*, EE.UU. vol. 36, núm. 1, 2004, pp. 109-144.
- , *Punishing At The Polls: The Case Against Disenfranchising Citizens with Felony Convictions*, EE.UU., De-mos: A Network for Ideas and Action, 2003.
- , "Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States", *Wisconsin Law Review*, EE.UU., 2002, pp. 1045-1137.
- Faustin Hélie, M., *Traité de l'instruction criminelle ou theorie du Code d'instruction criminelle*, Francia, Ch. Hingray, vol. V, 1853.
- Favoreau, L., *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalidad del derecho*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2000.
- Fernández García, E., "Derechos humanos y la historia", en Betegón Carrillo, J., Laporta San Miguel, F., Prieto Sanchís, L., Páramo Argüelles, J. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, España, Presidencia del Gobierno/ Secretaría General Técnica, 1998.
- Fernández, K. E. y Bowman, T., "Race, Political Institutions, and Criminal Justice: An Examination of the Sentencing of Latino Offenders", *Columbia Human Rights Law Review*, EE.UU., vol. 36, 2004-2005, pp. 41-70.
- Ferrajoli, L., "Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial", *Política y justicia en el Estado capitalista*, trad. de P. A. Ibáñez, España, Fontanella, 1978.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. A. Ibáñez et al., España, Trotta, 1998.

- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Trotta, 2001a.
- , *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001b.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2001c.
- , “Sobre la definición de la democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, México, núm. 19, 2003.
- , *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, Italia, Laterza, 2007.
- , *Democracia y garantismo*, España, Trotta, 2008.
- Ferreiro Baamonde, X., *El proceso de disolución de partidos políticos*, España, Iustel, 2008.
- Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., España, CEPC, 2007.
- Filangieri, C., *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, España, Imprenta de D. Fermín Villalpando, t. III, 1821.
- Fiss, O., *El derecho como razón pública*, trad. de Esteban Restrepo, España, Marcial Pons, 2007.
- Finn, J. E., *Constitutions in Crisis. Political Violence and the Rule of Law*, EE.UU., Oxford University Press, 1991.
- García Roca, J., *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, España, Aranzadi, 1999.
- , “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, año 22, núm. 65, mayo-agosto 2002, pp. 295-334.
- García Manrique, R., “La suspensión de los derechos políticos por causa penal: el caso mexicano”, *II Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, México, TEPJF, 17 18 y 19 de noviembre de 2009.
- Gargarella, R., “El carácter igualitario del republicanismo”, *Isegoría*, España, núm. 33, 2005, pp. 175-190.

- Gascón Abellán, Marina, "Garantismo", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa/UNAM, t. IV, 2004, pp. 214 y 215.
- Gómez Martín, V., *El derecho penal de autor*, España, Tirant lo Blanch, 2007.
- Gracia Martín, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-02, <http://criminet.ugr.es/recpc>, [consultado el 21 de abril de 2008].
- Grevi, V., *Libertá personale dell'imputato e costituzione*, Italia, Giuffré, 1974.
- Häberle, P. y Kotzur, M., *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de H. Fix-Fierro, México, UNAM, 2003.
- Hart, H. L. A., "The Ascription of Responsibility and Rights", en Flew, A. (coord.), *Logic and Language*, Reino Unido, Basil Blackwell, 1948.
- Hassemer, W., *Crítica al derecho penal de hoy*, Argentina, Ad-Hoc, 1995.
- Hobbes, T., *Levitán*, trad. de M. Sánchez, México, FCE, 1940.
- , *Del ciudadano y Levitán*, trad. de E. Tierno Galván, España, Tecnos, 1989.
- , *Levitán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. de C. Mellizo, España, Alianza Universidad, 1993.
- , *Tratado sobre el ciudadano*, trad. de J. Rodríguez, España, Trotta, 1999.
- Hull, E., "Disenfranchising Ex-Felons: What's the Point?", *Social Policy*, EE.UU., vol. 33, núm. 3, 2003, pp. 46-52.
- , *The Disenfranchisement of Ex-Felons*, EE.UU., Temple University Press, 2006.
- Illuminati, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Italia, Zanichelli, 1979.
- Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de M. Cancio Melía, y B. Feijóo, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996.

- , *Estudios de Derecho Penal*, España, Civitas, 1997.
- Johnson-Parris, A. S., “Felon Disenfranchisement: The Unconscionable Social Contract Breached”, *Virginia Law Review*, EE.UU., vol. 89, 2003.
- Karlan, P. S., “Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement”, *Stanford Law Review*, EE.UU., vol. 56, 2004, pp. 1147-1170.
- Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, IIJ/UNAM, 1982.
- , *Teoría General del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, España, Comares, 2002.
- Kesby A., “Prisoner Voting Rights and The Effect of Hirst vs. United Kingdom (no. 2) On National Law”, *Cambridge Law Journal*, Reino Unido, vol. 66, 2007, pp. 258-260.
- Keyssar, A., *The Right to Vote: the Contested History of Democracy in the United States*, EE.UU., Basic Books, 2000.
- La Torre, M., “La teoría del derecho de la tortura”, *Derechos y Libertades*, España, núm. 17, época II, junio, 2007, pp. 71-87.
- Latimer, S. B., “Can Felon Disenfranchisement Survive Under Modern Conceptions of Voting Rights? Political Philosophy, State Interests and Scholarly Scorn”, *SMU Law Review*, EE.UU., vol. 59, 2006, pp. 1841-1867.
- Liszt, F., *La idea de fin en el derecho penal*, México, IIJ/UNAM, 1994.
- Locke, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. de C. Mellizo, España, Alianza Editorial, 2004.
- Loewenstein, K., “Militant democracy and fundamental rights”, *Political Science Review*, EE.UU., vol. XXI, 1937, p. 3.
- Lott, J. R., “Should convicted felons be allowed to vote after they leave prison?”, *Issues in Law and Society* 73, EE.UU., CQ Press, 2001.
- MacCormick, N., “La argumentación y la interpretación en el Derecho”, *Revista Vasca de Administración Pública*, España, núm. 36, 1993.

- Manfredi, C. P., “Judicial Review and Criminal Disenfranchisement in the United States and Canada”, *The Review of Politics*, EE.UU., núm. 60 (2), 1998, pp. 277-305.
- Maneli, M., *Freedom and Tolerance*, EE.UU., Octagon Books, 1984.
- Manza, J. y Uggen C., *Locked Out. Felon Disenfranchisement and American Democracy*, EE.UU., Oxford University Press, 2008.
- Manzini, V., “Della riabilitazione dei condannati”, *Rivista Penale*, Italia, LXIX, 1909.
- , *Tratado de derecho procesal penal*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, t. I.
- Marshall, T. H., *Ciudadanía y clase social*, España, Alianza, 1998.
- Montilla Martos, J. A., “Fundamentos y secuelas de la prohibición de partidos”, *La prohibición de partidos políticos*, España, Universidad de Almería, 2004.
- Morlino, L., *Democracias y democratizaciones*, México, Cepcom, 2005.
- Morlok, M., *La prohibición de partidos políticos en Alemania*, J. A. Montilla Martos (coord.), España, Universidad de Almería, 2004.
- Nava Gomar, S. O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, México, UCM/ IJ-UNAM/UAS/Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- Ovejero Lucas, F., “Republicanism: el lugar de la virtud”, *Isegoría*, España, núm. 33, 2005, pp. 99-125.
- Pérez de la Fuente, O., “Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, España, núm. 7, 2008, pp. 109-146.
- Pérez Luño, A. E., “El derecho constitucional común europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle”, *Revista de Estudios Políticos*, España, CEPC, núm. 88, 1995.
- Pérez-Moneo Agapito, M., *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, España, Lex Nova, 2007.
- Pettit, P., *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, España, Paidós, 1999.

- Petrie, B. A., "Reformulation of the clear and present danger doctrine", *Michigan Law Review*, EE.UU., vol. 50, núm. 3, 1952, pp. 451-462.
- Popper, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos: con una adenda del autor*, España, Paidós, 2006.
- Powers, W. A., "Hirst vs. United Kingdom (no. 2): A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights", *Connecticut Journal of International Law*, EE.UU., vol. 21, 2005-2006, pp. 243-296.
- Reale, M., *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, España, Tecnos, 1997.
- Ramiro Avilés, M. A., "El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes. Una utopía para el siglo XXI", *Derechos y Libertades*, España, núm. 18, época II, 2008, pp. 97-124.
- Reiman, J., "Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons", *Criminal Justice Ethics*, EE.UU., vol. 24, núm. 1, Invierno/Primavera, 2005, pp. 3-18.
- , *The rich get richer and the poor get prison (Ideology, Class, And Criminal Justice)*, Allyn & Baco, 8a. ed., 2006.
- Rescigno, G. U., *Corso di diritto pubblico*, Italia, Zanichelli, 2004.
- Reus, E., *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 concordada y anotada extensamente*, España, Imprenta de la Revista de Legislación, 1883.
- Robben, A., "A strike at the heart of democracy: why legal challenges to felon disenfranchisement laws should succeed", *Law Review*, EE.UU., 10:D. C., 2007, pp. 15-34.
- Rousseau, J. J., *Contrato social*, 5a. ed., trad. de F. de los Ríos, España, Espasa Calpe, 1999.
- , *Escritos políticos*, ed. y trad. de J. Rubio Carracedo, España, Trotta, 2006.
- Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Argentina, Editores del Puerto, 2000.
- Ruibal, B., *Ideología del control social. Buenos Aires, 1880-1920*, Argentina, Centro Editor de América Latina, 1993.

- Salazar, O., *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, España, Comares, 1999.
- Santos, B. de S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, España, Trotta/Ilsa, 2009.
- Schwartz, B., “Holmes versus Hand: clear and present danger or advocacy of unlawful action?”, *The Supreme Court Review*, EE.UU., 1994, pp. 209-246.
- Sciuto S., *La riabilitazione*, Italia, Bucalo, 1975.
- Sobrado González, “Experiencia costarricense del voto de personas privadas de la libertad”, *Revista de Derecho Electoral*, Costa Rica, núm. 3, 2007, <http://www.tse.go.cr/revista/anteriores.htm>.
- Uggen, C. y Manza, J., “Democratic contradiction? The political consequences of felon disenfranchisement laws in the United States,” *American Sociological Review*, EE.UU., vol. 67, 2002.
- Viario, M., “Riabilitazione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Italia, vol. XV, 1968.
- Whitman, Q., *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Reino Unido, Oxford University Press, 2003.
- Young, I. M., “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”, en C. Castells (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, España, Paidós, 1996.
- , *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, España, Cátedra, 2000.
- Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, España, Trotta, 1999.
- Zepeda Leucona, G., *Los mitos de la prisión preventiva en México*, México, Open Society Justice Initiative, 2004.

Tabla de casos

Convención Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo)

Hirst vs. The United Kingdom (2006), 6 de octubre de 2005.

Refah Partisi and others vs. Turkey (2001), 21 de julio de 2001.

Sobaci (2007), 9 de noviembre de 2007.

Ždanoka vs. Latvia (2006), 16 de marzo de 2006.

Corte Constitucional Italiana

Sindoni (1996), 141, 1996.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

Coahuila (2009), AI-33/2009 y sus acumuladas.

Coahuila (2007), AI-158/2007 y sus acumuladas.

Contradicción de Tesis (2007), 29/2007-PS.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México)

Ávalos (2007), SUP-JDC-1514/2007.

Acedo (2006), SUP-JDC-539/2006.

Contreras & Martínez (1997), SUP-REC-033/97.

Cortinas (1999), SUP-JDC-012/99.

García (2007), SUP-JDC-2045/2007.

Hernández (2007), SUP-JDC-20/2007.

Mendoza (1997), SUP-REC-018/97 y acumulado.

Menes (2000), SUP-JRC-473/2000.

Pedraza (2007), SUP-JDC-85/2007.

Romero Deschamps (2006), SUP-RAP-33/2006.

Tenorio & Santiago (2006), SUP-JDC-749/2006.

Uscanga (2006), SUP-JDC-501/2006.

Valdez (2006), SUP-JDC-648/2006.

Salas Regionales del TEPJF (México)

Álvarez (2006), Xalapa, SX-III-JDC-1/2006.

Ruiz (2009), Guadalajara, SG-JDC-73/2009.

Facundo (2009), Toluca, ST-JDC-22/2009.

Supreme Court (Washington D.C.).

Green vs. Bd. of Elections (1967), 380 F.2d 445, 451 (2d Cir. 1967).

O'Brien vs. Skinner (1974), 414 U.S. 524, 1974.

Richardson vs. Ramírez (1974), 418 U.S. 24, 1974.

El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos.
El caso Hernández es el cuaderno núm. 30 de la serie *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, se imprimió en junio de 2010 en Litográfica Dorantes, S.A. de C.V., Oriente 241-A núm. 29, Col. Agrícola Oriental, Del. Iztacalco, C.P. 08500, México, D.F., Tel. 57 00 35 34.

El cuidado de la impresión estuvo a cargo de la Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, Ciudad Universitaria, D.F.

Su tiraje fue de 1,500 ejemplares.