

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Controversias sobre el derecho de sufragio pasivo: límites y garantías

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos

Directores

Francisco Javier García Roca
Ricardo Alonso García

Madrid

© Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos, 2021

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

**Controversias sobre el derecho de sufragio pasivo:
límites y garantías**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

CARLOS ENRIQUE ARRAIS CAPUTO BASTOS

Directores

Francisco Javier García Roca y Ricardo Alonso García

Madrid, 2021

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Constitucional



Título de la Tesis Doctoral:

**CONTROVERSIAS SOBRE EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO:
LÍMITES Y GARANTIAS**

Doctorando:

CARLOS ENRIQUE ARRAIS CAPUTO BASTOS

Directores:

Prof. Dr. Francisco Javier GARCÍA ROCA
Prof. Dr. Ricardo ALONSO GARCÍA

Febrero de 2021

*A Maurício de Campos Bastos,
Osmundo Lima Araújo y
Pablo Santolaya Machetti*

in memoriam

*“No seas sabio a tus propios ojos”
Proverbios 3:7*

Sumario

ABREVIATURAS	11
1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	15
1.1 PREMISAS NECESARIAS	24
1.2 EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.....	35
1.2.1 <i>Sufragio pasivo: concepto y caracterización</i>	36
1.2.2 <i>¿Derecho de configuración legal?</i>	36
2. LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO	39
2.1 HERMENÉUTICA ELECTORAL	39
2.2 EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y EL EFECTO DE LA PROCLAMACIÓN DE CANDIDATURAS.....	41
2.3 CONTENIDO MATERIAL	43
2.4 CONTENIDO ESENCIAL	46
2.5 EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO Y SU CONEXIÓN CON OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	47
2.5.1 <i>Homogeneidad de intereses de los electores</i>	48
2.5.2 <i>Las expectativas de los candidatos y los intereses partidarios</i>	49
3. SOBRE LA REVISIÓN DE LAS ELECCIONES.....	54
3.1 SUFRAGIO PASIVO Y ACCESO A LA JURISDICCIÓN	56
3.2 EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL	61
3.2.1 <i>Presupuestos procesales, legitimación y objeto del recurso</i>	64
3.2.2 <i>El agotamiento de la vía administrativa previa</i>	65
3.2.3 <i>Plazo y lugar de interposición</i>	66
3.2.4 <i>Tramitación y conclusión</i>	67
3.3 EL RECURSO DE AMPARO ELECTORAL.....	70
3.3.1 <i>El Tribunal Constitucional y el sistema de revisión de las elecciones</i>	73
3.3.2 <i>Agrupaciones de electores y sufragio pasivo</i>	74
3.3.3 <i>Subsidiariedad y interpretación más favorable al derecho de sufragio</i>	80
3.4 BREVES CONCLUSIONES.....	85
4. DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO Y CAUSAS DE INHABILITACIÓN, INELEGIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD.....	87
4.1 LA PENA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL SUFRAGIO PASIVO	90
4.2 LA INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO COMO PENA PRIVATIVA DE DERECHOS EN EL CÓDIGO PENAL	92
4.2.1 <i>Como pena principal</i>	93
4.2.2 <i>Como pena accesorio</i>	94
4.3 LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO EN LA LOREG	96
4.3.1 <i>Los delitos electorales</i>	96
4.3.2 <i>La inelegibilidad de los condenados a pena de prisión en sentencia firme. El derecho de sufragio pasivo y la aplicación administrativa de las sentencias penales</i>	98
4.4 LA INELEGIBILIDAD DE LOS CONDENADOS POR SENTENCIA NO FIRME	98
4.4.1 <i>Apuntamientos sobre la inelegibilidad sobrevenida y la incompatibilidad para el ejercicio del cargo público</i>	104
5. CONTROL EUROPEO: CONVENCIONALIDAD Y COMUNITARIEDAD.....	113
5.1 DEMOCRACIA Y DERECHO INTERNACIONAL.....	115
5.1.1 <i>El Tribunal Constitucional ante el orden jurídico internacional</i>	118
5.2 EL ARTÍCULO 3 DEL PROTOCOLO Nº 1 DE LA CONVENCIÓN	125
5.2.1 <i>Integración y jurisprudencia del TEDH</i>	126
A. El TEDH y la doctrina del margen de apreciación nacional	132
B. Consenso en el Derecho y la práctica entre los Estados miembros.....	134
C. Las "limitaciones implícitas" del Artículo 3 del Protocolo No. 1	135
D. La Comisión de Venecia	138
5.2.2 <i>Los requisitos del sufragio activo</i>	142
5.2.3 <i>Los requisitos del sufragio pasivo</i>	146
5.2.4 <i>La inexistencia de un único modelo de Administración y procedimiento electorales</i>	162

5.2.5 <i>El Convenio no impone un sistema electoral</i>	165
5.3 LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA	169
5.3.1 <i>Integración y derecho de la Unión</i>	170
5.3.2. <i>El Título V de la Carta y el derecho de sufragio activo y pasivo</i>	175
5.3.3 <i>El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en temas electorales</i>	178
5.3.4 <i>La elección del Parlamento Europeo</i>	189
6. CONCLUSIONES	196
7. BIBLIOGRAFÍA	206
RESUMEN	222
SUMMARY	223

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AUE	Acta Única Europea
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
CDDH	Comité Director de Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Económica del Carbón y el Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
JEC	Junta Electoral Central
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional
LOCP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LPL	Ley de Procedimiento Laboral - Real Decreto Legislativo 2/1995
OEA	Organización de Estados Americanos
OEDE	Orden Europea de Detención y Entrega
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STG	Sentencia del Tribunal General
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCUE	Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TG	Tribunal General
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

Agradecimientos

Debo agradecer a mis directores, Javier García Roca y Ricardo Alonso García, por el incondicional apoyo a mi proceso de formación en cuanto persona y en cuanto jurista. Debo agradecerles por la confianza, amistad, consejos y paciencia.

Agradezco igualmente a mi familia, por todo amor.

Brasília/DF, febrero de 2021.

1. Consideraciones introductorias

¿Por qué aún discutir sobre el derecho de sufragio pasivo? Porque una interpretación electoral uniforme, por lo menos en este tema¹, representa un paso significativo en la dirección de la unidad cultural.² Se trata de una de las últimas fronteras en el camino de la mejor comprensión del actual diálogo entre los derechos políticos en el continente. Como bien sugieren FRANCISCO ALDECOA LUZÁRRAGA y ANTONIO MUÑOZ ÁLVAREZ, los sistemas electorales pueden ser considerados como subsistemas del sistema sociopolítico, y si se quiere avanzar en la conformación del sistema político europeo, igualmente se nos muestra imprescindible la máxima unificación posible de los respectivos sistemas de garantías electorales.³

No obstante, afirmar la universalidad de los derechos políticos no equivale a postular desde aquí una absoluta uniformidad normativa o de jurisprudencia. A partir de un núcleo común de valores indisponibles – entablados a partir de la Constitución Española⁴, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, la Declaración Universal y el Convenio Europeo probablemente forman los indicadores a este respecto – necesitamos desarrollar un mejor modelo jurídico que garantice previsibilidad en las modulaciones, según las características y necesidades de cada sociedad.

¹ Como es sabido, las elecciones por sí solas no son suficientes para que los conflictos se resuelvan mediante elecciones. Hace falta pensar sobre el diseño institucional. Al final, la "calidad de la democracia", para usar la frase actualmente de moda, sí importa para su propia supervivencia. Véase PRZEWORSKI, Adam. "Minimalist conception of democracy: a defense." *Democracy's value*, 23, 1999, p. 16.

² La importancia de esta tan heterogénea área del conocimiento reside en la contribución al desarrollo de los fundamentos de la política en cuanto a lo normativo y lo teórico, por un lado, y lo metodológico en el estudio de la política, por el otro. NOHLEN, Dieter. *¿Cómo estudiar ciencia política?: una introducción de trece lecciones*. Marcial Pons, 2012, pp. 399-400.

³ ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco, y Antonio MUÑOZ ÁLVAREZ. "Hacia una ley electoral uniforme para las elecciones al Parlamento Europeo: problemas que suscita." *Revista de Instituciones Europeas*, 13.3, 1986, p. 632.

⁴ La Constitución es la expresión máxima del "sistema de valores" – expresión que aparece con toda frecuencia en la jurisprudencia constitucional española – que articula las bases de la comunidad política y social de la nación, y que por ello contiene los grandes principios que ha de informar todo el ordenamiento. Ello explica la pretensión de la Constitución como informadora general del sistema jurídico. Por cierto, el principio de interpretación conforme a la Constitución justifica de manera especial que no sólo los preceptos de esta formulados en términos formales normativos, sino también todos sus principios y "valores" resultan vinculantes para los jueces y para toda la tarea interpretativa realizada por la Administración o por cualquier agente jurídico operante en el seno del ordenamiento. Determina así, en conclusión, la práctica de una verdadera "jurisprudencia de valores" que es la que se está imponiendo en la práctica judicial. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El valor normativo de la Constitución española." *Revista de derecho político*, 44, 1998, pp. 43-44.

De hecho, sabemos que, en la sociedad política actual, la autonomía de cada individuo⁵ se combina con la de otros individuos y se transforma en una voluntad colectiva, políticamente organizada, tomará forma de soberanía popular. La democracia y la soberanía del pueblo implican lógicamente un autogobierno, directamente o por medio de representantes elegidos, pero cada individuo aun así conserva parte de su autonomía original, a partir del reconocimiento de derechos que estarán protegidos incluso contra las personas y sus representantes.⁶ En este sentido, el ejercicio del poder en el Estado democrático de derecho está sostenido y legitimado por la soberanía popular de la que emanan todos los poderes del Estado como acertadamente dice el art. 1.2 CE.

A partir del desarrollo de nuevas tecnologías, principalmente las relacionadas al acceso a la información, y en especial el advenimiento de las redes sociales, está quizá ampliada la tendencia a una democracia directa⁷. Creemos, sin embargo, que una de las primeras premisas de nuestro enfoque es que la representación es absolutamente necesaria y que las críticas a la democracia representativa son en gran parte, en palabras de GIOVANNI SARTORI, “*fruto de una combinación de ignorancia y primitivismo democrático*”.⁸ Así, la democracia actual es una democracia fuertemente representativa⁹ donde las técnicas de la democracia directa (referéndum o plebiscitos) ocupan un papel menor y complementario.¹⁰

En el mismo sentido, bien afirmó el TC en la STC 119/1995, de 17 de julio, que los supuestos de participación directa son “*excepcionales en un régimen... como el*

⁵ Hoy, sin embargo, si partimos de un concepto completamente desarrollado de autonomía privada y pública, las personas son autónomas solo en la medida en que puedan entenderse a sí mismas al mismo tiempo como autores de la ley a la que están sujetas como destinatarios. Véase HABERMAS, Jürgen. “Paradigms of law” *Cardozo L. Rev.* 17, 1995, p. 776.

⁶ HENKIN, Louis. “Rights: American and human.” *Colum L. Rev.* 79, 1979, p. 408.

⁷ En las últimas décadas han surgido nuevas prácticas participativas que facilitan una mayor implicación de los ciudadanos y que han permitido ampliar la legitimidad del modelo de democracia participativa, especialmente en el ámbito local, tales como los presupuestos participativos, los consejos consultivos, o la teledemocracia. Véase GARCÍA SORIANO, María Vicenta. “Sobre la viabilidad de la participación política de los extranjeros en las elecciones municipales.” *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 60, 2007, pp. 257-258.

⁸ SARTORI, Giovanni. “En defensa de la representación política.” *Claves de razón práctica*, 91, 1999, p. 2.

⁹ Más que cualquier otra alternativa política, la democracia brinda a las personas comunes la oportunidad de descubrir qué políticas y actividades públicas son mejores para ellos mismos y para otros, así como para asegurar que las decisiones colectivas se ajusten, o al menos no violen - de manera persistente y fundamental - las políticas que creen mejor para ellos y para los demás. Véase DAHL, Robert A. “Myth of the presidential mandate.” *Political Science Quarterly*, 105, 3, 1990.

¹⁰ GARCÍA ROCA, Javier. “Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia.” *Parlamento y Constitución. Anuario*, 4, 2000, p. 31.

instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los institutos de democracia representativa sobre los de participación directa". Como es sabido, desde el ámbito autonómico y desde tesis independentistas¹¹, se ha planteado el referéndum como mejor forma de resolver las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco. De hecho, se vienen repitiendo anuncios de convocatorias de referéndum por parte de ambas Comunidades Autónomas que tienen dudoso encaje constitucional.¹² En tales supuestos, los términos del debate jurídico-político sobre la institución del referendo y la iniciativa popular se centran hoy en determinar una adecuada regulación de este para que realmente constituya un elemento complementario a la democracia representativa y evite las disfuncionalidades que la experiencia práctica de su uso ha puesto en evidencia. Se trataría, bien afirma SÁENZ ROYO, de implementar y actualizar estas vías participativas como instrumentos de democracia de contrapeso, como correctivos de las inercias y posibles abusos por parte de las elites en el ejercicio de la democracia representativa.¹³

Ahora bien, el proceso electoral es el procedimiento que verdaderamente habilita la soberanía popular mediante la elección periódica de aquellas personas que, en el ejercicio de mandatos representativos, deliberarán los temas de interés para la comunidad. Este contexto ya revela de antemano dos cuestiones que son extremadamente sensibles a la democracia: la definición de aquellas personas capaces de elegir representantes, así

¹¹ Para STEPHEN TIERNEY, por ejemplo, especialmente en los referéndums sobre soberanía, las preguntas son a menudo asuntos profundamente controvertidos y la legitimidad del proceso siempre será ampliamente cuestionada. Los proyectos de ley destinados a tratar de esta materia, por ejemplo, necesitan de una regulación detallada de áreas como los legitimados a votar y la financiación y gasto de las ideas antagónicas en juego en el referéndum. También hace falta una Comisión Electoral independiente, que necesitará revisar la cuestión, las disposiciones financieras y que supervisará el funcionamiento de estos y otros elementos regulatorios. Véase TIERNEY, Stephen. "Legal issues surrounding the referendum on independence for Scotland." *EuConst*, 9, 2013, pp. 389-390.

¹² Para EVA SÁENZ, la Constitución española en el art. 23 asume que el acceso de los ciudadanos a las decisiones públicas puede hacerse directamente o por medio de representantes. Pero el tratamiento dado después por esta Ley Fundamental a la figura del referéndum prueba que esta Constitución se inclinó decididamente por un modelo de «democracia representativa». Sólo se prevé el referéndum obligatorio en caso de reforma de determinadas partes de la Constitución (art. 168), de iniciativa autonómica agravada (art. 151.1) y de aprobación y reforma de determinados Estatutos de Autonomía (art. 151.2 y 152.2). No se prevé el referéndum legislativo, aunque en el Anteproyecto de Constitución se preveía el referéndum legislativo aprobatorio (previo a la sanción de las leyes aprobadas por las Cortes) y el abrogatorio de las leyes en vigor. También se prevé un referéndum consultivo, en manos del Presidente del gobierno, que no resultará vinculante (art. 92). Véase SÁENZ ROYO, Eva. "¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referéndums a la luz de la experiencia irlandesa." *Revista de Derecho Constitucional Europeo, Granada*, año 10, 2013, pp. 248-257.

¹³ SÁENZ ROYO, Eva. "La regulación del referendo en el derecho comparado: aportaciones para el debate en España/The Regulation of the Referendum in Comparative Law: Contributions to the Debate in Spain." *Revista española de derecho constitucional*, 108, 2016, pp. 128-129.

como de aquellos capaces de postularse al ejercicio de cargos públicos representativos. Además, la esencia de la democracia no descansa en una jacobina igualdad matemática, sino en el consenso más amplio posible sobre las reglas del juego para la legítima conquista del poder¹⁴. Así, en puridad, el Gobierno, por grande que sea su respaldo electoral o social, no debe, no puede considerarse titular del poder “del” Estado, sino del poder “en el” Estado.¹⁵

Así las cosas, la cooperación y la universalización del derecho del derecho de sufragio pasivo son ideas inherentes a la actual comprensión de la democracia, que presupone, en la mayor medida posible, la inclusión y participación de todos los individuos en la formación de voluntad política del Estado. Bajo este enfoque, en las democracias contemporáneas, deberán ser excepcionales los límites o restricciones al derecho del individuo, a la participación política en la dirección del Estado, ya que no son admitidas cláusulas de exclusión fundadas en criterios injustificados, desproporcionados y discriminatorios.

En el sistema español, la restricción del derecho de sufragio pasivo por la legislación infraconstitucional no significa una libertad absoluta de las Cortes Generales. Según la Constitución de 1978, el legislador deberá establecer normas que aseguren la igualdad de oportunidades¹⁶ sin menoscabar la esencia de los derechos políticos de los

¹⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “Reflexiones sobre una improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados.” *Revista de Derecho Político*, 74, 2009, p. 29.

¹⁵ De lo anterior, deduce LANDELINO LAVILLA ALSINA en su discurso de contestación a OSCAR ALZAGA VILLAAMIL en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, que el reconocimiento de la oposición como partícipe del poder “del” Estado, aunque no sea su titular “en él”, rescata la correcta concepción de la política democrática como campo de diálogo y conciliación, de suerte que el acto de poder venga a ser, en definitiva, visible efecto de una actuación cooperativa. Véase ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. “El consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales).” *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010, p. 107.

¹⁶ Por lo que sigue, dos concepciones de la igualdad de oportunidades prevalecen hoy en las democracias occidentales. A la luz de la doctrina de JOHN ROEMER, la primera establece que la sociedad debiera hacer lo posible para “*nivelar el terreno de juego*” entre los individuos que compiten por un puesto, o nivelarlo previamente durante su período de formación, de modo que todos aquellos capaces de desempeñarlo sean aceptos entre los aspirantes que van a competir. La segunda concepción, el economista y politólogo estadounidense define como “*principio de no discriminación o de mérito*” que establece que, en la competencia por un puesto en la sociedad, han de ser incluidos entre los aspirantes todos aquellos que poseen las características adecuadas para desempeñar las obligaciones que dicho puesto conlleva y a la vez que su elección para éste se decidirá atendiendo solamente a estas características. Un ejemplo del primer principio es proporcionar una educación compensatoria a los niños de medios sociales desfavorecidos, de modo que un mayor número de ellos adquiera la cualificación necesaria para después competir por un empleo con niños de extracción más favorecida. Un ejemplo del segundo principio es que la raza o el sexo como tales no debieran contar en favor o en contra de la elección de una persona para un puesto, cuando éstas sean características irrelevantes en lo que al desempeño de sus funciones se refiere. Véase ROEMER,

ciudadanos. Las democracias, no obstante, no son todas iguales y algunos sistemas democráticos fomentan más la representación de determinados grupos que otros.¹⁷ .

¿Pero que es representación? Para DIETER NOHLEN, el concepto jurídico de representación¹⁸ se entiende en un doble sentido: por un lado, representación para todos, de forma que se vean representados los distintos grupos de personas, fundamentalmente, las minorías y las mujeres¹⁹; y por otro lado, una representación justa, es decir, una representación más o menos proporcional de las fuerzas sociales y políticas, equivalente a una relación equilibrada entre votos y escaños.²⁰ En España, bien sabemos, es notoria la crítica por parte de la doctrina acerca de la deformación del modelo proporcional de representación. Justamente, la idea de representación ha recibido cada vez más atención últimamente, especialmente en Europa, donde el esfuerzo por formar sus instituciones regionales – menos que un Estado, pero más que una alianza, una comunidad de Estados – ha planteado innumerables problemas tanto en los principios teóricos como en la práctica política, muchos de ellos relacionados con la representación.²¹

Ahora bien, dadas las inevitables y exigentes limitaciones de una tesis doctoral, nos vamos a centrar, únicamente en lo esencial, lo que supone, necesariamente, una labor

John. E. "Igualdad de oportunidades." *Isegoría*, 18, 1998, p. 72; Para SÁNCHEZ MUÑOZ, el principio de igualdad de oportunidades opera, simultáneamente, de una parte, como maximizador de la oferta electoral, favoreciendo el acceso a la competición electoral, pero, de otra parte, el principio operará también como fundamento de algunas restricciones legales a dicho acceso, precisamente para evitar que determinados sujetos, de los cuales se presume fundadamente que pueden romper la igualdad de oportunidades, accedan a la competición. Este aspecto limitativo tendría la naturaleza de un control preventivo, y por ello, la justificación de este deberá ser muy sólida. Véase SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competencias electorales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 6

¹⁷ MANIN, Bernard, y Adam PRZEWORSKI. "Elections and Representation" *Democracy, accountability and representation* 2, 1999, p. 46.

¹⁸ No obstante, para HANNA PITKIN el concepto de "representación" es enigmático no porque carezca de una definición central, sino porque esa definición implica una paradoja (estar presente y, sin embargo, no estar presente) y es demasiado general para ayudar a conciliar los muchos sentidos de la palabra con sus implicaciones a veces conflictivas. Véase PITKIN, Hanna Fenichel. "Representation and democracy: uneasy alliance." *Scandinavian Political Studies*, 27.3, 2004, p. 335.

¹⁹ La "representación social" es esencial para la legitimidad de los cuerpos democráticos. Este concepto se refiere no solo a la presencia de minorías políticas en los órganos de toma de decisiones, como también a la exigencia de que los parlamentos reflejen la composición social del electorado en términos de clase social, género, etnia, lingüística y minorías religiosas. Véase MARSH, Michael, y Pippa NORRIS. "Political representation in the European Parliament." *European Journal of Political Research*, 32.2, 1997, p. 158.

²⁰ Para ilustrar, el parámetro de medición empírica de una representación adecuada es el grado de proporcionalidad entre votos y escaños. Desviaciones demasiado pronunciadas de la proporcionalidad, concluye, suelen considerarse problemáticas. Véase NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales y reforma electoral: Una introducción*. Internacional Idea, 2004, p. 38.

²¹ PITKIN, Hanna Fenichel. "Representation and democracy: uneasy alliance." *Op. cit.*, p. 335.

de selección temática y dogmática, en definitiva, de delimitación del objeto. Desde este punto de vista, son tres las cuestiones clave de la presente tesis: (1) la delimitación básica de la naturaleza del derecho de sufragio pasivo; (2) el principio de universalidad del mismo y (3) las garantías que ha experimentado este derecho fundamental en Europa durante la segunda mitad del siglo XX, principalmente por parte de los máximos intérpretes de cada uno de los tres niveles de protección existentes en Europa: el Tribunal Constitucional cuando afecta el catálogo interno de derechos fundamentales²², el Tribunal de Estrasburgo²³ en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por fin el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Buscaremos demostrar que el sistema de protección de los derechos humanos en Europa exigió un contexto de efectivo intercambio normativo, es decir, un diálogo entre los intérpretes, y, sobre todo, una complementariedad jurídica entre los sistemas nacional, internacional y de la Unión. Desde aquí, la distinción entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión se hace necesaria, siguiendo parte de la más moderna doctrina de los derechos europeos, ya que este último, aunque tenga su fundamento en el propio Derecho internacional y sea desarrollado por una sucesión de tratados internacionales, no es simple derecho internacional como demuestra la relevancia del principio de primacía²⁴. Enfatizamos, pues, las particularidades de cada sistema de protección (nacional,

²² De hecho, los derechos fundamentales, o en sentido general, los derechos humanos, deben operar como un límite infranqueable al poder representativo y el derecho electoral no tiene otro objetivo que el de establecer las reglas estructurales básicas de la democracia. Véase ARAGÓN REYES, Manuel. "Derecho electoral: sufragio activo y pasivo." *Dieter Nohlen et al., Tratado de derecho electoral comparado en América Latina. México, DF: Fondo de Cultura Económica (FCE), 1998, pp. 177-178.*

²³ De las Sentencias de Estrasburgo relativas al derecho de sufragio pasivo destacaremos la utilización de un padrón común, el amplio margen de apreciación concedido a los Estados miembros. A pesar de esta consideración, dicho margen no es ilimitado, sino que corresponde al TEDH pronunciarse acerca del cumplimiento de las exigencias exigidas por el art. 3 del Protocolo adicional del CEDH. La labor realizada en el presente estudio presupone localizar dichos límites en el magma jurisprudencial, así como dar un diagnóstico acerca del grado de precisión de su uso.

²⁴ En la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, el TC bien afirma que "*tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una "exigencia existencial" de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados. Las coordenadas que así se establecen para la definición del ámbito de vigencia de ese principio son, como veremos, determinantes para su entendimiento a la luz de las categorías constitucionales que nos son propias.*" Para PUNSET BLANCO, la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93. Véase PUNSET BLANCO, Ramón. "Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni." *Teoría y realidad constitucional*, 39, 2017, p. 198.

internacional y europeo), a fin de desarrollar, a lo largo del estudio, la interrelación entre ellos en tema de límites y de protección del derecho de sufragio pasivo.

Desde esta lógica particular, dos elementos esenciales emergen desde luego para nuestra investigación: el gobierno representativo (nacional y europeo) y los derechos fundamentales o derechos humanos a nivel continental. La identificación de una política electoral común o, si se quiere, un método de integración europeo por medio de los derechos políticos y electorales es la perspectiva que va a guiar nuestra investigación. Por lo tanto, esta tesis tratará del derecho de sufragio pasivo, centrándose en el desarrollo y la aplicación de la Constitución Española y de los tratados y principios internacionales y regionales, especialmente los derivados del Derecho de la Unión y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La tesis propone investigar los límites y garantías de un derecho común a la participación política entre los Estados signatarios. Buscaremos las evidencias jurídicas de la existencia de un derecho de sufragio pasivo europeo, que, de hecho, puede asumir una variedad de formas.²⁵

Las páginas que siguen llevan la pretensión de mejorar la percepción por el jurista y el ciudadano del derecho de sufragio pasivo, ya que la complejidad del tema y la enorme cantidad de normas conlleva -paradójicamente- el aumento de la incertidumbre en esta temática.²⁶ Por cierto, cuanto mayor es la cantidad de información, mayor es la posibilidad de prever el futuro. No obstante, cuanto mayor es la cantidad de información, mayor también es aquello que precisa ser previamente considerado y valorado. De ahí por qué un mayor conocimiento igualmente conduce paradójicamente a aumentar el sentimiento de inseguridad: el ciudadano sabe más y, justamente porque sabe más, también conoce lo que precisa prever y lo que puede no confirmarse en el futuro.²⁷

El objetivo es comprender el papel de cada uno de estos sistemas normativos y

²⁵ JACKMAN, Robert W. "Political institutions and voter turnout in the industrial democracies." *The American Political Science Review*, 1987, p. 405.

²⁶ Para PECES-BARBA MARTÍNEZ, la seguridad jurídica, valor específico de la modernidad, es la condición de otros valores y razón que fundamenta derechos y principios de organización, en la creación de un ámbito de paz, de orden, de certeza, de superación de miedo, ante ataques de la fuerza irracional del otro poder, ante la enfermedad, ante la edad, es decir, ante aquellas realidades personales o fácticas que pueden impedir o dificultar la existencia de otros valores. Véase en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Ética, política y Derecho: El paradigma de la modernidad." *Revista de Derecho Público*, 61, 1999, pp. 104-130.

²⁷ ÁVILA, Humberto. "Teoría de la seguridad jurídica" trad. L. Criado Sánchez, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 38.

órganos jurisdiccionales en la protección al derecho de presentarse como candidato a cargos públicos representativos, a fin de postular caminos para un futuro reconocimiento de un derecho común a las candidaturas políticas. Moverse en el terreno de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a fin de “concretizar” o especificar un marco de referencia sobre los límites y garantías de las candidaturas políticas en ámbito europeo.

De hecho, no se pretende aquí realizar un examen minucioso de las características de cada ordenamiento constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea en tema de sufragio pasivo, algo por lo demás muy amplio. En su conjunto, sin embargo, la presente investigación retoma el tradicional tema de los límites y garantías del derecho de sufragio pasivo, especialmente a partir del intercambio jurisprudencial. En nuestros días la creación judicial del Derecho ya no es patrimonio exclusivo de sistemas como el norteamericano, de *common law*, en donde el Derecho progresa en buena medida a golpe de sentencias, que perfeccionan, matizan y a veces incluso transforman y modifican el orden jurídico. Bien al contrario, afirma FERNÁNDEZ SEGADO, la importancia de lo que suele denominarse “Derecho judicial”, para contraponerlo al “Derecho legal”, ha aumentado de modo muy sensible en los sistemas jurídicos continentales europeos.²⁸

El método de investigación buscará las ventajas de compaginar los métodos inductivo y deductivo de razonamiento. Trataremos de una cuestión razonablemente concreta (la protección del derecho de sufragio pasivo) como objeto central de estudio, desde una perspectiva general (partiendo de las normas y de la *teoría*) pero con igual referencia, a su vez, a la aplicación práctica del Derecho por parte de del Tribunal Constitucional y de las cortes internacionales.²⁹ Buscaremos definiciones que cumplirán una indispensable función delimitadora de la realidad del derecho de sufragio pasivo en

²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional." *Revista española de derecho constitucional*, 39, 1993, p. 195.

²⁹ En el actual modelo europeo de protección, los jueces nacionales también actúan como agentes del derecho internacional. Su trabajo es fundamental para la efectividad de los estándares regionales y puede afectar la formación e implementación de dicho orden. Al mismo tiempo, los jueces regionales desarrollan clásicas funciones constitucionales. Se mantienen como custodios de las normas constitucionales nacionales e internacionales y, en este sentido, deciden sobre la compatibilidad de las normas nacionales con las normas interamericanas, establecen parámetros para la interpretación en virtud de la convención y protegen a las personas. No obstante, la naturaleza constitucional de la función de los jueces regionales no significa, en ninguna medida, que las cortes europeas (TJUE y TEDH) sean jerárquicamente superiores a los jueces constitucionales nacionales.

Europa, para hacerla algo más comprensible.³⁰ Seleccionamos, pues, para expandir las posibilidades de la investigación y así proporcionar la mejor comprensión posible del tema, referencias bibliográficas de Argentina, Alemania³¹, Bolivia, Brasil, EEUU, España, Inglaterra, India, Italia, México, Perú, Portugal, Suecia, Venezuela, y otros, tomando por criterio de selección la importancia del editorial y las universidades en que se pusieran disponibles los textos, su real y efectiva adecuación a la propuesta y por fin la historia y vida académica de los respectivos autores.

Este trabajo, está dividido en cinco apartados y las conclusiones, y una recopilación de bibliografía. En el capítulo primero, se busca analizar el derecho de sufragio a partir de las premisas del artículo 23 de la Constitución Española y el derecho de representación. Posteriormente, en el capítulo segundo, se esbozan los límites constitucionales del derecho de sufragio pasivo a partir de la hermenéutica electoral. Trataremos del principio de seguridad jurídica y el efecto de la proclamación de candidaturas, como contenido material y esencial del derecho de sufragio pasivo, y su conexión con otros principios constitucionales.

El capítulo tercero va dirigido al análisis sobre la revisión de las elecciones. Discutiremos las relaciones entre sufragio pasivo y acceso a la jurisdicción, así como del recurso contencioso-electoral y los presupuestos procesales, legitimación y objeto del recurso. Comentaremos la necesidad del agotamiento de la vía administrativa previa, sus plazos, tramitación y conclusión. Por fin, traeremos los elementos del recurso de amparo constitucional en materia electoral y sus características fundamentales frente la normativa internacional y la interpretación más favorable al derecho de sufragio operada por parte del Tribunal Constitucional y el sistema de revisión de las elecciones.

³⁰ Las definiciones, sin embargo, bien define LUCAS VERDÚ, pueden ser peligrosas frente al necesario progreso de la dogmática jurídica como respuesta a las nuevas relaciones jurídico-sociales. Véase LUCAS VERDÚ, Pablo. "Idea, concepto y definición de apertura constitucional." *Pensamiento Constitucional*, 6, 1996, pp. 61-73.

³¹ A su vez, el paralelismo entre el orden constitucional alemán y el español, por lo que hace a los medios procesales de hacer efectivos los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, justifica, en la explicación de ALONSO GARCÍA, el especial interés que para nosotros tiene en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional de la Federación Alemana. Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo, y José María BAÑO LEÓN. "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29, 1990, p. 200.

El capítulo cuarto se destina a la comprensión del derecho de sufragio pasivo y a su conexión con las causas de inhabilitación, inelegibilidad e incompatibilidad. Se busca observar como se produce en España la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo como consecuencia de algunas penas privativas de libertad en el código penal, como pena principal y como pena accesoria, bien como la privación del derecho de sufragio pasivo en la LOREG. Serán igualmente analizados los delitos electorales y la inelegibilidad de los condenados a pena de prisión en sentencia firme y no firme. Por fin veremos la incompatibilidad para el ejercicio del cargo público electo.

El análisis propuesto se vería incompleto sin el estudio del derecho de sufragio y el control de convencionalidad. Esto es la materia del capítulo quinto y ultimo. Dada la imposibilidad de abordar en él todas y cada una de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal de Luxemburgo, haremos una selección claramente no exhaustiva de la interpretación del artículo 3 del protocolo nº 1 de la Convención y sus requisitos para el ejercicio del sufragio pasivo y de revisión del procedimiento electoral. Por fin, se buscaremos los elementos esenciales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y determinadas recomendaciones de la Comisión de Venecia en tema de limites y de garantías al derecho de sufragio pasivo.

1.1 Premisas necesarias

Como bien afirma ALONSO GARCÍA, los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos. Dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser "*visibles*".³² Hace falta, sin embargo, un nuevo modelo o teoría que explique la complejidad del proceso de interacción de los diferentes catálogos de derechos fundamentales disponibles

³² El discurso de los derechos fundamentales debe advertirse, por lo oportuno, no deja ser, en esencia, un discurso de exigencias del individuo frente el poder público, en cuyo contexto cabrá considerar como sistema de mayor protección el que mayor grado de exigencias presente en favor precisamente del individuo y no del poder público, por mucho interés general que respalde las intervenciones de este último. Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea." *Cuadernos de derecho público*, 2001, pp. 17-38.

a la protección del ciudadano europeo, aun más cuando se trata de derechos de representación política.

Ahora bien, incluso los sistemas democráticos de gobierno representativo siempre restringen el derecho de votar a algunos segmentos de la población utilizando como criterios -más o menos discutibles- la ciudadanía nacional, la propiedad, los ingresos, la alfabetización, el género, la etnia, la religión, o la edad³³. El ámbito de la elección individual está, por lo tanto, delimitado por barreras independientes de la propia voluntad, que generan juicios de constitucionalidad y convencionalidad más o menos complejos.

Además, hasta la segunda mitad del siglo XVII, bajo el sufragio censitario, la calidad de ser elegible era algo “natural” para los poderosos y acaudalados candidatos. Competir y perder sería una negación pública de esta calidad, con la consecuencia de ser una deshonra no solo para el candidato sino para toda su familia. A excepción de la elección de 1797, en la Francia revolucionaria, competir a una elección estaba prohibido por ley. Sin embargo, en la moderna democracia la representación plural y democrática es una premisa estructural necesaria, y el derecho de sufragio pasivo constituye, junto al derecho de voto, una de las libertades fundamentales del hombre moderno en el ejercicio de la ciudadanía.³⁴

Dada la reconocida especificidad del Derecho electoral nacional en cada uno de los países que forman la Europa continental, una investigación sobre el tema encuentra no pocas dificultades a la hora de concretar las fuentes de información. Igualmente, la actual pluralidad de fuentes normativas en materia de derechos humanos³⁵ se refleja en la

³³ En los más antiguos modelos representativos, el argumento vencedor sostenía que el papel de los representantes era de promover el bien común, pero la capacidad intelectual para reconocer el bien de todos y las cualidades morales necesarias para llevarlo a cabo tan importante tarea no serían universales. Estos rasgos eran reconocidos mediante el uso de algunos indicadores, como riqueza, edad y sexo. Por lo tanto, la utilización de tales indicadores para restringir el derecho de voto – pasivo o activo – no violaba las normas democráticas. Véase PRZEWORSKI, Adam. "Democracy, equality, and redistribution." *Political judgement: essays for John Dunn*, 2009, p. 281.

³⁴ PRZEWORSKI, Adam. "Constraints and choices: Electoral participation in historical perspective." *Comparative Political Studies*, 42.1, 2009, pp. 5-14.

³⁵ Para PECES-BARBA MARTÍNEZ, cuando se habla de los derechos humanos se trata de explicarlos desde su raíz y en todas sus dimensiones para entender su origen, su fundamento, su estructura y su función en la sociedad, en el poder político y en el Derecho. Es una tarea que compete en primer lugar a la filosofía moral, política y jurídica, esta última, tanto en su dimensión de teoría de la justicia como de teoría del Derecho, y que se completa con la acción de diversas ramas de la ciencia jurídica, como el Derecho

tutela judicial de dichos derechos, que se caracteriza por un diálogo entre las fuentes normativas y declaraciones de tres esferas jurisdiccionales: la nacional, la internacional y la europea (Derecho de la Unión y Convenio Europeo).

Un primero paso para nuestra tarea es reconocer si existen algunos elementos que hagan reconocibles a los derechos fundamentales como categoría son la tutela judicial y el respeto a su contenido esencial por el legislador. De hecho, no hay derecho fundamental que se precie de serlo que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar al poder legislativo. Tal vendría a ser el “*contenido esencial*” de los derechos como categoría.³⁶ Los derechos “*humanos*”, y con más razón los que además gozan del rango constitucional de “*fundamentales*”, son uno de los límites más importantes al ejercicio del poder.³⁷

Jugando en el terreno de los valores, lo cierto es que la actual conformación política europea se asienta, como recuerda el Preámbulo de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, si no en una identidad sí en una comunidad de valores: “*Consciente de su patrimonio espiritual y moral*”, puede leerse en el Preámbulo, “*la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho... La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes*”.³⁸

A su vez, PETER HÄBERLE subraya que el Preámbulo del CEDH habla de un “*patrimonio común de bienes espirituales*” y con ello también se hace referencia al patrimonio histórico-jurídico. Además, si el artículo 151.1 TCE habla de “*patrimonio cultural común*” también con ello se piensa en la herencia jurídico-cultural.³⁹ Hablar del

Constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho procesal, el Derecho del trabajo e, incluso, el Derecho privado, civil o mercantil. Véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “*Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y derecho*.” Debate, 1989, p. 266.

³⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales.” *Revista española de derecho constitucional*, 25, 1989, p. 40.

³⁷ GARCÍA ROCA, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración.” *Teoría y realidad constitucional*, 20, 2007, p. 119.

³⁸ ALONSO GARCÍA, Ricardo. “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.” *Cuadernos de derecho público*, 2001, p. 39.

³⁹ HÄBERLE, Peter. “Europa como comunidad constitucional en desarrollo.” *Revista de derecho constitucional europeo*, 1, 2004, p. 16.

Preámbulo es también un pretexto para obtener una visión general y panorámica, para “comprender” antes de “interpretar” y aplicar las disposiciones escritas del Convenio y de los posteriores Protocolos, el llamado sistema del Convenio.

De esta forma, los derechos humanos en Europa se han convertido en un Derecho constitucional judicializado en distintos niveles en el contexto del llamado “*multilevel constitutionalism*”. Según J. J. GOMES CANOTILHO, basta con mirar los numerosos libros y artículos de revista surgidos últimamente para verificar que el Derecho europeo es hoy el producto de *conversaciones entre tribunales*.⁴⁰ Como ya se ha advertido, no existe hoy en la moderna dogmática de los derechos fundamentales la pretensión de primacía de una norma de Derecho sobre la otra, principalmente la constitucional sobre las de rango internacional, a la vez que, en verdad, todas ellas deberán actuar de forma verdaderamente complementaria o equivalente en beneficio de la mayor protección de los individuos.⁴¹

Desde luego, la exclusión del dualismo en la articulación de las relaciones entre Derecho de la Unión y Derecho interno responde a la necesidad de asegurar una eficacia uniforme del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y se justifica sobre todo por los objetivos del proceso de integración, por la atribución de derechos subjetivos a los particulares en una Comunidad que no sólo es de Estados⁴², sino también de pueblos y de ciudadanos, y también por la existencia de un órgano judicial común

⁴⁰ De todo género, desde los tribunales de primera instancia hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pasando por los tribunales superiores y tribunales constitucionales. Véase GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Principios y “nuevos constitucionalismos”: el problema de los nuevos principios.” *Revista de derecho constitucional europeo*, 14, 2010, p. 322.

⁴¹ DUARTE, Maria Luísa. “O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”.” *Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques*, 2004, pp. 1747-1768.

⁴² En la opinión de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, la Unión Europea, por múltiples razones, comenzando por la base jurídica de su sistema constitucional - un Tratado - no puede prescindir de los Estados que son las piezas esenciales del modelo político común y, además los garantes de la observancia uniforme y homogénea del derecho europeo en todo el territorio de la Unión. En efecto no tendríamos un orden europeo verdadero si se admitiesen tantas variedades de su realización como regiones existen y no se contemplase la intervención de los Estados asegurando un nivel equiparable en la vigencia del derecho europeo en todo el territorio de la Unión. Pero la imprescindibilidad de los Estados en la base y funcionamiento de la Unión no puede poner en cuestión la condición descentralizada de sistemas políticos como el español ni hacer posible una recuperación de las competencias por parte del Estado central en cuanto responsable final del desarrollo y aplicación del derecho europeo, que según el reparto interno de poderes corresponda en el caso español a las Comunidades Autónomas. Véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “El Tratado Constitucional europeo y la reforma de la Constitución española.” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 57, 2005, pp. 33-48.

encargado de asegurar el respeto del derecho y dotado de una posición institucional y de las competencias necesarias para poder cumplir esta función declarando el derecho con carácter vinculante y de modo uniforme para el conjunto de la comunidad.⁴³

Dada la complejidad de la materia, y de modo a tratar del tema propuesto con el rigor científico adecuado, algunas preguntas iniciales son necesarias, a saber: ¿Qué se entiende por derechos humanos? ¿Qué se entiende por derechos políticos? ¿Cuáles son sus características? ¿Cuáles son los instrumentos y técnicas utilizadas por los jueces nacionales e internacionales a la vez de interpretar los derechos políticos de los ciudadanos? ¿Cuál es el contexto que permea este proceso? ¿Cuáles son sus logros o sus debilidades? Aún más, la pregunta central sería, ¿cuál es la actual y efectiva protección del derecho del ciudadano de presentarse como candidato a cargos públicos representativos en elecciones libres en Europa?

Nadie podrá sostener, desde luego, que las ideologías políticas hoy se limitan a ámbitos reducidos, como los estatales, por ejemplo. Como bien explica LUCAS VERDÚ, el conflicto ideológico es universal⁴⁴. Además, el término "*derechos humanos internacionales*" corresponde al "*movimiento internacional de los derechos humanos*", nacido después de la Segunda Guerra Mundial por la convicción de que la forma en que se trata a los seres humanos en cualquier lugar afecta a todos, en todas partes.⁴⁵

En realidad, en el Estado constitucional, la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder, ya no está sólo condicionada por las reglas que disciplinan las formas mayoritarias de su ejercicio – el *quién* y el *cómo* de las decisiones – sino también por las reglas que condicionan su sustancia – es decir, el *qué* es lícito u obligatorio decidir, por cualquier mayoría – y que son, justamente, las garantías⁴⁶ impuestas a sus contenidos

⁴³ DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales." *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1.2, 1997, p. 371.

⁴⁴ LUCAS VERDÚ, Pablo. "Algunas consideraciones sobre los partidos políticos y grupos de presión en la comunidad internacional." *Revista Española de Derecho Internacional*, 6.3, 1953, p. 615. Para visión más contemporánea donde se aborda esta problemática véase GARCÍA ROCA, Javier, y Encarna CARMONA CUENCA. "¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana." Aranzadi, Madrid, 2017.

⁴⁵ HENKIN, Louis. "International human rights as rights." *Cardozo L. Rev.*, 1, 1979, p. 425.

⁴⁶ La garantía de un derecho es parte fundamental del mismo: como se ha podido decir, la garantía "*pone dientes*" al derecho, cuya enunciación constitucional, sin ella, no pasa de ser una mera declaración o buen deseo. Sin embargo, todavía carecemos de una literatura académica suficiente que estudie los sistemas

por la constitucionalización de los derechos fundamentales. Más que ningún otro sector del ordenamiento, los derechos fundamentales constituyen un auténtico “*derecho jurisprudencial*”. Los derechos fundamentales son por definición un *case law* basado en precedentes⁴⁷. Es precisamente la jurisprudencia la que incorpora los supuestos de hecho y completa el enunciado a menudo lapidario de las declaraciones de derechos, dotándolas de concreción y certidumbre. Si se entiende que la norma a aplicar no es sólo el enunciado de la correspondiente declaración de derechos sino también su desarrollo jurisprudencial, entonces el margen de indeterminación y vaguedad queda notablemente reducido.⁴⁸

Además, los derechos y los deberes fundamentales⁴⁹, a diferencia de los derechos y deberes subjetivos del ámbito del Derecho privado, no comportan solamente beneficios para el titular del derecho, ni los deberes limitan solamente las ventajas que proporcionan a unos directos beneficiarios de estos. Suponen, en ambos casos, ventajas adicionales para el conjunto de la sociedad y para el Estado. De hecho, cuando un ciudadano ejerce su derecho de sufragio pasivo, no solamente se produce un beneficio para él, sino también para el Estado que recibe el apoyo de su participación, para el Derecho que surja de esos órganos, que tiene mayor consenso y mayor aceptación, y para los demás miembros de la sociedad a los que la participación política de ese ciudadano supone una contribución para afrontar, entre todos, los problemas sociales. Esto se deduce, en realidad, de una

comparados de garantía de los derechos fundamentales, y sus consecuencias sobre la efectiva vigencia de estos, con la intensidad con que se han estudiado, por ejemplo, las consecuencias de los sistemas electorales, los sistemas de relación entre ejecutivo y legislativo, o de los sistemas de organización territorial. Y sin embargo, los problemas que se plantean en este ámbito son considerables, y se manifiestan progresivamente, conforme se van extendiendo a contextos cada vez más amplios el régimen constitucional y la pretensión de construir auténticos estados de derecho, y a medida que los diversos regímenes constitucionales –aún los más antiguos y arraigados– tratan de profundizar en la protección de los derechos de la persona. Véase LÓPEZ GUERRA, Luis María. “Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional.” *Parlamento y Constitución. Anuario*, 12, 2009, p. 22.

⁴⁷ Véase el comentario de Javier García Roca donde se explica esto. Véase GARCÍA ROCA, Javier, y Encarna CARMONA CUENCA. “¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana.” Aranzadi, Madrid, 2017, p. 40 y ss.

⁴⁸ Díez-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas, 2013, p. 46.

⁴⁹ Para PECES-BARBA MARTÍNEZ, el ejercicio de un deber fundamental no reporta beneficios exclusivamente al titular del derecho subjetivo correlativo, cuando existe, sino que alcanza una dimensión de utilidad general, beneficiando al conjunto de los ciudadanos y a su representación jurídica, el Estado. A diferencia de los derechos fundamentales, cuya raíz ética previa (la moralidad de los derechos fundamentales) es evidente, los deberes fundamentales son, en ocasiones, consecuencia de la convención y del ejercicio del poder soberano, titular de la producción normativa. Será difícil encontrar una raíz moral al deber de contribuir con la prestación personal en el ejército por medio de las armas, al servicio al país. Incluso para las modernas corrientes defensoras de la objeción de conciencia se pueden encontrar argumentos morales contra ese deber. Véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Los deberes fundamentales.” *Doxa*, Alicante, n. 4, 1987, pp. 336-337.

interpretación institucional o funcional de los derechos fundamentales, hecho que subraya su naturaleza de instituciones objetivas que cumplen una clara finalidad pública⁵⁰

En efecto, el derecho a ser votado constituye, junto al derecho de voto, una de las libertades fundamentales del hombre moderno en el ejercicio de la ciudadanía, que es hoy un concepto complejo y de no fácil definición pues que, como un conjunto de derechos de los nacionales de un Estado desde que apareció en el siglo XVIII, introdujo una cierta dualidad en la concepción de los derechos.⁵¹ ¿Al final, quien debe participar de las elecciones? Al respecto, no basta con que el Estado garantice la participación política, sino que a la vez debe garantizar los demás derechos para evitar que el derecho a la participación se vea vulnerado por vía indirecta⁵². Esta interdependencia ha sido reconocida por los Estados en la Declaración y Programa de Acción de Viena.⁵³

Desde la perspectiva internacional, las convenciones de derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial garantizan el derecho a la participación política principalmente al requerir que los signatarios celebren elecciones justas a intervalos regulares⁵⁴. Las Naciones Unidas también comenzaron a supervisar las elecciones y los plebiscitos con regularidad en los territorios coloniales y en los nuevos estados independientes. De ahí que, el desarrollo de interpretaciones de estas convenciones, según

⁵⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Derechos fundamentales." 1987, pp. 2-3.

⁵¹ LIÑÁN NOGUERAS, Diego. "La ciudadanía europea: una cuestión abierta." *Teoría y realidad constitucional*, 32, 2013, p. 357.

⁵² BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "El derecho humano a la participación política." *Derecho PUCP*, 59, 2006, pp. 15-16. Los apellidos en mayúscula

⁵³ Donde se indica que: *La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. [...] La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero.* Véase Asamblea General de las Naciones Unidas. «Declaración y Programa de Acción de Viena» aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, párrafo 18. A/CONF.157/23, de 12 de Julio de 1993.

⁵⁴ La periodicidad del voto ha de ser respetada como forma de salvaguardar todo el sistema democrático. En las elecciones, partidos o candidatos se presentan para los electores. Específicamente, ellos dicen a los votantes qué políticas se adoptarán, con qué propósito, y con qué consecuencias. Una vez elegidos, los candidatos victoriosos eligen las políticas, no necesariamente las mismas que anunciaron. Habiendo observado los resultados de las políticas adoptadas, los votantes votan nuevamente.⁵⁴ La periodicidad comporta, por lo tanto, un sesgo democrático importante. En este orden de ideas, como bien define ARAGÓN REYES, esta limitación temporal del poder, junto a la funcional (división de poderes) y la material (derechos fundamentales), constituyen el presupuesto del Estado liberal democrático. Véase ARAGÓN REYES, Manuel. "Derecho de sufragio: principio y función." *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, FCE, México, 1998, p. 175.

lo informado por la práctica del monitoreo electoral, sugiere que el derecho a la participación política ya está establecido como una cuestión de derecho de los tratados.⁵⁵

En otro orden de consideraciones, con la creación de las Comunidades Europeas, como ejemplo original y más avanzado de un proceso de integración económica y política, pero ya también a través de derechos, ha nacido un Derecho nuevo y autónomo, el actual derecho de Unión, destinado a regir las relaciones recíprocas de los ciudadanos, las instituciones y sus Estados miembros. Para alcanzar este objetivo, el Derecho comunitario siempre estuvo integrado por el cuerpo de normas contenidas en los Tratados (formador del Derecho comunitario originario), pero también por las disposiciones de los actos normativos emanados de las instituciones comunitarias (que integran el Derecho comunitario derivado).⁵⁶

En Europa, por ejemplo, la diversidad natural de los intereses y experiencias individuales implica que es poco probable que los individuos tengan puntos de vista similares sobre el papel del Estado, los límites apropiados a la acción del Estado y los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, la consecuencia más natural es la falta de coordinación: es poco probable que los ciudadanos logren la coordinación sin algún tipo de organización, liderazgo u otro método para construir una solución focal para su problema.⁵⁷ En conclusión, defiende ROBERT DAHL, es evidente que instituciones democráticas más fuertes proporcionarían un mejor control democrático sobre la autoridad delegada a los responsables de la toma de decisiones transnacionales⁵⁸. Por lo tanto, resulta fundamental desarrollar las instituciones europeas de cara a mejorar el entendimiento de la ciudadanía, la deliberación y la participación informada.

Desde una perspectiva individual, la nacionalidad siempre ha sido un criterio importante para el ejercicio de los derechos políticos, especialmente el derecho a votar y ser votado. Representaba una clara tendencia de protección al ciudadano nacional. Bajo

⁵⁵ FOX, Gregory H. "The right to political participation in international law." *Yale J. Int'l L.*, 17, 1992, p. 552.

⁵⁶ MOTA DE CAMPOS, João Mota. João Luiz Mota de CAMPOS. António Pinto PEREIRA. *Direito Comunitário*. I Vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 319.

⁵⁷ WEINGAST, Barry R. "The political foundations of democracy and the rule of the law." *American political science review*, 91.2, 1997, pp. 245-263.

⁵⁸ DAHL, Robert A. "A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation." *Political science quarterly*, 109.1, 1994, p. 33.

e Estado liberal representativo estaba el Estado nacional. Es desde el origen un tema de profunda raíz nacionalista. Sin embargo, la libre circulación de personas en Europa y la actual realidad de los flujos migratorios en el mundo indican una necesidad de cambiar el aspecto restrictivo al derecho de candidatura por la nacionalidad con la gradual posibilidad de que el derecho de sufragio también pueda ser ejercido por extranjeros residentes en territorio nacional, sea en su capacidad activa o pasiva.⁵⁹ Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar y combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad⁶⁰ ante la ley de todos los ciudadanos, los verdaderos titulares de los derechos políticos y electorales.⁶¹

En el ámbito de los tratados, el primer Derecho Comunitario ya obligaba a interpretar las normas internas, tanto materiales como procedimentales, incluidas las constitucionales, del modo que mejor sirvan a su más correcta ejecución.⁶² Actualmente, el Derecho de la Unión, en palabras de ALONSO GARCÍA, sin constituir canon directo de constitucionalidad, puede ser utilizado como parámetro de interpretación de los derechos

⁵⁹ De hecho, es necesario salvaguardar el derecho de la persona de influir en el proceso político del lugar donde reside y ejerce su actividad profesional con habitualidad. Al final esta persona está sujeta a todas las demás obligaciones y derechos patrocinados y administrados por el Estado, por la Administración pública. Es natural que pueda – igualmente a los nacionales residentes – influir políticamente en la formación parlamentaria y en el control de la Administración pública a través del voto libre.

⁶⁰ En España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, más comúnmente conocida como la “Ley de igualdad” un instrumento innovador y sin precedentes en el ordenamiento jurídico del país, introduce la discriminación positiva de las mujeres en la representación política. Los partidos, bajo riesgo de ver invalidadas sus candidaturas, han de buscar el equilibrio entre los sexos siguiendo reglas que son presentadas con claridad en la Ley. En la especificación de un umbral mínimo en la representación de las mujeres, que no puede ser inferior al 40% de las candidaturas, la Ley de igualdad coloca a España en la vanguardia de los países que persiguen la paridad efectiva a través de la intervención directa del Estado en el comportamiento de los partidos políticos. La paridad, sin embargo, es un objetivo que requiere también del concurso de una firme voluntad política para lograr que las leyes se vean cumplidas tanto en su letra como en su espíritu. Véase MARTÍNEZ PÉREZ, Álvaro, y Kerman CALVO. “Un análisis del efecto de la Ley de igualdad en la representación electoral, parlamentaria y el comportamiento electoral de las mujeres en las elecciones generales de 2008.” *Estudios de Progreso*, 48, 2010, p. 14.

⁶¹ En definitiva, el derecho a la participación política sin discriminación sólo existirá cuando el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos y los dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. La observancia del principio de legalidad, de su parte, exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. En efecto, la restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Al fin y al cabo, cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

⁶² ALONSO GARCÍA, Ricardo. “La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español.” *Revista de administración pública*, 121, 1990, p. 220.

fundamentales plasmados en el texto constitucional. En España, el Tribunal Constitucional sostuvo en la STC 28/1991, de 14 de febrero, que el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española “*habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el artículo 10.2 de la Constitución*”, añadiendo a continuación en aquel momento que las normas del Derecho de la Comunitario “*podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el artículo 10.2*”.⁶³ No obstante, para ALONSO GARCÍA los tratados de la Unión Europea y las normas a partir de ellos generadas por sus instituciones responden a una naturaleza especial a partir de la primacía y de la cesión de soberanía operada *ex art. 93 CE*.⁶⁴

Ahora bien, como consecuencia del origen económico del modelo de integración europeo y del marcado carácter intergubernamental de su proceso de evolución, el discurso de la ciudadanía en la construcción europea no ha ocupado nunca un lugar central más allá de proclamaciones retóricas. Sin embargo, la incorporación de este discurso a la Unión Europea es una experiencia inédita en el ámbito de las organizaciones internacionales. Su introducción y desarrollo dentro del sistema europeo ha sido *per se* un éxito sin precedentes, pero no conviene ignorar sus límites y dificultades especiales que parecen renovarse en el horizonte de las garantías jurídicas.⁶⁵

Así las cosas, importa subrayar que entre los sistemas jurídicos nacional y europeo se produce una complementariedad en un *espacio constitucional común*, que requiere una aproximación diferente a la clásica de estructura piramidal de jerarquía de Kelsen, dada de la no exclusividad constitucional de los Estados o la relatividad de los espacios constitucionales nacionales. Así las cosas, la efectividad de la jurisprudencia del Derecho de la Unión en el orden interno de cada Estado está condicionada decisivamente por la actitud de los órganos jurisdiccionales nacionales, a los que incumbe, en su ámbito de competencia territorial y funcional, la aplicación de las normas comunitarias según la

⁶³ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El soft law comunitario." *Revista de Administración Pública*, 154, 2001, pp. 89-90.

⁶⁴ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El control de convencionalidad: cinco interrogantes." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 2020, p. 32.

⁶⁵ LIÑÁN NOGUERAS, Diego. "La ciudadanía europea: una cuestión abierta." *Teoría y realidad constitucional*, 32, 2013, p. 370.

interpretación dada a éstas por el Tribunal de Justicia⁶⁶ y la tutela de los derechos subjetivos conferidos por dichas normas, garantizando así la plena eficacia del Derecho de la Unión y, en particular, su efecto directo y su primacía, en caso de conflicto, sobre el Derecho interno. A este respecto recae, bien afirma la doctrina, una especial responsabilidad sobre los órganos jurisdiccionales nacionales de carácter supremo.⁶⁷

Ahora bien, según pone de relieve GARCÍA ROCA, la integración europea reclama a los constitucionalistas mayor flexibilidad en la elaboración de unas construcciones jurídicas adecuadas a las necesidades y complejas realidades del nuevo constitucionalismo emergente; en este contexto, Europa está en un “*momento constitucional*” más que verdaderamente constituyente.⁶⁸ Pese a no haberse producido todavía la adhesión de la Unión al sistema del Convenio⁶⁹ las decisiones de ambos tribunales – TEDH y TJUE – son automáticamente aplicables en los respectivos Estados miembros. Además, la relación TJUE y TEDH no es de jerarquía, sino de especialidad y la diferenciación se funda en las diversas competencias o atribuciones.⁷⁰

⁶⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión, órgano encargado de interpretar y salvaguardar el ordenamiento comunitario, subsanó en buena medida las deficiencias de este ordenamiento en materia de Derechos Humanos mediante una creación jurisprudencial. Así, afirma el Tribunal, a partir de la década de los setenta, que los derechos fundamentales establecidos en todos los países comunitarios, aunque no estén expresamente reconocidos en el ordenamiento comunitario, forman parte de éste en cuanto principios generales del Derecho, de forma que las normas comunitarias europeas deben respetarlos. Véase PÉREZ TREMPES, Pablo. "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales." *Anuario de la Facultad de Derecho*, 10, 1992, p. 84.

⁶⁷ DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales." *op. cit.*, pp. 327-351.

⁶⁸ GARCÍA ROCA, Javier. "Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad." *Revista de estudios políticos*, 119, 2003, p. 166.

⁶⁹ Aunque la Unión Europea no pudo entrar en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (ECJ, 13 Junio de 2014, *opinion* 2/13), la Unión defiende los derechos inscritos en dicha Convención. Las disposiciones de la CEDH se incorporaron a la legislación de la Unión Europea en 1992. El artículo F del Tratado de Maastricht otorgó a las instituciones europeas y a las Altas Partes Contratantes una obligación de respetar los derechos fundamentales consignados en el CEDH (Artículo F., Título I “Disposiciones comunes” Tratado de la Unión Europea, 1992). Esta disposición se mantuvo y fue reforzada por tratados posteriores. El tratado de Ámsterdam, que modifica el Tratado de la Unión Europea, otorgó competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pronunciarse sobre la aplicación del artículo y, por tanto, sancionar las infracciones de la Convención tanto por parte de los Estados miembros como de las instituciones de la Unión Europea. Así, aunque no puede adherirse al CEDH, la Unión Europea sí garantiza un grado de protección satisfactorio a través del ahora artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. (Artículo 6, Título I “Disposiciones comunes” Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, 2007). Véase SCORDIA, Viola. *Prisoner voting rights on a European perspective: the cases of McHugh & others v. The United Kingdom and Thierry Delvigne v. Commune de Lesparre Médoc*, National Research Council, Institute for Research on Population and Social Policies, 2017, p. 6.

⁷⁰ LEÃO, Anabela Costa. "A carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional." 2006, p. 72.

1.2 El artículo 23 de la Constitución Española y el derecho de representación

Como nadie ignora, la totalidad del derecho electoral no tiene otro objeto que establecer las condiciones jurídicas del derecho de participación política de los ciudadanos. Tanto en su vertiente activa del derecho a participar mediante la emisión del voto, como en su vertiente pasiva del derecho a acceder, mediante la elección popular, al ejercicio de cargos públicos, las normas españolas revelan – como veremos más adelante – la indisoluble conexión de sentido lógico, ya que no cabe el uno sin el otro, que existe entre los derechos al sufragio activo (art. 23.1 CE) y al pasivo (art. 23.2).⁷¹

La participación del ciudadano en la vida política va a concebirse como un principio básico de la organización de un Estado democrático. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional español cuando afirma que el derecho a participar en los asuntos públicos como elector y elegible, tal y como se reconoce en el artículo 23, apartados 1 y 2, de la Constitución, aparece “*en virtud del carácter democrático del Estado, como elemento básico de todo el sistema constitucional*”⁷², como “*piedra angular del sistema democrático*”⁷³

Ahora bien, el artículo 23 de la Constitución no es estático ni cerrado. Fundamentalmente, porque el reenvío del artículo 23.2 a las leyes exige la libertad de creación del legislador para determinar sus concretos contenidos. Por tanto, el derecho de representación no existe en la literalidad de las normas, sino que aparece como consecuencia de las relaciones jurídicas que el Juez constitucional ha establecido a través de la técnica de intercambialidad de cláusulas constitucionales.⁷⁴

El “*punte*” que el Tribunal Constitucional ha tendido entre ambos apartados del art. 23 sería efectivamente una construcción jurisprudencial inevitable, ya que la edificación se desprende de la posición constitucional del ciudadano como sujeto a la vez de ambos derechos de participación política. Estas dos modalidades del principio representativo están la una al servicio de la otra en una inescindible relación. Al fin y al cabo, nadie puede ser candidato sin electores. Y, del mismo modo, los ciudadanos

⁷¹ ARAGÓN REYES, Manuel. “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo.” *op. cit.*, p. 178.

⁷² STC 26/90, caso *Elecciones de Pontevedra*.

⁷³ STC 27/90, caso *Elecciones de Ávila*.

⁷⁴ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 20.

evidentemente no votan por divertimento sino para consentir el ejercicio del poder por los gobernantes.⁷⁵

En el ámbito electoral, el control de la validez de las elecciones es un tema delicado que reviste gran interés, ya que enlaza con la efectividad del propio fundamento del sistema democrático. En España, el artículo 70.2⁷⁶ de la Constitución atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para velar por la pureza del procedimiento electoral de los miembros de las Cámaras.

1.2.1 Sufragio pasivo: concepto y caracterización

Según la STC 45/1983, de 25 de mayo, la elegibilidad es, a tenor del art. 70.1 de la Constitución Española, un derecho de los ciudadanos configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad. Se inserta en el marco del art. 23.2, de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien, estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no esté incurso en causas de inelegibilidad, definidas en la C.E. y por remisión, en la Ley Electoral, interpretadas dentro del marco constitucional. (FJ 4)

Por lo tanto, el derecho de sufragio pasivo es un “derecho de configuración legal” y no un derecho sustantivo. Incorpora como una garantía constitucional la imposibilidad de trato desigual o discriminatorio y la revisión de la regularidad de los requisitos fijados en las leyes. La sentencia citada añade: la inelegibilidad, definida por Ley Electoral, a la que se remite, a estos efectos, el art. 70.1 de la C.E., delimita el derecho, de modo que será aquella norma, en tanto respete el contenido esencial, la decisiva para conocer si se ha producido una privación del derecho electoral pasivo.

1.2.2 ¿Derecho de configuración legal?

FIGUERUELO BURRIEZA defiende que el derecho fundamental que otorga el art. 23.2 es un derecho puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal Constitucional toda norma o toda aplicación concreta de una norma que

⁷⁵ GARCÍA ROCA, Javier. “Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia.” *op. cit.*, p. 19.

⁷⁶ Artículo 70. 2. *La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.*

quiebre la igualdad. Asimismo, del contenido sustantivo del artículo 23.2 en cuanto derecho subjetivo se desprende una obligación jurídica para los poderes públicos de evitar toda desigualdad de trato jurídico, tanto en el texto de las leyes o normas jurídicas como en la aplicación de estas. En conclusión, defiende que todo requisito legal de accesibilidad que imponga una distinción no justificada y toda norma o actividad de aplicación que comporte una discriminación en la selección de los aspirantes es inconstitucional.⁷⁷

En relación precisamente con el derecho de acceso a los cargos públicos representativos, la categoría de “*derechos de configuración legal*” es “*extremadamente peligrosa*”, ya que puede autorizar un vaciamiento legal del derecho fundamental.⁷⁸ Además, resulta hoy difícil resumir en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el TJUE y el TEDH en temas electorales, entre otras razones, como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso jurisprudencial.⁷⁹

Ahora bien, en este modelo político-institucional, concluimos, la función de la *jurisdictio* tendrá un elevado protagonismo y problemas institucionales acerca de los criterios y modos de legitimación de la actuación judicial despuntan en el horizonte.

En España, subraya GARCÍA ROCA, en el tema de representación política el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación “*constructiva*” y definitoria de la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental antes que meramente aclaratoria o esclarecedora de su contenido. Hasta el punto de que – para nuestro querido maestro español – sería mucho más correcto hablar de un derecho fundamental de “*construcción jurisprudencial*” y no de “*configuración legal*” como la propia jurisprudencia suele denominarlo. Esa expresión tan habitual en la jurisprudencia constitucional – “*derecho fundamental de configuración legal*”⁸⁰ – es más una cláusula

⁷⁷ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. "Notas acerca del recurso de amparo electoral." *Revista española de derecho constitucional*, 25, 1989, p. 145.

⁷⁸ Desde una perspectiva crítica con la categoría véase GARCÍA ROCA, Javier. "Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución." *Aranzadi, Pamplona*, 1999, p. 187.

⁷⁹ DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales." *op. cit.*, p. 336.

⁸⁰ Para MARÍA ELENA REBATO PEÑO, la ley, como veremos, determinará en consecuencia las condiciones de acceso a los cargos públicos, fijando entre otras las condiciones de elegibilidad, ejercicio, permanencia y cese. Podrá incluso delimitar negativamente el derecho, pero sin afectar su contenido esencial, calificado por el propio Tribunal Constitucional como “*límite genérico a la regulación legal ordinaria de los derechos*

de estilo que una verdadera categoría jurídica, ya que alberga usos muy dispares en los muy variados derechos fundamentales a los que la ha aplicado y dista de haber sido definida por la doctrina de una manera general y convincente⁸¹.

Además, en temas de derechos fundamentales existe un delicado problema del “límite de los límites”. Es decir, si el derecho de sufragio es un derecho que atribuye un muy amplio margen de libertad al legislador, ¿cuál es ese contenido esencial mínimo disponible? o, desde otra perspectiva, ¿cuál el límite del legislador para crear causas de inelegibilidad? Más aún, ¿forma parte del contenido esencial aspectos que condicionan su realización efectiva o, el sufragio pasivo contempla exclusivamente el ser proclamado candidato en condiciones formales de igualdad?

Para responder a estos interrogantes conviene tener en cuenta que regular el derecho supone que éste se encuentra ya delimitado constitucionalmente.

fundamentales" (STC 24/90, caso *Elecciones de Murcia*, FJ, 7º). Véase REBATO PEÑO, María Elena. "El derecho de sufragio pasivo." *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2, 1998, p. 230.

⁸¹ A partir de esta reflexión resta claro que no es la ley la que realmente ha concretado y desarrollado el contenido del derecho – como parece querer decirse – sino diversos *leading cases*. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia." *op. cit.*, p. 16.

2. Límites constitucionales del derecho de sufragio pasivo

En este sentido, en las conclusiones del voto particular de la STC 75/1983, de 3 de agosto, se destaca *“que la remisión que el art. 23 hace a las condiciones establecidas por la Ley no es una remisión que permita en este caso una libertad absoluta del legislador, sino que encuentra los límites genéricos de la Constitución, entre los cuales se encuentran de nuevo el establecido en el art. 14.”* Así, el Tribunal Constitucional ubica el principio de igualdad como criterio de legitimación de toda y cualquier norma que intente conformar los derechos del 23 CE.

En la STC 72/1984, de 14 de junio, el TC hubo de pronunciarse sobre el proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores. Entendió que dicha ley, reguladora de un aspecto parcial del proceso electoral, no respeta la reserva de ley en materia electoral del artículo 81 de la Constitución española, pues *“para que una ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quienes pueden elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial. Utilizando una nomenclatura que es cara a nuestra Constitución, puede decirse que existe un contenido esencial de la Ley Electoral que no se cumple cuando el legislador se limita a establecer las incompatibilidades de diputados y senadores, sino cuando regula las antes referidas materias.”*⁸²

Desde la óptica de la titularidad subjetiva del derecho de sufragio pasivo, sólo se podrán considerar causas de inelegibilidad las contenidas expresamente en la Constitución y en la LOREG. En otros términos, cualquier otro impedimento de similar naturaleza regulado al margen de este ámbito de reserva comportaría una violación de la garantía constitucional del derecho de sufragio pasivo. Una pequeña pero consistente garantía formal. Una reserva de ley específica.

2.1 Hermenéutica electoral

⁸² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30, 1990, pp. 133-134.

Es doctrina constante de la Junta Electoral Central (JEC), confirmada por el TC, que no cabe una interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad: *La elegibilidad es un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad*. Es la Ley Electoral la que configura la elegibilidad⁸³.

El art. 23.2 de la Constitución - por lo tanto - confiere a todos los ciudadanos el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, siempre que satisfagan los requisitos que señalen las leyes. De este derecho forma parte el llamado sufragio pasivo, cuya configuración ha de realizarse por ley, la cual podrá delimitarlo negativamente mediante la fijación de causas de inelegibilidad⁸⁴, siempre que se respete el contenido esencial del derecho⁸⁵. Pero tales causas, en la medida en que limitan un derecho constitucional, han de ser taxativamente establecidas y no cabe - como ha puesto el Tribunal en la STC 45/1983, de 25 de mayo - una interpretación analógica de las mismas. Por ello, cualquier interpretación extensiva de restricciones legales electorales puede conculcar el mandato constitucional y, asimismo, el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución el férreo principio de legalidad electoral que del art. 23.2 CE se desprende.

Esta exigencia es resultado del principio constitucional que obliga a una interpretación de las normas electorales desde la óptica más favorable. Así reconoció, por ejemplo, la STC 169/1987, de 29 de octubre, acerca de la interpretación del art. 113.2 d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en el que, aunque se diferenciaba en relación con la nulidad de una elección entre “nueva convocatoria” en la circunscripción correspondiente y “nueva elección” refiriendo ésta al caso del cargo de Presidente de una Corporación Local, consideró el Tribunal Constitucional que la expresión “nueva convocatoria”, si es empleada sin especificación de ninguna especie, se refiere a la convocatoria de un proceso electoral íntegro con inclusión de todas sus fases.

Como reiteradamente ha indicado el Tribunal (SSTC 34/1983, de 6 de mayo; 57/1985, de 29 de abril, entre otras muchas), la Constitución impone un principio de

⁸³ STC 45/1983, de 25 de mayo.

⁸⁴ A las que hace referencia el art. 70.1 de la Constitución.

⁸⁵ Tal como exige el art. 53.1 de la Constitución.

interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. Principio que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes.⁸⁶

2.2 El principio de seguridad jurídica y el efecto de la proclamación de candidaturas

El proceso electoral es por naturaleza un proceso extremadamente rápido que se caracteriza por la perentoriedad de todos sus plazos y fases, tanto desde la perspectiva administrativo-electoral, cuanto desde el control jurisdiccional del mismo. En este sentido, el artículo 7.1 de la LOREG determina el ámbito temporal de impugnación al establecer que *“la calificación de inelegibilidad procederá el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones”*⁸⁷. Pese a la literalidad del precepto, el ejercicio del derecho de sufragio pasivo no puede ser jurídicamente cuestionado en cualquier momento so pena de quebrar el principio de seguridad jurídica y continuidad que debe presidir el proceso electoral.⁸⁸

La cuestión reviste singular interés en relación con el trámite de subsanación previsto en el art. 47.2 de la LOREG⁸⁹. Como se indicó ya en la STC 73/1986, de 3 de junio, la Administración electoral viene obligada *“ex officio”* a poner en conocimiento de las listas presentadas cualquier posible irregularidad al objeto de permitir su subsanación. Ello es debido a que *«en este específico procedimiento no ha querido la Ley dejar la suerte de las candidaturas a merced de la sola diligencia, o de la información bastante, de quienes las integran o representan, introduciendo un deber de examen de oficio para*

⁸⁶ Esta consideración general *“es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar a la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable, sin perjuicio del necesario respeto a la legislación electoral y de la diligencia que los partícipes activos en las elecciones han de tener en su actuación para posibilitar un ordenado y fluido proceso electoral”* Véase STC 76/1987, de 25 de mayo; FJ 2.

⁸⁷ Artículo 7. 1. *La calificación de inelegible procederá respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior, el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones.*

⁸⁸ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 21-27.

⁸⁹ Artículo 47. 2. *Dos días después, las Juntas Electorales competentes comunican a los representantes de las candidaturas las irregularidades apreciadas en ellas de oficio o denunciadas por otros representantes. El plazo para subsanación es de cuarenta y ocho horas.*

la Administración que, al operar como garantía del derecho, no puede ser desconocido sin daño para éste»» (STC 19/1987, de 17 de febrero), por lo que no puede pesar sobre los ciudadanos una consecuencia gravosa para sus derechos fundamentales que tiene su origen en la falta de la diligencia debida por parte de los Poderes Públicos en la garantía de la plena efectividad de los mismos.⁹⁰

En otras palabras, si la Administración electoral incumple este deber de apreciación de oficio de los defectos y no da ocasión a los interesados para la reparación de unas irregularidades que después llevan al rechazo de las candidaturas, se habría ignorado una garantía dispuesta por la LOREG en el art. 47.2 para la efectividad del derecho fundamental. Incluso, en la STC 59/1987, 19 de mayo, el Tribunal Constitucional sostuvo que tal posibilidad de subsanación de las irregularidades (previstas en el art. 47.2 LOREG) no podía ser eludida mediante una distinción entre simples “irregularidades” y “defectos sustantivos” o esenciales, distinción que no cuenta con base legal. En realidad, resulta contradicha por la permisión que la propia Ley hace (art. 48.1) de la modificación de candidaturas a resultas de subsanación y que desconoce, por lo demás, el principio interpretativo según el cual la legalidad aplicable ha de ser entendida en los términos más favorables a la plena efectividad del derecho fundamental. Todavía con mayor rotundidad, en la STC 86/1987, de 1 de junio, el Tribunal Constitucional afirma que la Administración electoral viene obligada a poner en conocimiento de los componentes de las listas presentadas cualquier posible irregularidad al objeto de permitir su subsanación. De hecho, en las sentencias indicadas el TC o bien declaró el derecho del recurrente a ser proclamado candidato, o bien ordenó que se retrotrajesen las actuaciones al objeto de permitir la subsanación de aquellas irregularidades inicialmente inadvertidas por la Administración electoral.⁹¹

La proclamación de candidatos, por otra parte, tiene un efecto constitutivo, y no sólo declarativo, del derecho de sufragio pasivo. Por tanto, realizada la misma el vigésimo séptimo día posterior a la convocatoria (art. 47.3 LOREG⁹²), si ésta no fuese impugnada en el plazo de dos días ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (art. 49

⁹⁰ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., pp. 30-36.

⁹¹ Idem, pp. 40 yss.

⁹² Artículo 47. 3. *Las Juntas Electorales competentes realizan la proclamación de candidatos el vigésimo séptimo día posterior a la convocatoria.*

LOREG⁹³), deviene en firme, de modo tal, que pese a la declaración extensiva del art. 7.1 LOREG, no cabe una ulterior apreciación jurídica de presuntas causas de inelegibilidad. El principio de seguridad jurídica se conecta, así, con el de preclusión. Para concluir, las inelegibilidades no detectadas en tiempo y forma sólo son susceptibles de fiscalización por las Cámaras como causas de incompatibilidad (art. 155.1 LOREG⁹⁴).

2.3 Contenido material

La “capacidad electoral pasiva” es la capacidad para concurrir como candidato y para ser elegido a cargos públicos representativos en las elecciones. Se encuentra regulada en los artículos 6 y 7 de la LOREG, sin perjuicio de las especificaciones respecto de cada elección, por el artículo 154 LOREG⁹⁵ en las elecciones generales, el artículo 177

⁹³ Artículo 49. 1. A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportunos. 2. El plazo para interponer el recurso previsto en el párrafo anterior discurre a partir de la publicación de los candidatos proclamados, sin perjuicio de la preceptiva notificación al representante de aquel o aquellos que hubieran sido excluidos. 3. La resolución judicial, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el presente artículo, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1 a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 4. El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes. 5. Los recursos previstos en el presente artículo serán de aplicación a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores a los que se refiere el apartado 4 del artículo 44 de la presente Ley Orgánica, con las siguientes salvedades: a) El recurso previsto en el apartado primero del presente artículo se interpondrá ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) Estarán también legitimados para la interposición del recurso los que lo estén para solicitar la declaración de ilegalidad de un partido político, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, teniendo derecho de acceso a la documentación que obre en poder de las Juntas Electorales. c) Si durante la campaña electoral las partes legitimadas para interponer el recurso tuvieran conocimiento de circunstancias que, con arreglo al artículo 44.4 de esta Ley, impiden la presentación de candidaturas, el recurso podrá interponerse hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria, debiendo resolver la Sala especial del Tribunal Supremo dentro del tercer día a partir de la interposición. En este supuesto, no resultará de aplicación la prohibición de fabricación de las papeletas de la candidatura afectada prevista en el artículo 71.2.

⁹⁴ Artículo 155. 1. Las causas de inelegibilidad de los Diputados y Senadores lo son también de incompatibilidad.

⁹⁵ Artículo 154. 1. Además de quienes incurran en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 6 de esta Ley, son inelegibles para el cargo de Diputado o Senador quienes ejerzan funciones o cargos conferidos y remunerados por un Estado extranjero. 2. Tampoco son elegibles para el Congreso de los Diputados los Presidentes y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, así como los cargos de libre designación de dichos Consejos y los miembros de las Instituciones Autónomas que por mandato estatutario o legal deban ser elegidos por la Asamblea Legislativa correspondiente. 3. Nadie puede presentarse simultáneamente como candidato al Congreso de los Diputados y al Senado.

LOREG⁹⁶ respecto a las elecciones locales y el artículo 210 bis LOREG⁹⁷ acerca de las elecciones al Parlamento Europeo. Además, para los extranjeros, en el momento de presentación de las candidaturas, los candidatos deben declarar formalmente su nacionalidad, el domicilio en España (y el último en el país de origen), y, finalmente el que no han sido privados del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen (apartado 1 del artículo 187 bis de la LOREG⁹⁸).

La Ley Electoral bien define las causas de incapacidad electoral pasiva. Unas son de naturaleza civil⁹⁹ impiden el ejercicio pleno del cargo. Otras, de naturaleza penal¹⁰⁰,

⁹⁶ Artículo 177. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo II del Título I de esta Ley, son elegibles en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o bien, sean nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un tratado. b) Reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en esta Ley para los españoles. c) No hayan sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen. 2. Son inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejales quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley y, además, los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación Local contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial.

⁹⁷ Artículo 220 bis. 1. Los ciudadanos de la Unión Europea, elegibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 210 bis.1, en el momento de la presentación de las candidaturas deberán aportar, además de los documentos necesarios para acreditar que reúnen los requisitos exigidos por la legislación española, una declaración formal en la que consten: a) Su nacionalidad, así como su domicilio en España. b) Que no se presentan simultáneamente como candidatos en las elecciones al Parlamento Europeo en ningún otro Estado miembro. c) En su caso, la mención del término municipal o de la circunscripción del Estado miembro de origen en cuyo censo electoral hayan estado inscritos en último lugar. 2. Además deberán presentar una certificación de las autoridades administrativas competentes del Estado miembro de origen, acreditativa de que el elegible comunitario no está desposeído del derecho de sufragio pasivo en el citado Estado. La Junta Electoral Central podrá también exigir que presenten un documento de identidad no caducado y que indiquen a partir de qué fecha son nacionales de un Estado miembro. 3. Efectuada la proclamación de candidaturas, la Junta Electoral Central trasladará a los otros Estados miembros la información relativa a sus respectivos nacionales incluidos como candidatos en las citadas candidaturas.

⁹⁸ Artículo 187 bis 1. Los ciudadanos, elegibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 177.1 en el momento de presentación de las candidaturas deberán aportar, además de los documentos necesarios para acreditar que reúnen los requisitos exigidos por la legislación española, una declaración formal en la que conste: a) Su nacionalidad, así como su domicilio en España. b) Que no se encuentran privados del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen. c) En su caso, la mención del último domicilio en el Estado miembro de origen.

⁹⁹ Las causas de incapacidad civil son las establecidas en los apartados b) y c) del artículo 3 de la LOREG: reconocimiento expreso de la sentencia judicial firme que declare la incapacidad civil y en la resolución judicial de autorización de internamiento en hospital psiquiátrico. En ambos supuestos la resolución judicial debe expresamente privar del derecho de sufragio pasivo.

¹⁰⁰ En cuanto a las causas penales, existen tres supuestos generales y un cuarto para las elecciones locales: (1) los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena – artículo 6.2 a) LOREG – con independencia de la situación del condenado, ya esté en prisión o en libertad condicional. Su efectividad se produce como consecuencia automática de la pena privativa y, en concreto, desde el comienzo del cumplimiento de la condena; (2) los condenados por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado, aunque la sentencia no sea firme, cuando la misma establezca la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público – artículo 6.2.b) LOREG (es un plus de exclusión para los condenados por estos delitos de remarcada gravedad); por

funcionan bien por la propia naturaleza de la pena impuesta, bien como sanción accesoria¹⁰¹.

Según GARCÍA ROCA, la privación del sufragio *excluye* materialmente a alguien de la comunidad política a la que pertenece, por ello es “*una medida excepcional que debe acordarse con todas las garantías. Una grave limitación y exclusión de derechos que sólo debe adoptarse si no existe otra medida equivalente y de forma muy matizada o proporcionada a la entidad del defecto.*”¹⁰²

En España es posible agrupar las causas de inelegibilidad del artículo 6 de la LOREG¹⁰³ de tres modos¹⁰⁴: a) causas para evitar las ventajas del ejercicio por determinados cargos y, por ende, garantizar la igualdad de oportunidades (artículo 23.2 CE y artículo 8.1 LOREG¹⁰⁵); b) causas para garantizar la neutralidad política de determinados cargos¹⁰⁶, el ejercicio de determinadas funciones públicas¹⁰⁷ o

fin, (3) los condenados por sentencia firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio, durante el tiempo de su cumplimiento – artículo 3.1.a) LOREG.

¹⁰¹ La posibilidad, por remota que sea, de que en una competencia electoral el voto de las personas encarceladas pueda inclinar la balanza es intolerable para algunos. Permitir que los reclusos voten también plantea problemas prácticos, como cómo y dónde hacerlos votar. El derecho de voto de los reclusos se argumenta por diversos motivos. Se argumenta que el régimen penal contemporáneo está destinado en última instancia a la rehabilitación en lugar del castigo, y que la preservación de los derechos de voto de los reclusos facilita su reintegración social. Algunos creen que se debe hacer una distinción entre quienes cumplen condenas leves y quienes están encarcelados por delitos graves, y que solo a estos últimos se les debe privar de sus derechos de voto. Véase BLAIS, André, Louis MASSICOTTE, y Antoine YOSHINAKA. "Deciding who has the right to vote: a comparative analysis of election laws." *Electoral studies*, 20.1, 2001, pp. 57-58.

¹⁰² GARCÍA ROCA, Javier. “Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo” en Serrano García, Ignacio (coord.), *La protección jurídica del discapacitado. II congreso regional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 178.

¹⁰³ En la STC 80/1987, de 27 de mayo, (fundamento jurídico 3º) el Tribunal Constitucional afirma que a los supuestos de inelegibilidad regulados en el art. 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) hay que añadir aquellos que derivan de determinadas penas previstas en el Código Penal. El que el art. 6.2 de la LOREG mencione sólo algunas causas de inelegibilidad derivadas de sanciones penales no significa que hayan quedado derogadas las restantes previstas en el Código Penal y que integran el contenido de determinadas penas, como inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para el derecho de sufragio y otras. Tal es el caso de la pena de suspensión de cargo público, cuyos propios efectos, regulados por el art. 38 del Código Penal, implican la imposibilidad de obtener otro de funciones análogas durante el tiempo de la condena.

¹⁰⁴ Véase CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999, op. cit.*, pp. 21-27.

¹⁰⁵ Son las establecidas en los apartados f), g), k), l), m), n), o) y p) del artículo 6.1 LOREG, y se refieren sobre todo a los altos cargos de las diferentes Administraciones Públicas, como los Subsecretarios, Secretarios generales, Directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular los Directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado.

¹⁰⁶ Presidentes y miembros de órganos e instituciones constitucionales.

¹⁰⁷ Magistrados, militares y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

circunstancias personales¹⁰⁸; y c) causas para asegurar la transparencia y objetividad del proceso electoral¹⁰⁹, que exige la inelegibilidad de los miembros de las Juntas Electorales y de los altos cargos de la Oficina del Censo Electoral.¹¹⁰

Además, para el TC la falta de “capacidad jurídica” para ser elegible no debe confundirse con el instituto jurídico de la “inelegibilidad”. El propio art. 6.1 LOREG distingue ambas categorías cuando dispone que, para ser elegible, además de poseer la cualidad de elector, no ha de estar incurso en una de las causas de inelegibilidad que enumera a continuación el precepto (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4).

2.4 Contenido esencial

El contenido esencial del derecho de sufragio pasivo está conectado con el ámbito de su protección en amparo. La doctrina de las conocidas SSTC 5/1983, de 4 de febrero y 10/1983, de 21 de febrero, se apoya en la íntima relación entre el derecho de sufragio activo y el pasivo. Así afirma el TC que al conocer de un recurso de amparo en el que se impugna una decisión judicial recaída en un proceso contencioso electoral no habremos de examinar la cuestión exclusivamente desde el ángulo de la igualdad, sino desde una perspectiva más amplia ligada a la regularidad de los requisitos de acceso. Esto exige que tanto el legislador, al establecer los requisitos cuyo cumplimiento sea necesario para acceder al cargo, como para el aplicador de la norma, al interpretarla, aseguren al máximo la efectividad de los derechos fundamentales, que están en la base de los órganos representativos.

Además, se afirma en la STC 50/1986, de 23 de abril, «*como concreción del principio general de igualdad otorga el art. 23.2 C.E. a todos los españoles, es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebren la igualdad*». De hecho, “los requisitos que señalen las leyes” sólo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con esa naturaleza.

¹⁰⁸ Los miembros de la Familia Real Española y sus cónyuges. Son las establecidas en los apartados a) a e), y apartados h) e i) del artículo 6.1 LOREG.

¹⁰⁹ Artículo 8. 1. *La Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.*

¹¹⁰ Citadas en los apartados j) y ñ) del art. 6.1 LOREG, y el apartado f) del art. 6.3 LOREG.

Por lo tanto, las normas que los establecen y los actos de aplicación de éstas pueden ser llevados ante el Tribunal, no sólo por quiebra de la igualdad, sino por cualquier otro género de inadecuación (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2).

Así pues, el derecho del art. 23.2 C.E. opera, en principio, en el marco que la ley establezca. Pero el concreto derecho a acceder a la condición de diputado solamente podrá considerarse realizado en su plenitud si el sistema electoral respeta el criterio de la proporcionalidad (STC 75/1995, de 17 de mayo, FJ 5º) o, dicho de otro modo, no establece diferencias irrazonables, injustificadas o arbitrarias de las que derive una discriminación contraria al art. 23.2 C.E. (STC 193/1989, de 16 de noviembre).

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, una de las consecuencias más importantes de esta nueva fase del constitucionalismo es la consolidación de estructuras de protección multinivel a través de las cuales se amplifica la efectividad de la protección de los individuos, principalmente en tema de derechos político-electorales. De hecho, creemos que el actual arreglo normativo europeo, que impone el diálogo institucional entre las Cortes Constitucionales y los Tribunales Internacionales es la prueba y el motor de una mudanza aún mayor en la estabilización y armonización de los derechos políticos en el continente.

2.5 El derecho de sufragio pasivo y su conexión con otros principios constitucionales

Razona GARCÍA ROCA que la democracia es sobre todo un procedimiento para la toma de decisiones y la formación de la voluntad estatal conforme a la regla de la mayoría¹¹¹, donde los derechos fundamentales, en general, y, en particular, los derechos políticos, se erigen así en reglas de procedimiento democrático. Se sustancia en un método de selección de los cargos públicos mediante elección y con la mediación de los partidos políticos¹¹². A los elegidos se les da un mandato para erigir la voluntad popular

¹¹¹ Pero, una democracia basada en la sola regla de la mayoría sería uno de los regímenes más peligrosos para la ciudadanía que uno puede imaginarse. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "La consolidación de la democracia y justicia constitucionales." *Special Volume 2 Rev. Juridica Castilla & Leon*, 2004, p. 38.

¹¹² Para GIOVANNI SARTORI, se supone generalmente que los sistemas de partidos de tipo occidental encajan en uno de estos dos modelos: bipartidismo o multipartidismo. Esta presunción normalmente implica que el espectro total del pluralismo- partidista cabe dentro de un esquema basado esencialmente en alternativas duales: izquierda-derecha, mayoría-oposición, cambio-*statu quo*, etc. En este sentido, Duverger ha llegado a sugerir una especie de ley natural de la política. Según él, el dualismo es natural, y aun cuando no nos encontremos siempre ante un sistema bipartidista, casi siempre nos encontraremos, por todo el mundo, ante

mediante la representación. Como bien alerta este profesor, son muy a menudo los representantes¹¹³ los que construyen la voluntad popular a través de la relación de representación, conciliando los intereses de los representados con sus propios deseos.¹¹⁴

El Estado de partidos y el Estado de las Autonomías han tenido particular repercusión en la delimitación jurisprudencial del derecho fundamental de sufragio por parte del TC. Son elementos imprescindibles para precisar el ámbito del derecho de sufragio pasivo en sede de amparo.¹¹⁵ Para alcanzar una sistematización lo más nítida posible y deducirlo como parte sustantiva del ordenamiento positivo público europeo, se hace imprescindible delimitar lógicamente su espacio normativo.

2.5.1 Homogeneidad de intereses de los electores

El TC declaró en la STC 38/1983, de 16 de mayo, que el alcance y contenido del *régimen electoral general*, según expresión del art. 81.1 de la C.E., viene dado por lo que resulta del bloque de la constitucionalidad, formado de acuerdo con el art. 28 de la LOTC, por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía. De hecho, el régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del art. 137 de la C.E., salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos.¹¹⁶

Además, el TC declaró, en la STC 60/1987, de 20 de mayo, que la exigencia de la vecindad extremeña de los candidatos no resultaba una supresión o reducción del derecho

un «dualismo de tendencias». Véase SARTORI, Giovanni. "El pluralismo polarizado en los partidos políticos europeos." *Revista de estudios políticos*, 147, 1966, p. 21.

¹¹³ Las fuerzas políticas (partidos y grupos de presión) se han revelado como poderosos configuradores del Estado contemporáneo y, por ende, de su Constitución. Asimismo, operan, eficazmente, en la transformación y destrucción de aquélla. La dogmática constitucional deberá encararse con la presencia activa de los grupos políticos y su incidencia en el ordenamiento fundamental. Dicho de otro modo: los conceptos y categorías recibidos del Derecho constitucional clásico han de adaptarse a la nueva: situación político-social. Muestras de esa adaptación son: la progresiva constitucionalización de los partidos políticos, la regulación legislativa de estos últimos. Véase LUCAS VERDÚ, Pablo. "Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho político." *Revista de estudios políticos*, 188, 1973, p. 14.

¹¹⁴ Una síntesis nada lineal, puesto que unos y otros no siempre coinciden. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "La consolidación de la democracia y justicia constitucionales." *Special Volume 2 Rev. Jurídica Castilla & Leon*, 2004, p. 36.

¹¹⁵ Véase CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., pp. 37-47.

¹¹⁶ Idem, pp. 54 y ss.

de sufragio pasivo. En conclusión, no cabría descalificar como desprovista de razonabilidad la exigencia de que quienes aspiran a acceder a cargo público representativo en la Comunidad Autónoma de Extremadura tengan la condición política de extremeño, ya que esta exigencia resulta justificada teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Ley 2/1987, de procurar una cierta homogeneidad de intereses en el ámbito de la Comunidad Autónoma entre el Cuerpo Electoral y aquellos que ante él se proponen como candidatos. De este modo, el Tribunal admite la diferenciación, pero la considera “razonablemente justificada” y no constitutiva de una discriminación.

La cuestión de fondo ha sido igualmente decidida en la STC 107/1990, de 6 de junio. A tenor de ella, el TC concluyó que no existía vulneración alguna – ni del art. 14, ni del 23.2 de la C.E. – en el hecho de que, en unas determinadas elecciones de ámbito territorial restringido a determinada Comunidad Autónoma, sólo tengan derecho de sufragio activo y pasivo los residentes en ella. Hay, sin embargo, una diferencia en la STC 25/1992, de 24 de febrero. Al contrario de lo que ocurre en la Ley Electoral extremeña (art. 4 Ley 2/1987) y andaluza (arts. 2.1 y 4.1 Ley 1/1986), la Ley Electoral catalana no contiene, en su artículo único, una expresa declaración de que para ser candidato en alguna de las circunscripciones de Cataluña se deba tener la condición política de catalán. En realidad, Cataluña es la única Comunidad Autónoma que, a fecha de hoy, y aparte de aspiraciones independentistas, aún carece de ley electoral autonómica propia y utiliza como subsidiaria la LOREG¹¹⁷.

Como conclusión, es el propio principio de autonomía política (art. 2 C.E.) sobre el que se construye el Estado de Autonomías el que justifica el trato diferenciado de un aspecto que no afecta *strictu sensu* al contenido esencial del derecho de sufragio pasivo.

2.5.2 Las expectativas de los candidatos y los intereses partidarios

¹¹⁷ Para Pablo Santolaya, el rasgo fundamental es que, en todo Estado basado en la descentralización política de sus partes componentes surge, precisamente como consecuencia de la diversidad de fuentes normativas y sujetos activos, la necesidad de la cooperación que evite las consecuencias indeseables de esa pluralidad, garantizando una armonía en el ejercicio de las actividades constitucionalmente atribuidas a cada uno de los entes dotados de poder público. La idea de pluralidad en la unidad, fundamento mismo del Estado descentralizado, exige el desarrollo de una serie de técnicas que, partiendo del respeto a la autonomía, logren que cada uno de los sujetos “utilice la actividad de los otros de forma que la interferencia no sólo no resulte perjudicial, sino ventajosa para el sistema en su conjunto”. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. “En torno al principio de cooperación.” *Revista de Derecho Político*, 21, 1984, p. 84

La participación política de personas distintas del monarca y los que están a su cargo comienza, explica TORRES DEL MORAL, con la incorporación de los *meliores et maiores terrae* en el *negotii regni*, o sea, los mejores y más grandes comerciantes del reino. En este momento histórico, los señores feudales, como dueños del botín y del país, se convierten en consejeros "*naturales*" del rey y, debido a su contribución militar y económica al monarca, obtienen de él concesiones fiscales y otras formas de compensación en relación con la administración de justicia.¹¹⁸

Además, bien añade HANNA PITKIN, la convocatoria de caballeros y burgueses para reunirse en el Parlamento con el Rey y los lores comenzó como una cuestión de conveniencia administrativa y política para el Rey. Por cierto, del siglo XIV al siglo XVII, hubo un desarrollo gradual de la acción unificada de caballeros y burgueses en el Parlamento. Ellos descubrieron que tenían quejas comunes, y comenzaron a presentar peticiones comunes, en lugar de presentar sólo peticiones separadas. Pasaron a ser llamados "*miembros*" del Parlamento. Esta acción conjunta avanzó paso a paso con una conciencia crecientemente de sí mismos como un cuerpo único.¹¹⁹ Cabe subrayar, en el mismo sentido, que la representación, al menos como una idea y práctica política, surgió solo en el período moderno y no tenía nada que ver con la democracia. En Inglaterra, por ejemplo, el rey, que necesitaba ingresos adicionales más allá de las propiedades reales y las cuotas feudales tradicionales, requería que cada comarca y municipio enviaran un delegado para comprometer la localidad a impuestos adicionales especiales. Así que la representación se impuso como un deber desde arriba, una cuestión de, una vez más, conveniencia real y control administrativo. HANNA PITKIN explica que a medida que se repetía la práctica gradualmente se institucionalizó. A veces los delegados eran enviados con instrucciones de sus comunidades, a veces se esperaba que informaran sobre lo ocurrido. Poco a poco, comenzaron a condicionar su consentimiento a la reparación de agravios, a considerarse como miembros de un cuerpo único y continuo, ya veces a unir fuerzas contra el rey. Por lo tanto, poco a poco se llegó a considerar la representación

¹¹⁸ Desde luego, la burguesía gana el derecho a ser representada ya sea comprando tierras, que las elevan al nivel de la nobleza, o comprando puestos y oficinas equivalentes a la posesión de tierras. El sistema de poder está dispuesto, cómo se concluye, para reflejar este patrón a la perfección: las únicas voces para hacerse oír son las de los titulares de la tierra o los ingresos del país, hablando directamente o a través de sus portavoces. Véase TORRES DEL MORAL, Antonio. "Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional." *Revista de estudios políticos*, 203, 1975, pp. 210-211.

¹¹⁹ PITKIN, Hanna Fenichel. "Representação: palavras, instituições e idéias." *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 67, 2006, pp. 21-22.

como una cuestión de Derecho en lugar de una carga, aunque incluso entonces la selección de delegados no era de ninguna manera democrática, a menudo ni siquiera se lograba por elección. De hecho, solo cuando estas luchas entre el rey y el parlamento culminaron en una guerra civil en Inglaterra en el siglo XVII, y posteriormente en las grandes revoluciones democráticas de fines del siglo XVIII, se formó la alianza entre democracia y representación.¹²⁰

El principio de la separación de poderes, desde su formulación solemne en el siglo XVIII, se considera un instrumento fundamental para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado. Se trata, según SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, de un integrante imprescindible del bagaje estándar del constitucionalismo, del dogma más sagrado de la teoría y práctica constitucionales.¹²¹ Sin embargo, será preciso añadir otros estándares para implementar una real limitación del Estado, muy particularmente un régimen de protección eficaz de derechos.

De hecho, en los siglos XVIII y XIX existía una concepción liberal de derechos fundamentales. El liberalismo - entonces, cumulativamente, filosófico, político y económico- prevalecía en todas las Constituciones y declaraciones. A pesar de la pluralidad de escuelas jurídicas – iusnaturalista, positivista, histórica –, al liberalismo se referían, de una manera u otra, las interpretaciones de la libertad individual.¹²²

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el derecho de sufragio va democratizándose y ampliándose progresivamente a las diversas capas de la población, consiguiéndose finalmente el sufragio universal¹²³, que tiene consecuencias constitucionales al reforzarse el *rol* institucional de la comunidad en la vida del Estado.

¹²⁰ PITKIN, Hanna Fenichel. "Representation and democracy: uneasy alliance." *Op. cit.*, pp. 337-338.

¹²¹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Sobre el principio de la separación de poderes." *Revista de estudios políticos*, 24, 1981, p. 215.

¹²² MIRANDA, Jorge. "A recepção da Declaração Universal dos direitos do Homem pela Constituição Portuguesa-Um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito Constitucional." *Revista de direito administrativo*, 199, 1995, p. 8.

¹²³ Para ADAM PRZEWORSKI, las élites políticas amplían gradualmente la participación ciudadana en los asuntos públicos por medio del sufragio como respuesta a la decreciente viabilidad o legitimidad del sistema político vigente. Argumenta que las extensiones al derecho de sufragio ocurren cuando los intereses de los grupos privilegiados y de los privados de sus derechos entran en conflicto y el grupo desposeído presenta una amenaza probable. En efecto, la extensión de los derechos de sufragio - concluye el maestro polonés - es una respuesta de los titulares de los derechos a las amenazas revolucionarias de los excluidos. Véase PRZEWORSKI, Adam. "Conquered or granted? A history of suffrage extensions." *British Journal of Political Science*, 39.2, 2009, p. 292.

El cauce de institucionalización de esta nueva situación sociopolítica son los partidos políticos de masas¹²⁴.

En este sentido, los partidos políticos hoy son los auténticos agentes del proceso electoral. Monopolizan la confección de las listas electorales y determinan “*de facto*” el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Además, la voluntad de los candidatos a efectos del art. 43.3¹²⁵ y 45¹²⁶ LOREG es la voluntad de sus representantes. Importa aquí subrayar la duda acerca de si pueden éstos modificar, por iniciativa propia, las listas electorales o alterar el orden de los candidatos.

Una primera vía de aproximación del tema la encontramos en la STC 61/1987, de 20 de mayo. Para el TC, la resolución impeditiva del cambio en el orden de los candidatos no tiene repercusión alguna sobre el derecho de sufragio pasivo, que no resulta menoscabado, ni afectado siquiera, por el orden en el que los candidatos aparezcan en la lista, sin perjuicio, claro está, de que tal orden haya de resultar relevante. El principio de inmodificabilidad de las listas o candidaturas fue igualmente apreciado en la STC 78/1987, de 26 de mayo, donde declara el TC que quien haya sido presentado como candidato tiene derecho a ser proclamado como tal, siempre que reúna los requisitos legales, de suerte que al acto de presentación se liga la expectativa del candidato de no quedar afectada su propuesta por defectos que no hayan sido oportunamente subsanados.

De hecho, sólo a partir de supuestos extraordinarios es factible la modificación de la firmeza del acto de presentación de candidaturas en el momento de su publicación¹²⁷.

¹²⁴ Las normas reguladoras del complejo proceso de la representación fueron paulatinamente alteradas, adecuándose a las necesidades impuestas por la dinámica de partidos. Las leyes electorales incorporaron sistemas proporcionales con listas cerradas, cuando no bloqueadas - como en España - que vinieron a afianzar el protagonismo representativo de los partidos. Del mismo modo, los Reglamentos de las Cámaras convirtieron a los grupos — expresión intraparlamentaria del partido — en los protagonistas indiscutibles de toda la actividad desarrollada en el seno de estas, en detrimento del otrora poder absoluto del parlamentario individual. Véase CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. "Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación «constitucionalmente adecuada»)." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992, p. 129.

¹²⁵ Artículo 43.3 *Los representantes de las candidaturas lo son de los candidatos incluidos en ellas. A su domicilio se remiten las notificaciones, escritos y emplazamientos dirigidos por la Administración electoral a los candidatos y reciben de éstos, por la sola aceptación de la candidatura, un apoderamiento general para actuar en procedimientos judiciales en materia electoral.*

¹²⁶ Artículo 45 *Las candidaturas, suscritas por los representantes de los partidos, federaciones y coaliciones y por los promotores de las agrupaciones de electores, se presentan ante la Junta Electoral competente entre el decimoquinto y el vigésimo día posteriores a la convocatoria.*

¹²⁷ Irregularidades denunciadas por terceros o de oficio por la Junta Electoral (art. 47 LOREG), o por renuncia o fallecimiento de su titular.

Así se verifica en la STC 47/1995, de 14 de febrero, en la que se afirma que el análisis del artículo 48.1 de la LOREG pone de manifiesto que la renuncia del candidato titular, a la que se refiere dicho precepto, en cuanto se equipara al fallecimiento y desencadena la sustitución a que se refiere el número siguiente, no puede ser entendida sino como renuncia a figurar en la candidatura. Además, declaró el TC que el orden de los candidatos una vez presentada la lista ni afecta al contenido esencial de los derechos fundamentales en juego ni resulta inconstitucional por ningún otro motivo.

3. Sobre la revisión de las elecciones.

Hemos discutido los aspectos sustantivos del derecho de sufragio pasivo y algunas manifestaciones en la jurisprudencia del TC. Resta por abordar aspectos vinculados a su protección jurisdiccional específica. La igualdad y con ella otros valores que se integran en la sustancia de un sistema democrático y libre, precisan del cumplimiento escrupuloso de las reglas de la elección de modo que se excluya toda manipulación alteradora de la voluntad del cuerpo electoral.¹²⁸

Conforme señaló ORTEGA Y GASSET, “*la salud de las democracias depende de un mínimo detalle técnico, el procedimiento electoral*”.¹²⁹ Sin embargo, cuando, tres cuartos de siglo atrás, el filósofo español escribía con estas palabras el punto nodal de la relación entre derecho electoral y democracia, tenía sobre todo en mente la organización de la elección, o, mejor dicho, el lado administrativo del proceso electoral. Dada una histórica práctica de manipulación electoral en España¹³⁰ (y no sólo en España), es comprensible que haya hecho depender la legitimidad de las instituciones públicas de la garantía de elecciones libres y resultados electorales confiables, y que a estos últimos los haya visto estrechamente vinculados con el arreglo técnico de las elecciones.¹³¹ La relevancia del procedimiento electoral en la formación democrática de la voluntad de los órganos del Estado es evidente. Se trata de la ley más importante de toda democracia, aún más que el sistema electoral, pues una comunidad democrática puede soportar la discusión sobre la oportunidad del sistema que organiza la elección y traduce sufragios a escaños, pero nunca la existencia de graves irregularidades a la hora de traducir votos en cuotas de poder, pues ello impide la representación política y deslegitima la elección por la falta de autenticidad.¹³² Así las cosas, no hay derechos fundamentales sin procedimientos

¹²⁸ Véase STC 21/1984, de 16 de febrero.

¹²⁹ ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Orbis, 1983, p. 81.

¹³⁰ La Constitución española optó por un sistema de control judicial de las elecciones (art. 70.2), siguiendo la línea ya marcada por el Real Decreto-Ley 20/1977. Las garantías jurisdiccionales previstas, al permitirse no sólo acudir a los tribunales ordinarios sino también recurrir en amparo ante el TC, se deben al “*excesivo celo del constituyente a la hora de proteger el proceso electoral, sobre todo tras una historia que había estado plagada de manipulaciones y corruptelas*.” Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo ya la STC 85/2003, de 8 de mayo.” *Revista de estudios políticos*, 122, 2003, p. 113.

¹³¹ ARAGÓN REYES, Manuel. “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo.” *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, FCE, México*, 1998, p. 19.

¹³² SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *Manual de procedimiento electoral*. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 1991.

democráticos, y por muy compleja que sea la definición de la democracia, es patente que, sin elecciones libres y procedimientos electorales, no existe. Estamos ante un requisito de mínimos que lleva a comprender la democracia representativa como un conjunto de reglas de procedimiento.¹³³

Ahora bien, el control de la validez de las elecciones es un tema que reviste interés y polémica en todo ordenamiento, ya que enlaza con el propio fundamento del sistema democrático. En España, el artículo 70.2¹³⁴ de la Constitución atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para velar por la pureza del procedimiento electoral de los miembros de las Cámaras. Este control se concreta en la LOREG, que, en su artículo 113.2¹³⁵, establece los posibles fallos que puede contener la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Junto a otras alternativas, se prevé en el apartado d) que la sentencia podrá declarar la nulidad de la elección celebrada y la necesidad de efectuar una nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente. Es más, la doctrina española ha puesto de manifiesto, en numerosas ocasiones, que existen distintos modelos de control de la validez del procedimiento electoral. Además, como es sabido, y a diferencia de lo que ocurre en otros países, es la jurisdicción ordinaria la que tiene atribuida el control de la validez del procedimiento electoral, pero sus decisiones son susceptibles de ser recurridas ante el Tribunal Constitucional dentro del objeto y límites del recurso de amparo. Se produce así una superposición de jurisdicciones que plantea problemas de distinta naturaleza, que el propio Tribunal ha intentado enfocar a través de una jurisprudencia que analizaremos a continuación.¹³⁶

¹³³ DALLA VIA, Alberto Ricardo. "Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales." *Cuaderno de capel*, 57, 2011, p. 31.

¹³⁴ Artículo 70. 2. *La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.*

¹³⁵ Artículo 113 2. *La Sentencia habrá de pronunciar alguno de los fallos siguientes:*

a) Inadmisibilidad del recurso.

b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.

c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquel o aquellos a quienes corresponda.

d) Nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de la sentencia. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.

¹³⁶ BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29, 1990, pp. 291-294.

3.1 Sufragio pasivo y acceso a la jurisdicción

La jurisdicción es una actividad que se expresa en decisiones responsables, cuya *verdad*¹³⁷ condiciona la *validez* o legitimidad de los actos que tienen en ellas su motivación. La coherencia del sistema normativo es una exigencia científica elemental, puesto que de toda decisión tomada por el aplicador del derecho sobrevienen nuevas determinaciones que pueden ser, de manera cada vez más clara, desarrolladas hasta conformar un sistema de relaciones abstractas de precedencia. Cuando se quiere introducir una decisión divergente al sistema, se tiene la carga de la argumentación. De esta forma, se estructura una teoría de la formación de precedentes¹³⁸. Si la jurisprudencia del TC se entiende como un sistema con estas características, se genera seguridad jurídica.¹³⁹

Desde una perspectiva histórica, la transferencia a la jurisdicción ordinaria de la competencia sobre la revisión de la validez de los actos electorales tiene sus orígenes en la *Parliamentary Election Act* de 1868, iniciándose de esta manera en Inglaterra y en otros países de la Commonwealth un proceso de reforma que, indirectamente, determinará cambios importantes en otros países. Tanto Francia como la República Federal de Alemania, en los respectivos textos de 1958 y 1949, permitirán la existencia de órganos de mediación como el Consejo Constitucional francés, o facultando al Tribunal Constitucional – RFA – para entender con plena jurisdicción sobre determinados supuestos de revisión en materia electoral.¹⁴⁰

En realidad, pocas personas tenían derecho a voto – o a ser elegido – a mediados del siglo XVIII. Los cargos públicos se heredaban, incluso cuando se suponía que debían ser elegidos oficialmente. Solo Gran Bretaña y algunas colonias británicas

¹³⁷ No absoluta sino relativa, remitida a la verificación empírica, sujeta a pruebas y contrapruebas, y obtenida mediante el contradictorio.

¹³⁸ Para Kelsen, un precedente es una decisión judicial que sirve de modelo para decisiones posteriores de casos similares. Para ser un precedente, la decisión de un tribunal debe cumplir con ciertas condiciones formales y materiales. Véase Kelsen, Hans. "Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law." *Int'l LQ*, 1, 1947, p. 153.

¹³⁹ BOROWSKI, Martín. "La restricción de los derechos fundamentales." *Revista española de derecho constitucional*, 59, 2000, p. 47.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. *Derecho electoral español: normas y procedimiento*. Tecnos, 1996, p. 44.

estadounidenses disfrutaron de cámaras legislativas inferiores totalmente electivas antes de 1788, cuando se eligió el primer Congreso nacional en los recién formados Estados Unidos de América. La elegibilidad aumentó a un ritmo acelerado hasta la ola masiva de descolonización alrededor de 1960, cuando el sufragio se volvió casi universal en la mayoría de los países.¹⁴¹

De hecho, la Constitución Española de 1978 optó, a tenor del art. 70.2¹⁴², por un control judicial de las elecciones y formalmente todo el procedimiento electoral español está altamente judicializado, no sólo por el control de la legalidad del proceso electoral, sino también, como enfatiza LEÓN ALONSO, por la presencia de miembros del poder judicial en la propia Administración electoral.¹⁴³ Ahora bien, de los cinco supuestos de revisión judicial previstos por la LOREG¹⁴⁴ nos centraremos en la presente investigación en el recurso contra la proclamación de candidatos y candidaturas (artículo 49 LOREG), que junto con el recurso contra la proclamación de electos (artículo 109¹⁴⁵ LOREG), constituyen el denominado contencioso-electoral¹⁴⁶ en España.

El TC declaró en su ATC 1040/1986 que la Ley Orgánica 5/1985 establece un sistema de garantías jurisdiccionales especialmente referidas a los actos de rectificación

¹⁴¹ PRZEWORSKI, Adam. "Constraints and choices: Electoral participation in historical perspective." *Op. cit.*, pp. 6-10.

¹⁴² Artículo 70. 2. *La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.*

¹⁴³ LEÓN ALONSO, Marta. "Las agrupaciones de electores como forma de participación política en el sistema electoral español: garantías y límites del derecho de sufragio pasivo." *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, 21, 2010, pp. 147-148.

¹⁴⁴ Para SALAZAR BENÍTEZ, la LOREG concretó cinco supuestos de revisión judicial en el ámbito electoral: el recurso judicial contra las resoluciones en materia censal de las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo electoral recaídas durante el periodo de actualización mensual (art. 38.5); el recurso ante el Juez de Primera Instancia contra las resoluciones de la Oficina del Censo electoral recaídas durante el periodo electoral (art. 40); el recurso ante el Juzgado contencioso-administrativo contra la proclamación de candidaturas y candidatos (art. 49); el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Junta Electoral Central sobre materia de encuestas y sondeos (art. 69.6) y el recurso contencioso electoral contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos (art. 109). A éstos habría que sumar la posibilidad de recurrir en amparo ante el TC, el cual se ha convertido en una especie de última instancia en materia electoral, pese a que ni constitucional ni legalmente se le atribuye dicha posición. Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. "La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo ya la STC 85/2003, de 8 de mayo." *op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁵ Artículo 109. *Pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.*

¹⁴⁶ Subraya LEÓN ALONSO, sin embargo, que la LOREG asigna esta denominación sólo al segundo de ellos. Véase LEÓN ALONSO, Marta. "Las agrupaciones de electores como forma de participación política en el sistema electoral español: garantías y límites del derecho de sufragio pasivo." *op. cit.*, p. 148.

del censo (art. 40), de proclamación de candidatos y candidatura (art. 49) y de proclamación de candidatos electos (arts. 109 a 120). Los recursos citados son de naturaleza específica y otros actos dictados en materia electoral, distintos a los señalados, quedan sometidos al régimen general del control contencioso-administrativo, según lo establecido en el art. 116.2 de la LOREG.¹⁴⁷

Con apoyo en este fundamento, la Junta Electoral Central dictó su acuerdo de 22 de noviembre de 1991, en el que se concluía trasladar que – sin perjuicio de lo establecido en el art. 21 de la LOREG¹⁴⁸ y a tenor de la doctrina en el citado Auto 1040/1986 – contra el acuerdo adoptado por la JEC cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.

En realidad, el control judicial de las elecciones es resultado del art. 24.1 de la Constitución¹⁴⁹ combinado con el art. 70.2 de la Constitución¹⁵⁰. Pero la característica más significativa del modelo español de control judicial de las elecciones es su multiplicidad orgánica y funcional. Es decir, existen en España distintos y especializados procesos de los que conocen una pluralidad de órganos judiciales y de órdenes jurisdiccionales distintos. El esquema resultante de esta combinación y estructuración normativa es, resumidamente el siguiente: (1) en materia de rectificación del Censo en período electoral, es competente el juez de primera instancia (su sentencia agota la vía judicial, *ex vi* art. 40.2); (2) el recurso contencioso-electoral es utilizable frente a acuerdos sobre proclamación de candidato o de electos, así como en la elección y proclamación de Presidentes de las Corporaciones locales; (2.a) los juzgados de lo contencioso-administrativo tienen competencia para fiscalizar los actos de las Juntas Electorales de

¹⁴⁷ Si a estos actos se les imputa una vulneración de derechos fundamentales protegidos por la Constitución, la vía judicial será la establecida en los arts. 6 a 10 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

¹⁴⁸ Artículo 21 1. Fuera de los casos en que esta Ley prevea un procedimiento específico de revisión judicial, los acuerdos de las Juntas Provinciales de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, son recurribles ante la Junta de superior categoría, que debe resolver durante los periodos electorales en el plazo de cinco días y, fuera de ellos, en el de diez días, en ambos casos a contar desde la interposición del recurso.

2. La interposición tendrá lugar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del acuerdo y ante la Junta que lo hubiera dictado, la cual, con su informe, ha de remitir el expediente en el plazo de cuarenta y ocho horas a la Junta que deba resolver. Contra la resolución de esta última no cabe recurso administrativo alguno.

¹⁴⁹ Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

¹⁵⁰ Artículo 70. 2. La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.

Zona y, a través del recurso-electoral el acto de proclamación de candidatos en todos los niveles (generales, locales y autonómicas); (2.b) las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tienen competencia para fiscalizar los actos de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas, así como el contencioso-electoral sobre la proclamación de electos en las elecciones locales y autonómicas, así como la proclamación de Presidentes de las Corporaciones locales; (2.c) la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene competencia para fiscalizar los actos de la Junta Electoral Central, así como los recursos contencioso-electorales contra la proclamación de candidatos y electos en las elecciones para el Parlamento Europeo, así como la proclamación de electos en las elecciones generales; (3) Finalmente, otros actos de la Administración electoral sólo serán contestadas a través del recurso contencioso-administrativo ordinario o en su faceta de protección de derechos fundamentales.¹⁵¹

La revisión de los actos de la Administración electoral en única instancia, sin embargo, es el denominador común del control judicial de las elecciones en España. Un control realizado en función de criterio territorial, a indicar que única instancia no significa en absoluto una instancia nacional o una interpretación sustancialmente uniforme de la legislación electoral en el país.¹⁵² Para garantizar la integralidad del proceso electoral hace falta, pues, un mínimo de interpretación igual de la ley.

Desde la apuntada perspectiva de análisis, un proceso electoral desacreditado por la falta de igualdad de oportunidades no cumplirá adecuadamente su función legitimadora del poder. Los gobernantes dejarán de ser vistos como representantes del pueblo y el sistema político en su conjunto dejará de ser creíble, la sociedad simplemente le dará la espalda o, en el peor de los casos, podría dejarse seducir por las promesas de limpieza y por las soluciones simplistas que le ofrezcan aquellos que gocen de los medios para hacer oír su voz. El debate político será sustituido, bien afirma SÁNCHEZ MUÑOZ,

¹⁵¹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., pp. 43-44.

¹⁵² La única excepción son los recursos contra proclamación de electos en las elecciones generales o para el Parlamento Europeo, pues que dichos recursos están sometidos al Tribunal Supremo, con jurisdicción en todo el territorio español.

por una burda subasta de ofertas populistas. La democracia se habrá convertido así en una ficción.¹⁵³

En resumidas cuentas, es evidente que el ejercicio del derecho de sufragio, o del derecho a la tutela judicial, requiere la existencia previa de un buen número de normas que regulen la organización y el procedimiento, pero no depende de estas normas la definición del derecho mismo, de su titularidad y de su contenido. El derecho de sufragio bien explica RUBIO LLORENTE, corresponde a todos los ciudadanos por igual, y derecho a la tutela judicial tienen todos los hombres por el simple hecho de serlo, por eso son derechos de *estatus*, y por eso no es absurdo atribuirles un “*contenido esencial*”¹⁵⁴ por actuación propia del Poder Judicial.

La STC 24/1990, de 15 de febrero, declaró la necesidad de integrar el proceso electoral en las condiciones más semejantes posibles a aquellas en que se produjo el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo en el resto de la circunscripción y en todo el territorio nacional. Es decir, el TC opera, a través del recurso de amparo electoral, una segunda instancia sin ser propiamente una “apelación”, en el sentido de permitir un nuevo *iudicium* sobre la controversia.

Para PABLO SANTOLAYA en España el legislador constitucional quiso imponer, en el artículo 81.1¹⁵⁵ un específico mandato de desarrollo de una Ley Orgánica que regule “*el régimen electoral general*” para el cumplimiento de tres finalidades fundamentales: completar el sistema electoral en algunos aspectos no definidos por el Texto constitucional, crear un marco adecuado de garantías procedimentales del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo, y, por último, conseguir una unidad básica en todo el Estado en el ejercicio de tales derechos y en la estructuración de todas las instancias representativas que de él se derivan en los diferentes niveles territoriales.¹⁵⁶

¹⁵³ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. “Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada.” *Tópicos electorales: un diálogo judicial entre América y Europa*. Coord. Luis Efrén Ríos Vega, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 328.

¹⁵⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64, 2002, p. 29.

¹⁵⁵ Artículo 81. 1. *Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*

¹⁵⁶ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. “La delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia electoral.” *Revista de Derecho Político*, 24, 1987, p. 34.

3.2 El recurso contencioso-electoral

En España, el recurso contencioso-electoral es un proceso contencioso administrativo especial. Por un lado, se impugnan actos administrativos que emanan de los órganos de la Administración Electoral, las Juntas Electorales, cuyos actos son actos administrativos. Sin embargo, no sigue el régimen jurídico del procedimiento administrativo ordinario, siendo el contencioso electoral un procedimiento caracterizado por la urgencia, preferencia, sumariedad e instancia única.¹⁵⁷

En la STC 79/1989, de 4 de mayo, señaló que *“si bien no corresponde a este Tribunal, en general, la revisión de la interpretación del derecho electoral realizada por las Juntas Electorales y las Salas competentes en el procedimiento contencioso-electoral, en su condición de “intérprete supremo de la Constitución”, debe revisar si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo secundum Constitutionem y, en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido (art. 23.2)”*.

En términos prácticos FIGUERUELO BURRIEZA, opina que cuando es la Junta Electoral la causante de la violación que se alega y ésta no ha sido subsanada en la vía judicial previa, el TC actúa como guardián subsidiario y último de los derechos fundamentales del art. 23.1 y 23.2 de la Constitución.¹⁵⁸ En efecto, la LOREG concede legitimación activa a los candidatos excluidos y a los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada (art. 49.1 de la LOREG¹⁵⁹ y

¹⁵⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., pp. 43-44.

¹⁵⁸ Complementa FIGUERUELO BURRIEZA, además, que *“si el supuesto encaja en el modelo del art. 44 de la LOTC, gracias a la constitucionalización de las garantías procesales (arts. 24 y 25 de la CE), el alto Tribunal podrá apreciar la corrección constitucional de los procedimientos judiciales actuando como juez último. Pero además de apreciar los vicios in procedendo podrá observar también los errores in iudicando cuando analice la adecuación del contenido de las resoluciones judiciales a la propia Constitución, sirviendo de cauce revisor de las actuaciones del juez ordinario (en cuanto poder público) y pudiéndose entender el amparo como una institución de tipo casacional en el sentido clásico del término.”* Véase FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Notas acerca del recurso de amparo electoral.” op. cit., p. 143.

¹⁵⁹ Artículo 49.1. *A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportunos.*

STS 78/1987, de 26 de mayo) para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales¹⁶⁰. El recurso contra la proclamación de candidatos y candidaturas (art. 49, apartados 3 y 4) ha configurado un recurso de amparo electoral perfectamente equiparable al modelo de recurso que desarrolla la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) en sus artículos 41 y siguientes, excepto en materia de plazos. A saber, el TC, al tratar de la propia naturaleza del recurso de amparo electoral, subrayó su “*carácter mixto o complejo*” - en el que “*se impugna tanto el acto administrativo por lesión del derecho declarado en el artículo 23.2 de la Constitución como una resolución judicial supuestamente conculcadora del derecho que se reconoce en el artículo 24.1 de la misma norma fundamental*”¹⁶¹.

Adicionalmente, a tenor de lo establecido en el artículo 109 de la LOREG¹⁶², pueden ser objeto de recurso contencioso-electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos. Se trata aquí de una legitimación amplia, ya que la ley permite la interposición del recurso a todos los candidatos proclamados o no *electos* (término este al que no hace alusión la ley y que es sumamente importante para distinguirlo del recurso del art. 49 LOREG), a los representantes de las candidaturas, grupos políticos - partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones - que han

¹⁶⁰ Bien afirma la doctrina que, aunque en líneas generales el alto Tribunal mantiene que el respeto por los recurrentes de las exigencias procesales “*no puede ser medido con arreglo a un simple criterio formalista o literal*” (STC 59/87, de 19 de mayo), es cierto que se pueden señalar unos requisitos más (art. 49 de la LOTIC y art. 1 con acuerdo del Pleno de 23 de mayo de 1986), sin los cuales no sería admitido a trámite un recurso de amparo electoral: (a) Agotamiento de la vía judicial previa (art. 53.2 de la CE, y apartados 1 y 2, de la LOREG), que tiene por objeto posibilitar que sea el juez ordinario, en cuanto primer garante de los derechos, el que subsane la infracción que se alega por los legitimados al respecto (STC 59/87, de 19 de mayo; 60/87, de 20 de mayo; 71/87, de 23 de mayo; 82/87, de 27 de mayo); (b) Invocación formal en la demanda (art. 49.1 de la LOTIC) o en cuanto hubiere lugar para ello en el proceso ordinario del derecho que se considere violado (art. 44.1.C de la LOTIC); (c) Fijar con precisión en la demanda el amparo que se solicita, que en el caso previsto en la Ley Electoral normalmente será la protección de derechos reconocidos en el art. 23.2 de la Constitución española, evitando así la desestimación del recurso por carecer de naturaleza constitucional (STC 68/87, de 21 de mayo). Y todo ello porque, como bien ha dicho el Tribunal, “*es un recurso cuya naturaleza subsidiaria no ha sido alterada debido a su peculiar tramitación y para cuya procedibilidad, en consecuencia, han de cumplirse los presupuestos y requisitos exigidos por nuestra Ley Orgánica...*” (STC 82/87, de 27 de mayo). Véase FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Notas acerca del recurso de amparo electoral.” *op. cit.*, pp. 144 y ss.

¹⁶¹ STC 73/1987, de 23 de mayo.

¹⁶² Artículo 109. Pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

presentado candidaturas. El art. 112.2¹⁶³ establece que deberá hacerse ante la Junta Electoral Correspondiente¹⁶⁴.

Bien afirma GARCÍA ROCA que el recurso de amparo ordinario ante los órganos judiciales por muy distintos procedimientos no es sólo una vía previa del amparo constitucional, un camino a recorrer por imperativo de la subsidiariedad, tiene una sustantividad propia y no de trámite. Además, ha sido la defensa de los derechos fundamentales donde el Tribunal Constitucional ha expresado su comprensión de la democracia constitucional debido a que el acceso directo de los individuos otorga un carácter difuso y esencialmente democrático a la defensa de la Constitución¹⁶⁵. Dicho de otro modo, la vía del amparo no importa solamente en el plano nacional, ya que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede acudir sino después de agotar, veremos a continuación, las vías de recurso internas (art. 35.1 CEDH¹⁶⁶).

Por otra parte, el principio democrático debe ser conjugado con los derechos de libertad y el debate sobre la perfectibilidad del sistema es difícilmente escindible de la eficacia y garantía judicial de los derechos democráticos. Así pues, como bien advierte GARCÍA ROCA, una democracia con un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional fuertes es una democracia que ofrece mayores oportunidades a los ciudadanos.¹⁶⁷

¹⁶³ Artículo 102. 2. *Al día siguiente al de la elección, el Servicio de Correos cursará todos estos sobres a la Junta Electoral que haya de realizar el escrutinio.*

¹⁶⁴ La Junta Electoral correspondiente será en el caso de la proclamación de electos la encargada del escrutinio general. En el caso de elecciones al Congreso, al Senado y al Parlamento Europeo, la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Por fin, en el caso de elecciones locales o autonómicas corresponderá a la sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas correspondientes.

¹⁶⁵ Complementariamente, bien afirma GARCÍA ROCA que, en virtud de ese acceso directo y de la pluralidad de espontáneas reclamaciones sobre las garantías constitucionales en los procesos (art. 24 CE), la forma de impartir justicia se ha transformado sustancialmente, abandonándose en buena medida algunos arraigados formalismos. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "La consolidación de la democracia y justicia constitucionales." *Special Volume 2 Rev. Juridica Castilla & Leon*, 2004, pp. 43-46.

¹⁶⁶ Artículo 35. *Condiciones de admisibilidad 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.* De la simple lectura importa reconocer que, bien enseña GARCÍA ROCA, los Estados tienen una obligación positiva de prever un *sistema de recursos*, y el Tribunal Europeo puede condenarlos si incumplen esa obligación. La disparidad de los sistemas jurídicos de los 46 Estados inevitablemente ofrece soluciones procesales muy diversas que no parece puedan ni deban armonizarse. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración." *op. cit.*, p.123.

¹⁶⁷ GARCÍA ROCA, Javier. "Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia." *op. cit.*, p. 17.

3.2.1 Presupuestos procesales, legitimación y objeto del recurso

A continuación, serán examinados aspectos de postulación y legitimación previstos en los artículos 49 (recurso contra la proclamación de candidatos) y 109.1 (recurso contra la proclamación de electos y Presidentes de Corporaciones Locales) de la LOREG.

El artículo 49 de la LOREG establece que para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo están legitimados cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada. En efecto, la legislación electoral limita el ejercicio de acciones impugnatorias a los sujetos directamente implicados en el caso concreto. En consecuencia, la legitimación ha de ser restringida y, siendo ello así, difícilmente puede admitirse la legitimación de representantes de candidaturas ajenas, esto es, aquellas sin relación con la circunscripción a la que se dicta el acto de proclamación.¹⁶⁸

En la STC 71/1986, de 31 de mayo, el TC inadmitió el amparo electoral porque parte de los demandantes no habían postulado en juicio por medio de Procurador, sin que tampoco lo hayan constituido en el plazo de un día otorgado al efecto. Sin embargo, en la STC 167/1989, de 16 de octubre, reconoció de oficio ese derecho, ordenando la designación de los correspondientes profesionales.

Además, en la STC 68/1987, de 21 de mayo, el TC afirmó que la regularidad estatutaria en el procedimiento de nombramiento de un representante general no es algo que deba ventilarse en el contexto de las impugnaciones sobre proclamación de candidaturas previstas por el art. 49 de la LOREG. A la vista de todo ello, el objeto del recurso puede versar exclusivamente sobre los defectos o irregularidades que se presenten en la composición o en la presentación de las candidaturas, pero no puede extenderse a cualquier otra irregularidad ajena a dichas cuestiones.

¹⁶⁸ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., pp. 53-57.

Por su parte, la legitimación para proponer la impugnación del artículo 109.1 de la LOREG es mucho más amplia y no se limita a los candidatos proclamados o no proclamados (art. 110.a LOREG) y a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción (art. 110.b LOREG), sino que alcanza, además, los partidos políticos, asociaciones, federaciones, coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción.¹⁶⁹

3.2.2 El agotamiento de la vía administrativa previa

En la acción de proclamación de candidaturas (artículo 49.1) la falta de agotamiento de la vía administrativa resulta en causa de inadmisión del recurso contencioso-electoral. Es la consecuencia lógica regulada en los artículos 47¹⁷⁰ y 48.1¹⁷¹ de la LOREG según el TC. En la STC 170/1991, de 19 de julio, el TC destacó que quien quiera impugnar su proclamación ha de utilizar el procedimiento específico que la Ley Electoral ha dispuesto para ello, concluyendo que la inactividad en este momento supone *“un indudable aquietamiento respecto al acto de proclamación de candidaturas, singularmente congruente en un procedimiento como el electoral que ha de contar con plazos fugaces, perentorios y preclusivos”*.

De hecho, las irregularidades advertidas deben dar lugar siempre al trámite de subsanación, independientemente de su entidad y sin que quepa distinguir, con miras a rebajar la exigencia de dicho trámite, entre “irregularidades” y defectos “sustantivos” o “esenciales”¹⁷². De lo anterior, toda irregularidad detectada por la Junta Electoral podrá

¹⁶⁹ Idem, pp. 60 y ss.

¹⁷⁰ Artículo 47. 1. Las candidaturas presentadas deben ser publicadas el vigésimo segundo día posterior a la convocatoria en la forma establecida por las disposiciones especiales de esta Ley.

2. Dos días después, las Juntas Electorales competentes comunican a los representantes de las candidaturas las irregularidades apreciadas en ellas de oficio o denunciadas por otros representantes. El plazo para subsanación es de cuarenta y ocho horas.

3. Las Juntas Electorales competentes realizan la proclamación de candidatos el vigésimo séptimo día posterior a la convocatoria.

4. No procederá la proclamación de candidaturas que incumplan los requisitos señalados en los artículos anteriores o los que establecen las disposiciones especiales de esta Ley.

5. Las candidaturas proclamadas deben ser publicadas el vigésimo octavo día posterior a la convocatoria, en la forma establecida por las disposiciones especiales de esta Ley.

¹⁷¹ Artículo 48. 1. Las candidaturas no pueden ser objeto de modificación una vez presentadas, salvo en el plazo habilitado para la subsanación de irregularidades previsto en el artículo anterior y sólo por fallecimiento o renuncia del titular o como consecuencia del propio trámite de subsanación.

¹⁷² SSTC 59/1987, de 19 de mayo, fundamento jurídico 4.º, y 24/1989, fundamento jurídico 6.º.

ser subsanada y sobre la Junta Electoral pesa el deber de comunicar a la candidatura la existencia del defecto detectado.¹⁷³

El agotamiento de la vía administrativa previa tiene distinta concepción en relación con el contencioso-electoral del artículo 109.1 LOREG. Las reclamaciones electorales, como consecuencia de la literalidad del artículo 108.2 LOREG, *sólo podrán referirse a incidencias recogidas en las actas de sesión de las Mesas electorales o en el acta de la sesión de escrutinio* y como regla general, no puede acudir *per saltum* al contencioso sin agotar la peculiar vía administrativa en materia electoral (STC 168/1991, de 19 de julio). En resumen, cuando se formula la preceptiva denuncia ante la Junta Electoral de Zona esa denuncia tiene una doble consecuencia: por una parte, formaliza las dudas sobre la existencia o no de diligencia de la candidatura; por otra, supone el agotamiento de la vía administrativa previa al contencioso-electoral.¹⁷⁴

3.2.3 Plazo y lugar de interposición

El recurso contencioso-electoral contra el acto de proclamación de candidaturas se interpone ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo, cuando el recurso contencioso-electoral se dirige contra el acto de proclamación de electos o de designación de Presidente de una Corporación local, el lugar de presentación será la Junta Electoral (art. 112.1 LOREG). De hecho, la Junta Electoral competente variará en función del proceso electoral de que se trate.¹⁷⁵

Los plazos de interposición del recurso contencioso-electoral han de considerarse, además, como plazos de caducidad. Además, según se infiere del artículo 119 LOREG, los plazos son improrrogables y se entienden referidos, siempre, en días naturales.

El contencioso-electoral contra el acto de proclamación de candidaturas es de dos días a partir de la publicación de los candidatos proclamados, o sea, el vigésimo octavo

¹⁷³ No obstante, una vez comunicado el vicio o la irregularidad a la candidatura, y ésta no procediese a su subsanación, la falta de diligencia produce un efecto preclusivo, de suerte que se quedaría cerrado el acceso al contencioso-electoral.

¹⁷⁴ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., p. 44 y ss.

¹⁷⁵ Si éstas son municipales, la competencia es de la Junta Electoral de Zona. Si la elección viene referida a Presidentes de Diputaciones o Calbidos, la Junta será la Provincial.

día posterior a la convocatoria (art. 47.5 LOREG). Por su parte, la impugnación de la proclamación de electos ese plazo es de los tres días siguientes al acto de proclamación.

La LOREG bien define el carácter gratuito del recurso contencioso-electoral (LOREG 118.1) y que las copias que deban expedirse de documentos electorales podrán realizarse por cualquier medio de reproducción mecánica cuando en ellos se estampen las firmas y sellos exigidos para los originales (art. 118.2 LOREG).

Como el contencioso-electoral del art. 109.1 LOREG se interpone ante la Junta Electoral, es a ese órgano de la Administración electoral al que corresponde remitir el expediente correspondiente, conforme dispone el artículo 112.3 LOREG. Además, en esta modalidad de contencioso-electoral sí está prevista una fase probatoria, por lo que en la misma podrá subsanarse la falta de documentación inicialmente aportada mediante solicitud que se incorpore a los autos.

3.2.4 Tramitación y conclusión

La resolución judicial contra la proclamación de candidaturas y candidatos, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso del art. 49.1, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el artículo 49.3 LOREG¹⁷⁶, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1 a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁷⁷.

El plazo de tramitación es muy breve. Como consecuencia, en lo posible, a esta modalidad de contencioso-electoral deben aplicarse las reglas de los artículos 109.1 y siguientes de la LOREG¹⁷⁸. La LOREG, sin embargo, no establece una fase intermedia o

¹⁷⁶ Artículo 49.3 La resolución judicial, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el presente artículo, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1 a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁷⁷ Artículo 44. 1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

¹⁷⁸ Posibilitando la intervención del Ministerio Fiscal y el tramite de conclusiones de urgencia y prueba.

procesal. No obstante, el principio de subsanación servirá como paliativo, permitido, por ejemplo, tramites procesales de urgencia y el acceso a la tutela judicial efectiva.¹⁷⁹

Efectivamente, después de la interposición del recurso, al día siguiente de su presentación, corresponde al Presidente de la Junta Electoral remitirlo a la Sala competente, notificando esa remisión a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándolas para que puedan comparecer ante la Sala dentro de los dos días siguientes. Transcurrido el plazo de comparecencia, al día siguiente, la Sala dará traslado de la demanda y demás documentos al Ministerio Fiscal y a las partes, para que en el plazo común e improrrogable de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes. De igual modo, podrá solicitarse en dicho tramite el recibimiento del recurso a prueba. Si así fuera, o bien por acordarlo de oficio el propio órgano judicial, se acordará su pertinencia al día siguiente de haber finalizado el plazo de alegaciones y, su práctica deberá substanciar en plazo de hasta cinco días (art. 112. 3¹⁸⁰ y 5¹⁸¹ LOREG).¹⁸²

La sentencia contra la proclamación de candidaturas y candidatos tiene carácter firme e inapelable, repítase, sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio del amparo constitucional, a cuyo efecto, el art. 49.4 LOREG¹⁸³, dispone el reducido plazo de dos

¹⁷⁹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., p. 72.

¹⁸⁰ Artículo 112. 3. *Al día siguiente de su presentación, el Presidente de la Junta ha de remitir a la Sala competente el escrito de interposición, el expediente electoral y un informe de la Junta en el que se consigne cuanto se estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado. La resolución que ordena la remisión se notificará, inmediatamente después de su cumplimiento, a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala dentro de los dos días siguientes.*

¹⁸¹ Artículo 112. 5. *Transcurrido el período de alegaciones, la Sala, dentro del día siguiente, podrá acordar de oficio o a instancia de parte el recibimiento a prueba y la práctica de las que declara pertinentes. La fase probatoria se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso contencioso-administrativo, si bien el plazo no podrá exceder de cinco días.*

¹⁸² Idem, p. 79 y ss.

¹⁸³ Artículo 49.4. *El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes. 5. Los recursos previstos en el presente artículo serán de aplicación a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores a los que se refiere el apartado 4 del artículo 44 de la presente Ley Orgánica, con las siguientes salvedades: a) El recurso previsto en el apartado primero del presente artículo se interpondrá ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) Estarán también legitimados para la interposición del recurso los que lo estén para solicitar la declaración de ilegalidad de un partido político, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, teniendo derecho de acceso a la documentación que obre en poder de las Juntas Electorales. c) Si durante la campaña electoral las partes legitimadas para interponer el recurso tuvieran conocimiento de circunstancias que, con arreglo al artículo 44.4 de esta Ley, impiden la presentación de candidaturas, el recurso podrá interponerse hasta el*

días desde la notificación de aquélla, añadiéndose que el TC resolverá el amparo en los tres días siguientes.

La LOREG no predetermina los contenidos del fallo, que se limitará a ordenar la proclamación del candidato o de la candidatura excluida, o, por el contrario, a considerar que la proclamación es correcta, confirmar así la validez del acuerdo impugnado.

Distinta es, no obstante, la opción del legislador en relación con la impugnación de la proclamación de electos, pues la sentencia deberá necesariamente contener alguno de los fallos siguientes (art. 113.2 LOREG): “*a) Inadmisibilidad del recurso; b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada; c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquel o aquellos a quienes corresponda; d) Nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de la sentencia. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.*”

En la STC 26/1990, de 19 de febrero, el TC afirmó que la interpretación literal y aislada del art. 113.2 d) da a entender que, decretada la nulidad, la nueva convocatoria ha de efectuarse en “la circunscripción correspondiente” porque la nulidad debe extenderse a toda la elección celebrada. La interpretación sistemática, finalista y con dimensión constitucional conduce, por el contrario, a una lectura distinta, integrándolo en la voluntad manifiestamente conservadora del acto acogida en el inciso final del art. 113.3 de la LOREG, y en la necesidad de conservar el ejercicio de los derechos fundamentales de los electores (art. 23.1 C.E.) en todos aquellos casos que no se vean afectados por las supuestas o reales irregularidades apreciadas, es decir, conservando todos aquellos actos jurídicos, que aquí implican el ejercicio de otros tantos derechos de sufragio activo (art.

cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria, debiendo resolver la Sala especial del Tribunal Supremo dentro del tercer día a partir de la interposición. En este supuesto, no resultará de aplicación la prohibición de fabricación de las papeletas de la candidatura afectada prevista en el artículo 71.2.

23.1 C.E.) de los electores respectivos, que no habría variado con o sin infracción electoral.¹⁸⁴

Desde la perspectiva de SANTOLAYA MACHETTI, la LOREG parece haber conseguido lograr un adecuado equilibrio entre el inexcusable deber estatal de instrumentalizar al Derecho de sufragio activo y pasivo de todo un conjunto de iniciativas que garanticen su ejercicio en condiciones de igualdad en todo el territorio español y la necesidad de un máximo respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas, que les permita regular autónomamente los puntos esenciales de su propio sistema electoral, dentro del marco constitucional y estatutario. Demuestra el equilibrio de la legislación el hecho de que las primeras Comunidades Autónomas – tras la aprobación de la LOREG – han adoptado prácticamente en su totalidad su contenido, incluso en temas en los que podrían haber actuado con absoluta autonomía. El hecho de que el conjunto de instituciones políticas del Estado termine por ser muy similar¹⁸⁵, no ha de ser visto como pérdida de autonomía, sino por el contrario, como uso responsable de las facultades de autogobierno de las Comunidades Autónomas, y, en última instancia, como garantía de la funcionalidad del sistema democrático en su conjunto.¹⁸⁶

3.3 El recurso de amparo electoral

Hemos visto que el derecho de sufragio es, por definición, un derecho individual, que corresponde al ciudadano por su propia condición de tal, y que tiene una gran importancia intrínseca para la persona, es decir, para el completo desarrollo del individuo como miembro de una comunidad. Es también un derecho con una destacada dimensión institucional, en cuanto se ejerce colectivamente con la finalidad de obtener la voluntad

¹⁸⁴ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, op. cit., pp. 70 y ss.

¹⁸⁵ En el mismo sentido, ROBERT DAHL afirma que, a finales del siglo XX, el conjunto de instituciones políticas que generalmente se consideran necesarias para la democracia (aunque no suficientes) se han vuelto muy familiares: “*el control de las decisiones gubernamentales sobre políticas está constituido por representantes electos; los representantes se eligen en elecciones frecuentes y realizadas con imparcialidad en las que la coacción es comparativamente poco común; prácticamente todos los adultos tienen derecho a votar en la elección de representantes y tienen derecho a postularse para cargos electivos en el gobierno, los ciudadanos tienen un derecho efectivo a expresarse sobre asuntos políticos ampliamente definidos, sin peligro de un castigo severo; también tienen derechos efectivos para buscar fuentes alternativas de información y formar asociaciones u organizaciones relativamente independientes, incluidos partidos políticos independientes y grupos de interés*”. Véase DAHL, Robert A. “A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation.” op. cit., p. 25.

¹⁸⁶ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. “La delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia electoral.” *Revista de Derecho Político*, 24, 1987, p. 55.

de la comunidad política, sea en elecciones, sea en votaciones directas, convirtiéndose en un requisito funcional de todo el sistema democrático.¹⁸⁷

El art. 23.2 CE presenta, desde luego, una singular naturaleza a la hora de analizar el proceso de amparo ante el TC. Goza, como el resto de los derechos fundamentales, de la protección constitucional que se otorga a partir de los arts. 53.2 CE¹⁸⁸ y 41 LOTC¹⁸⁹, sin perjuicio de dos supuestos especiales que se prevén en los artículos 49 apartados 3¹⁹⁰ y 4¹⁹¹ y 114¹⁹² de la LOREG, que hacen referencia a los llamados Recursos de Amparo Electorales. Fuera de estos dos supuestos, volvemos al ámbito del amparo ordinario.¹⁹³ Como se declaró en la STC 114/1995, de 6 de julio, la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos. En pocas palabras, “*el recurso de amparo no es una casación en interés de ley*”.

¹⁸⁷ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis Álvarez. “El derecho de sufragio en el siglo XX.” *Revista Derechos y Libertades*, 31, 2014, p. 167.

¹⁸⁸ Artículo 53. 2. *Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*

¹⁸⁹ Artículo 41. Uno. *El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso; Dos. Con la demanda se acompañarán: a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo. b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo; Tres. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal; Cuatro. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso.*

¹⁹⁰ Artículo 49. 3. *La resolución judicial, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el presente artículo, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1 a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.*

¹⁹¹ Artículo 49. 4. *El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes.*

¹⁹² Artículo 114 1. *La Sentencia se notifica a los interesados no más tarde del día trigésimo séptimo posterior a las elecciones; 2. Contra la misma no procede recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración, y sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El amparo debe solicitarse en el plazo de tres días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los quince días siguientes.*

¹⁹³ REBATO PEÑO, María Elena. “El derecho de sufragio pasivo.” *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2, 1998, pp. 255-256.

Así las cosas, mientras el derecho de sufragio activo únicamente merezca la protección del TC a través del recurso de amparo ordinario, el derecho de sufragio pasivo cuenta con la protección del “recurso de amparo electoral”. Este tratamiento desigual en la protección de las dos vertientes del derecho de sufragio no encuentra desde luego explicación objetiva. En efecto, el denominado recurso de amparo electoral es un muy específico recurso por el que se convierte el TC en una “virtual” segunda instancia procesal en materia electoral.

No es este recurso constitucional, sin embargo, un cauce sustitutivo de la apelación frente a las Sentencias recaídas en el especial proceso contencioso que antecede (STC 82/1987, de 27 de mayo), ni sobre la adecuación de la norma legal para el acceso a un cargo público (STC 1/1993, de 13 de enero). Tampoco el TC es una instancia de simple unificación de la doctrina eventualmente contradictoria de los Tribunales, para lo cual carecería de jurisdicción (STC 24/1990, de 15 de febrero). En fin, no cabe entender el recurso de amparo interpuesto tras un recurso contencioso electoral como una última instancia de apelación, en la que pueda plantearse una plena revisión de los hechos y de la interpretación del derecho electoral realizadas primero por la Junta Electoral, y luego, sobre todo, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (STC 79/1989, de 4 de mayo).

A través del recurso de amparo electoral el TC opera, en la práctica, como un tribunal de garantías. Por lo tanto, como una doble instancia “especial”, de evidente cognición limitada. Estas limitaciones, de hecho, afectan a lo que podemos denominar dimensión material del derecho de sufragio pasivo.

Es claro, no obstante, que la ley es el marco fundamental del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. De ella va a depender el funcionamiento real y efectivo del conjunto de los derechos previstos en el texto constitucional. La ley electoral tendrá necesariamente carácter general y deberá desarrollar todo un conjunto de garantías procedimentales que hagan plenamente eficaces los principios constitucionales del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo.¹⁹⁴

¹⁹⁴ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. "Significado y alcance de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General." *Revista de estudios políticos*, 53, 1986, pp. 51-60.

En los primeros amparos ante el TC los recurrentes gozaban de la condición de cargos públicos (SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 10/1983, de 21 de febrero y 29/1983, de 26 de abril), por lo que alegaban la vulneración conjunta de los derechos reconocidos en los dos apartados del artículo 23 de la Constitución. Poco a poco, el TC fue sufragando una jurisprudencia estableciendo distintos puentes entre el artículo 23.2 y el 23.1 – cuando se trataba de cargos públicos representativos – o entre aquel derecho fundamental a la igualdad en el acceso y los principios de mérito y capacidad¹⁹⁵ del artículo 103.3 de la CE¹⁹⁶.

Conviene no olvidar, en todo caso, que el TC ha declarado que el derecho del artículo 23.2 CE no puede ser concebido como un derecho fundamental a la legalidad en el acceso a los cargos públicos (STC 115/1996, de 25 de junio) y además ha reiteradamente insistido en que es una especificación del derecho a la igualdad del artículo 14 CE (SSTC 50/1986, de 23 de abril, 86/1987, de 1 de junio y 24/89, de 2 de febrero, entre otras).

3.3.1 El Tribunal Constitucional y el sistema de revisión de las elecciones

El recurso de amparo electoral, desde luego, es un recurso *sui generis*. El TC reconoce, especialmente en este sentido, que la frontera entre lo legal y el constitucional es “*aún más difusa en materia electoral*” (STC 174/1991, de 16 de septiembre).¹⁹⁷ Por consiguiente, mediante el recurso de amparo electoral, el TC termina por orientar el sistema de revisión de las elecciones, en lo que referente a las Juntas Electorales y en lo que concierne a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Se trata de un control jurisdiccional basado en la celeridad y la eficacia directa e inmediata de los

¹⁹⁵ La Constitución de 1837 dio un paso de gigante en el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo, al unir el acceso a los empleos y cargos públicos con el principio de igualdad. Así, en su artículo 5, quizás intentando eliminar las humillantes pruebas de limpieza de sangre exigidas para el acceso a determinados cargos públicos, establecía que “*Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad*”. La coletilla “*según mérito y capacidad*” estará presente ya en el resto de las Constituciones que le siguen hasta la actual, en la que dicha expresión desaparece. MARIA ELENA REBATO PEÑO apunta como motivo de desaparición de esta expresión en el actual precepto el hecho de que el artículo 23.2 está dedicado más a cargos públicos representativos, mientras que la función pública queda relegada a su regulación en el artículo 103 CE, donde sí se incluyen los mencionados términos. Véase REBATO PEÑO, María Elena. “El derecho de sufragio pasivo.” *op. cit.*, p. 231

¹⁹⁶ Artículo 103. 3. *La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.*

¹⁹⁷ De igual modo véase GARCÍA ROCA, Javier. *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Aranzadi, Pamplona, 1999.

pronunciamientos judiciales electorales. El control en amparo sobre la regularidad del procedimiento electoral – para el TC – debe ceñirse a la indagación relativa a si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, los vicios procedimentales así constatados pudieron afectar al resultado de la elección (STC 79/1989 de 4 de mayo). Una función que, en realidad, poco tiene que ver con la que normalmente se realiza a través del amparo constitucional.

De hecho, el criterio que delimita lo legal de lo constitucional es sólo un medio. Se trata de un procedimiento llevado a cabo por el TC para seleccionar los aspectos de la legislación electoral que estima trascendente para garantizar el debido ejercicio de los derechos de sufragio. Del grupo de sentencias de las elecciones generales de 1989 (SSTC 24, 25, 26, 27 de 1990) verificamos una conversión del amparo electoral en un recurso de segunda instancia¹⁹⁸. Sin embargo, el TC en numerosas sentencias manifestó que los recursos de amparo electorales no son una segunda instancia de apelación (sirvan como muestra al respecto las SSTC 82/1987, 74/1989 o 24/1990)¹⁹⁹.

El TC ha tenido de pronunciarse, con carácter aún más singular, acerca de las agrupaciones de electores en España. Se trata de una forma de participación política que permite a un grupo de ciudadanos presentar candidaturas y concurrir a los comicios, ejerciendo su derecho de sufragio pasivo al margen de los partidos políticos.

3.3.2 Agrupaciones de electores y sufragio pasivo

Para SÁNCHEZ MORÓN el principio de participación en España se expresa con carácter general en el artículo 9.2 de la Constitución²⁰⁰. Para él, la idea clave del precepto es la vinculación que éste establece entre la libertad y la igualdad reales, efectivas y plenas y la participación. Los poderes públicos tendrían así, como imperativo de su actuación, promover las condiciones y remover los obstáculos necesarios para asegurar la libertad y

¹⁹⁸ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 45 y sigs., y 70 y sigs.

¹⁹⁹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel. "El Tribunal Constitucional como segunda instancia electoral en los amparos interpuestos por las agrupaciones de electores a las que se refiere el artículo 44.4 LOREG: la STC 85/2003, de 8 de mayo." en *Teoría y realidad constitucional*, 12, 2003, pp. 587-608.

²⁰⁰ Artículo 9. 2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

la igualdad de hecho, no meramente formal, y a ello se une, como correlato imprescindible, la tarea de facilitar la participación de todos²⁰¹.

Por lo tanto, el 9.2 CE no se limita a definir metas ideales o meramente formales de libertad y de igualdad entre conciudadanos. Define, sin embargo, un comando determinante a los poderes públicos, que deberán actuar sobre la sociedad y sobre el propio sistema político, con el fin de impulsarlos y modificarlos para la obtención de una máxima y efectiva libertad y igualdad de todos los ciudadanos, especialmente cuando de estas sustanciales garantías dependa el proceso de libre constitución política del Estado, aún más cuando consideradas las candidaturas partidarias o las listas de agrupaciones de electores.

Para presentar candidatura las agrupaciones de electores necesitan de un número de firmas de los inscritos en el censo electoral del municipio en las elecciones Municipales según lo establece el art. 187.3 de la LOREG²⁰². Para las elecciones a Juntas Generales, es necesario recoger el número de firmas en todos aquellos municipios que constituyen la circunscripción electoral para las citadas elecciones forales. Además, para constituir una agrupación no es necesario inscribirla en el Registro de Partidos Políticos. Para formalizar la constitución de una agrupación solo es preciso presentar la candidatura avalada por el número de firmas legalmente exigidas ante la Junta Electoral de Zona correspondiente en los plazos fijados por la LOREG.²⁰³ Finalmente, las agrupaciones electorales se constituyen única y exclusivamente para un proceso electoral en concreto,

²⁰¹ Para SÁNCHEZ MORÓN, parece aquí un elemento nuevo por relación a la concepción liberal del Estado, que consiste en la no neutralidad jurídica de los poderes públicos. Estos no tienen como misión asegurar el libre juego de las voluntades privadas, sino que, por el contrario, han de ser motor esencial del progreso de la colectividad estatal, están avocados a actuar directamente sobre el medio social para modificarlo, estableciendo las condiciones indispensables para la libertad y la igualdad real que, por lo demás, son valores superiores del ordenamiento jurídico, ex artículo 1. Véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "El principio de participación en la Constitución española." *Revista de administración pública*, 89, 1979, p. 175.

²⁰² Artículo 187. 3. Para presentar candidatura, las agrupaciones de electores necesitan un número de firmas de los inscritos en el censo electoral del municipio, que deberán ser autenticadas notarialmente o por el Secretario de la Corporación municipal correspondiente, determinado conforme al siguiente baremo: c) En los comprendidos entre 10.001 y 50.000 habitantes al menos 500 firmas. a) En los municipios de menos de 5.000 habitantes no menos del 1 por 100 de los inscritos siempre que el número de firmantes sea más del doble que el de Concejales a elegir. b) En los comprendidos entre 5.001 y 10.000 habitantes al menos 100 firmas. d) En los comprendidos entre 50.001 y 150.000 habitantes al menos 1.500 firmas. e) En los comprendidos entre 150.001 y 300.000 habitantes al menos 3.000 firmas. f) En los comprendidos entre 300.001 y 1.000.000 de habitantes al menos 5.000 firmas. g) En los demás casos al menos 8.000 firmas.

²⁰³ Acuerdo JEC 26-11-1990, aptdo. 2.b.

por lo que ha de procederse a una recogida de firmas para presentar una candidatura en cada nuevo proceso electoral que se convoque.

Ahora bien, al no estar sometidas a los mismos requisitos previstos en la Ley Orgánica de los Partidos Políticos (LOPP) para la creación de un partido político, el único modo de comprobar la legalidad constitucional de las llamadas *agrupaciones de electores* es mediante el contencioso electoral. Así ha ocurrido en el año 2003, cuando el Tribunal Supremo anuló 241 candidaturas presentadas por agrupaciones de electores en el País Vasco y Navarra, al entender que formaban parte de la estrategia de sucesión de *Batasuna*²⁰⁴.

Ahora bien, para los supuestos de *candidaturas presentadas por agrupaciones de electores*, el párrafo 5²⁰⁵ del artículo 49 de la LOREG introduce dos especificidades, que tienen que ver con la legitimación activa para interponer el recurso y con el órgano competente para resolver. En primer lugar, podrán recurrir el acto de proclamación de candidaturas, además de cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, el gobierno y el Ministerio Fiscal, es decir, quienes pueden solicitar la ilegalización de un partido político. En segundo lugar, el órgano competente para resolver este recurso no es el juez de lo

²⁰⁴ En Tribunal Supremo de España declaró en la STS de 27 de marzo de 2003, la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. El TS basa la legitimidad constitucional de la anulación de dichas candidaturas en la concepción del sufragio pasivo como un “derecho de configuración legal” al señalar el art. 23.2 CE que el mismo se ejercita de acuerdo “con los requisitos que señalen las leyes”. Concepción reiterada por el TC en sentencias como la 185/1999, de 11 de octubre, en la que se ha insistió en el “amplio margen de libertad” de que dispone el legislador para regular el ejercicio del derecho, es decir, para configurar el sistema mediante el cual se produce en la práctica el acceso a los cargos públicos representativos. Margen de libertad que, en todo caso, habrá de respetar el “contenido esencial” del derecho. Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo ya la STC 85/2003, de 8 de mayo.” *op. cit.*, p. 123.

²⁰⁵ Artículo 49. 5. Los recursos previstos en el presente artículo serán de aplicación a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores a los que se refiere el apartado 4 del artículo 44 de la presente Ley Orgánica, con las siguientes salvedades: a) El recurso previsto en el apartado primero del presente artículo se interpondrá ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; b) Estarán también legitimados para la interposición del recurso los que lo estén para solicitar la declaración de ilegalidad de un partido político, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, teniendo derecho de acceso a la documentación que obre en poder de las Juntas Electorales; c) Si durante la campaña electoral las partes legitimadas para interponer el recurso tuvieran conocimiento de circunstancias que, con arreglo al artículo 44.4 de esta Ley, impiden la presentación de candidaturas, el recurso podrá interponerse hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria, debiendo resolver la Sala especial del Tribunal Supremo dentro del tercer día a partir de la interposición. En este supuesto, no resultará de aplicación la prohibición de fabricación de las papeletas de la candidatura afectada prevista en el artículo 71.2.

contencioso-administrativo, sino la Sala Especial del Tribunal Supremo, que también se encarga de resolver los supuestos de ilegalización de partidos políticos.²⁰⁶

De hecho, el procedimiento de anulación de candidaturas en España plantea ciertas dudas en cuanto a su legitimidad constitucional ya que impide el ejercicio de derecho de candidatura a cargos públicos representativos a ciudadanos que no se hallan privados de su capacidad electoral pasiva ni están incurso en una de las causas de inelegibilidad establecidas por la ley²⁰⁷. Interrogantes que, conforme SALAZAR BENÍTEZ, afectan al contenido esencial del derecho de sufragio pasivo y a los límites que ha de tener la capacidad de configuración de este por el legislador.²⁰⁸

La STC 85/2003, de 8 de mayo, ha considerado, por ejemplo, que la privación del derecho de sufragio pasivo a los miembros de las candidaturas anuladas por el Supremo vendría a constituir una “*inelegibilidad parcial*”²⁰⁹, concepto evidentemente impreciso y difícilmente admisible pues las inelegibilidades son absolutas, es decir, los afectados por ellas no pueden ejercer el derecho de sufragio pasivo en el proceso electoral correspondiente.²¹⁰ La imprecisión genera, en este caso, ineludible arbitrariedad.

De hecho, el artículo 44.4 LOREG²¹¹, junto con el artículo 49.5 LOREG, es fruto de la LOPP que vino a modificar la normativa electoral reguladora de las

²⁰⁶ LEÓN ALONSO, Marta. “Las agrupaciones de electores como forma de participación política en el sistema electoral español: garantías y límites del derecho de sufragio pasivo.” *op. cit.*, pp. 140-149.

²⁰⁷ Este procedimiento de anulación de candidaturas plantea dudas de legitimidad ya que, de hecho, impide el ejercicio de derecho de sufragio pasivo a ciudadanos que no se hallan privados de su capacidad electoral pasiva ni están incurso en una de las causas de inelegibilidad establecidas por la ley. Son, pues, muchos los interrogantes que plantea el art. 44 LOREG y el procedimiento del art. 49 LOREG.

²⁰⁸ Incluso cabría plantearse la incidencia de dichas medidas en el derecho de sufragio activo, pues ambos «son aspectos indisociables de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal libre, igual, directo y secreto (arts. 68.1 y 69.1 CE)» (STC 24/90). Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo ya la STC 85/2003, de 8 de mayo.” *op. cit.*, p. 112.

²⁰⁹ *In verbis*: “El art. 44.4 LOREG, introducido por la disposición adicional segunda, 1, de la Ley Orgánica 6/2002, impide la presentación de candidaturas por parte de “las agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido”. No se trata, técnicamente, de una causa de inelegibilidad, pues las personas que figuran en la agrupación no proclamada pueden ejercer su derecho de sufragio pasivo a través de otra candidatura. Pero, como es evidente, puede hablarse de una causa de inelegibilidad parcial, en la medida en que se restringe materialmente el libre ejercicio de aquel derecho” - STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 24.

²¹⁰ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo ya la STC 85/2003, de 8 de mayo.” *op. cit.*, pp. 112-137.

²¹¹ Artículo 44. 4. En todo caso, los partidos políticos, las federaciones o coaliciones de partidos, y las agrupaciones de electores no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengán a continuar o suceder

agrupaciones de electores. Esta proyección de la LOPP sobre la LOREG es, en opinión de PÉREZ ROYO, de una inconstitucionalidad manifiesta, porque las agrupaciones de electores no constituyen un ejercicio del derecho de asociación, sino del derecho de participación política, que no puede ser limitado como consecuencia de la restricción del ejercicio del derecho de asociación. Y no puede serlo, complementa LEÓN ALONSO, porque el derecho de participación es el derecho constitutivo de la ciudadanía y, por tanto, constitutivo de la igualdad. En conclusión, a través del artículo 44.4 LOREG se cercena un derecho fundamental de los ciudadanos, no privados judicialmente de sus derechos políticos, ni sujetos a ninguna de las causas de inelegibilidad previstas por la Ley.²¹²

Seguidamente, dudas se plantean, por ejemplo, cuando la presencia en una lista de un condenado a la pena de inhabilitación para el sufragio pasivo o de un ciudadano que hubiera accedido a un cargo público a través de una candidatura de uno de los partidos disueltos, “contamina” al resto de componentes de esa lista. Supone una interpretación de, cuando menos, dudosa constitucionalidad por su incidencia en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, ya que supone extender la falta de capacidad electoral pasiva a otras personas en las que no concurre el supuesto de hecho que legitima dicha privación.²¹³ Al hilo de lo anterior, la circunstancia de que uno o algunos de los candidatos incluidos en las listas de cada agrupación de electores haya formado parte de una candidatura presentada en anteriores procesos electorales por partidos políticos entonces legales, o que ocupasen en éstos cargos directivos, no pueden justificar, *de per se*, la privación a estos candidatos de su derecho de sufragio pasivo, ni la de los que les acompañan en la lista electoral.

la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión.

²¹² LEÓN ALONSO, Marta. “Las agrupaciones de electores como forma de participación política en el sistema electoral español: garantías y límites del derecho de sufragio pasivo.” *op. cit.*, p. 144.

²¹³ Parece verdaderamente excesivo que se extienda la restricción del sufragio pasivo a todos los componentes de una lista, “contaminados” por la presencia de determinados individuos de los que se ha probado su conexión con los partidos políticos disueltos. Más acorde con la naturaleza del derecho de sufragio, mejor por parte del TCE habría sido precisar dichas circunstancias como causas de inelegibilidad y que, por lo tanto, afectasen a personas concretas. Aún más, posibilitar que la presencia de determinadas personas en una lista obligaría a cambiar esos candidatos, evitándose, por lo tanto, a la anulación de toda la candidatura. Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo y la STC 85/2003, de 8 de mayo.” *op. cit.* pp. 127-137.

El plazo actual de subsanación, de 48 horas, no resulta suficiente si en el momento de comunicar las irregularidades observadas no se traslada a los representantes políticos toda la información, ni se abre una fase de audiencia, privando a los interesados de la posibilidad de reparar las irregularidades para evitar el rechazo de candidaturas²¹⁴. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional la situación del plazo no resulta tan grave²¹⁵. Considera, en síntesis, que la tutela de los derechos fundamentales en juego está garantizada a través de su intervención en el recurso de amparo electoral, previsto en el artículo 49.4 LOREG, lo que da una nueva oportunidad para presentar nuevas alegaciones y pruebas “*con pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso ordinario*”.

Por fin, aunque el TEDH haya dado el espaldarazo definitivo a la LOPP²¹⁶ y a su aplicación por los poderes públicos españoles, esto no obsta para que el legislador deba afrontar y resolver algunas cuestiones pendientes, relacionadas, principalmente, con las garantías del proceso, que afectan a derechos fundamentales protegidos en la Constitución Española.²¹⁷ Pero, como señala PÉREZ-ROYO, “*para eso, hay que convencer a las Cortes, que son las únicas que pueden aprobar una nueva ley orgánica en ese*

²¹⁴ RUBIO, Rafael, y Miguel PÉREZ-MONEO. "Teoría y práctica: 30 años de experiencia electoral." *Revista de las Cortes Generales*, 2008, p. 244.

²¹⁵ *In verbis*: “Ello no obstante, se produjo una inicial irregularidad procesal, dado que las demandas y documentos a ellos acompañados no fueron trasladados a los afectados por la impugnación, sino que este traslado se sustituyó por un examen de las actuaciones en la secretaría del Tribunal dentro de un breve plazo, que finalizaba a las quince horas del día 2 de mayo. Ahora bien, lo que hemos de determinar es si la mencionada irregularidad procesal fue causante de una efectiva y real indefensión de las agrupaciones electorales interesadas, constitutiva de una lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. (...) los recurrentes pudieron presentar sus escritos impugnando los recursos del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado dentro del plazo determinado por el Tribunal Supremo. Así, pudieron realizar las alegaciones que consideraron oportunas rebatiendo la cuestión fundamental planteada en el recurso: el carácter de agrupación electoral continuadora o sucesora de las actividades de los partidos políticos ilegalizados conforme al art. 44.4. LOREG. Por tanto, partiendo de que no es función de este Tribunal establecer de qué forma es preciso dar cumplimiento al procedimiento establecido en el art. 49 LOREG, ha de rechazarse la vulneración de los derechos de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías pues, siendo carga de los mismos, no se ha acreditado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. Todo ello sin perjuicio de que, como ya señalamos anteriormente, el especial carácter del proceso de amparo electoral abre un nuevo cauce para la garantía jurisdiccional de los referidos derechos fundamentales. Y ha de añadirse que este amparo electoral viene a dar oportunidad de nuevas alegaciones, con pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso originario.” Véase STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 11.

²¹⁶ Para PÉREZ-ROYO, el problema de la Ley de Partidos “no radicaba en que pudiera estar en contradicción con el Convenio de Roma, sino en que carecía de cobertura en la Constitución, que no contempla una vía distinta de la penal para poner fuera de la ley a un partido político. Pero esa es una cuestión que únicamente la podían revisar los tribunales españoles, Supremo y Constitucional. Una vez que habían aceptado la constitucionalidad de la ley, la decisión del TEDH estaba cantada”. Disponible en https://elpais.com/diario/2009/07/04/espana/1246658410_850215.html; Consulta: 16 de julio de 2018.

²¹⁷ LEÓN ALONSO, Marta. “Las agrupaciones de electores como forma de participación política en el sistema electoral español: garantías y límites del derecho de sufragio pasivo.” *op. cit.*, p. 166.

*sentido, lo que se antoja una tarea imposible. Entre otras cosas, porque la opinión pública española respalda la ley de manera abrumadoramente mayoritaria*²¹⁸.

En nuestra opinión, el TC al pronunciarse sobre la proclamación de las candidaturas (art. 49 LOREG) de las agrupaciones solicitantes de amparo define, en concreto y con carácter general, el propio derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), al ser éste el derecho fundamental en relación con los actos de proclamación de candidaturas y candidatos²¹⁹, además de las supuestas vulneraciones²²⁰ de derecho fundamentales recogidos en el art. 24 CE²²¹ que hubieran podido producirse en la tramitación del recurso contencioso-electoral imputables a la actuación del órgano jurisdiccional²²².

3.3.3 Subsidiariedad y interpretación más favorable al derecho de sufragio

Aparte de una división teórica entre monistas y dualistas, hay que señalar una actual y amplia coincidencia entre el contenido de las declaraciones internacionales y de las declaraciones constitucionales de derechos. Para PÉREZ TREMPs, la mayoría de los derechos reconocidos en los tratados y convenios son materialmente los mismos que los protegidos constitucionalmente. Sin embargo, existe una serie de “*flecos*”, donde sí surgen problemas; se trata de determinados derechos que, estando reconocidos en pactos y convenios internacionales, no se han consagrado en una Constitución. ¿Implica aquel reconocimiento una especie de constitucionalización? Concluye, pues, y con independencia del rango supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal que

²¹⁸ Disponible en https://elpais.com/diario/2009/07/04/espana/1246658410_850215.html; Consulta: 16 de julio de 2018.

²¹⁹ Véase SSTC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 1; 81/1987, de 27 de mayo, FJ 2; 169/1987, de 29 de octubre, FJ 3; 160/1989, de 10 de octubre, FJ 1; 106/1991, de 13 de mayo, FJ 2; 113/1991, de 20 de mayo, FJ 2.

²²⁰ Tanto en Europa como en América, el sistema más común de ejecución de las decisiones contenciosas que declaran la existencia de una vulneración de derechos, al menos por lo que a la reparación de la víctima respecta, es la reparación económica mediante el pago de una indemnización. Sin embargo, estamos de acuerdo con PÉREZ TREMPs que no siempre este sistema permite, no ya reparar el daño, sino, ni siquiera, compensarlo mínimamente. Véase PÉREZ TREMPs, Pérez. “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales.” *op. cit.*, p. 81.

²²¹ Artículo 24 1. *Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

²²² Véase SSTC 81/1987, FJ 2; 169/1987, FJ 3.

posean en el ámbito interno los derechos reconocidos intencionalmente, éstos, cuando sean auténticos derechos subjetivos, deberían estar protegidos por las técnicas constitucionales de protección de los derechos fundamentales.²²³

El TC efectivamente opera como una instancia revisora acerca de la legislación electoral y impone un criterio hermenéutico cuya observancia para el resto de los tribunales (*ex vi* art. 5.1 LOPJ²²⁴) ocasiona un efecto indirecto de unificación de la doctrina.²²⁵ Así pues, en la práctica legal, existe integridad y coherencia del derecho de sufragio pasivo como derecho fundamental, y esta concepción servirá como guía y limitará convicciones sobre qué parte de la ley debe ajustarse a una interpretación, y cuál de ellas, y cómo.²²⁶

Importa destacar, que la adopción y perfeccionamiento de medidas nacionales de implementación depende en gran parte el futuro de la propia protección internacional del derecho de sufragio pasivo. Además, ¿existe una común protección jurídica de los derechos de sufragio activo y pasivo en Europa? La pregunta demanda diversas ponderaciones y la comprensión de ciertas premisas básicas.

La premisa básica y quizá una de las más importantes para la comprensión del sistema europeo es la relacionada al reconocimiento de conceptos jurídicos comunes en el constitucionalismo europeo. Los principios, derechos y libertades oriundas del derecho de la Unión, por ejemplo, a medida que los operadores jurídicos nacionales fueran familiarizándose con ellos, comenzaran a ser manejados y asumidos, en la lección de ALONSO GARCÍA, como auténtico *ius proprium*. El Derecho de la Unión también actuaría fuera de los sectores comunitarizados, “*como un molde al que los Derechos nacionales se irían acomodando progresivamente, de manera que éstos seguirían elaborando y aplicando su ius publicum proprium, pero ya no de forma aislada, sino a la luz de ese*

²²³ PÉREZ TREMPES, Pérez. "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales." *op. cit.*, p. 78.

²²⁴ Artículo 5. 1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

²²⁵ La naturaleza sistemática del Derecho, su dependencia de las reglas y la interpretación de estas – tres características del Derecho que están estrechamente interrelacionadas, siendo características estructurales – afectan los modos de razonamiento comunes al razonamiento jurídico. Véase RAZ, Joseph. "Reasoning with Rules." *Current Legal Problems*, 54, 2001, p. 2.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. "Law as interpretation." *Critical Inquiry*, 9.1, 1982, p. 545.

mos europaeus”. Un buen ejemplo, recuerda ALONSO GARCÍA, es el principio de confianza legítima, arraigado en los Derechos alemán y holandés y, a partir de ahí, asumido tempranamente por el Tribunal de Justicia como propio del ordenamiento jurídico comunitario.²²⁷

En realidad, en el presente ámbito de protección el derecho internacional y el derecho interno conforman un todo indivisible, vez que apuntan en la misma dirección, desvelando el propósito común de protección de la persona humana. El derecho internacional y el derecho interno aquí se muestran en constante interacción, en beneficio de los seres humanos protegidos.²²⁸ Efectivamente, en palabras de MARIA LUÍSA DUARTE, la apertura del repertorio constitucional a otros derechos de fuente internacional y a la regla de interpretación de armonía, también, con el derecho internacional, constituyen elementos básicos de una estrategia que tiene como objetivo la protección más elevada o favorable de los derechos fundamentales, tanto en la fase de recepción de los derechos como en la fase de interpretación de los derechos constitucionales ya consagrados²²⁹.

Desde esta perspectiva, la falta de claridad sobre si un derecho consagrado internacionalmente está o no protegido a través de procedimientos constitucionales puede suscitar problemas a los tribunales internacionales a la hora de determinar si se ha

²²⁷ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)." *Revista de administración pública*, 151, 2000, p. 130.

²²⁸ Los propios tratados de derechos humanos atribuyen una función capital a la protección por parte de los tribunales internos, como evidenciada por las obligaciones de proporcionar recursos internos eficaces y de agotarlos, que recaen, respectivamente, sobre los Estados demandados y los individuos reclamantes. Al haber confiado la protección primaria de los derechos humanos, los tribunales internos tienen, en cambio, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos. De ahí la propalada subsidiaridad del proceso legal internacional, la cual encuentra sólido respaldo en la práctica internacional, en la jurisprudencia, en los tratados, así como en la doctrina. Véase CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos." *SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996, pp. 2-7.

²²⁹ DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. AAFDL, 2006, p. 283.

cumplido con el requisito de haber agotado²³⁰ los instrumentos internos²³¹ de garantía de los problemas. En la opinión de PÉREZ TREMPs, la regla general de articulación entre garantías internas e internacionales es la regla de la subsidiariedad de las segundas respecto de las primeras: sólo intentados y agotados infructuosamente los remedios ofrecidos dentro del Estado es posible acudir a la protección internacional. Así lo dispone el Convenio Europeo, la Convención Interamericana y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²³²

De hecho, el Derecho constitucional interno de cada uno de los Estados miembros no puede ser tomado aisladamente como parámetro de definición de la protección de determinados derechos fundamentales, sino que todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros y, especialmente, sus normas constitucionales, han de ser tomados en consideración para definir el parámetro común de protección²³³. Para JÜNGER HABERMAS, una esfera pública a escala europea surgirá de la apertura mutua de los universos nacionales existentes, que dará paso a una interpenetración entre las comunicaciones nacionales, recíprocamente traducidas.²³⁴ Es obvio, en conclusión, que la apertura se produce mejor cuando se produce entre países que participan de una misma cultura político constitucional. Así es más fácil entre los que integran la cultura

²³⁰ Para CANÇADO TRINDADE, la visión clásica del requisito formal del agotamiento por los individuos reclamantes de los recursos de derecho interno para la institución de procedimiento contencioso internacional pierde terreno para una nueva concepción volcada al elemento de la reparación propiamente dicha. Así, la regla del agotamiento, en la protección de los derechos humanos, sólo puede considerarse adecuadamente en conexión con la obligación correspondiente de los Estados de proveer recursos internos eficaces. El énfasis pasa a recaer, por lo tanto, en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Véase CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos." *op. cit.*, p. 15.

²³¹ Los Estados Partes en tratados de derechos humanos se encuentran obligados a organizar su ordenamiento jurídico interno de modo que las presuntas víctimas de violaciones de los derechos en ellos consagrados dispongan de un recurso eficaz ante las instancias nacionales. Esta obligación adicional opera como una salvaguardia contra eventuales denegaciones de justicia u irregularidades procesales en la administración de la justicia. Con ello al menos quedan impedidos los gobiernos de los Estados Partes de obstruir acciones ante los tribunales nacionales (en el proceso de agotamiento de recursos de derecho interno) para obtener reparación de daños resultantes de violaciones de los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos. Con lo cual, la utilización de los recursos de derecho interno (por los reclamantes) y de provisión de tales recursos eficaces (por los Estados demandados) contribuye así a una mejor apreciación de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el contexto de la protección de los derechos humanos. Véase CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos." *op. cit.*, p. 17.

²³² PÉREZ TREMPs, Pérez. "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales." *op. cit.*, pp. 79-80.

²³³ DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales." *op. cit.*, p. 335.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. "Por qué Europa necesita una Constitución." *New Left Review*, 11, 2001, p. 17.

euroatlántica: unos mismos valores, explícitos o implícitos, instituciones por lo menos semejantes.²³⁵

Además, una correcta articulación entre protección interna e internacional a través del principio de subsidiariedad sólo puede hacerse a partir de una clara definición del alcance y naturaleza de la protección internacional. En cualquier caso, como en todo lo relacionado con los derechos fundamentales, los requisitos procesales deben interpretarse en la forma más favorable a la eficacia del derecho. Pero, a la vez, debe fomentarse también que las autoridades judiciales nacionales se enfrenten con la violación de derechos y hagan lo posible para repararla. Existe, pues, en la garantía internacional un interés general, además del meramente subjetivo: instar la eficacia del sistema estatal. Para PÉREZ TREMPs, no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia.²³⁶

El TC ha reiteradamente indicado que la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes. Esta consideración general es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar a la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable, sin perjuicio del necesario respeto a la legislación electoral y de la diligencia que los participantes activos en las elecciones han de tener en su actuación para posibilitar un ordenado y fluido proceso electoral. (SSTC 79/1987, de 26 de mayo, 169/1987, de 29 de octubre, y 74/1995, de 12 de mayo).²³⁷

El TC a través del recurso de amparo no puede, como regla general, someter a revisión los hechos tenidos en cuenta por los Tribunales de lo Contencioso-

²³⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo. "Idea, concepto y definición de apertura constitucional." *Pensamiento Constitucional*, 6, 1996, p. 67.

²³⁶ PÉREZ TREMPs, Pérez. "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales." *op. cit.*, pp. 77-81.

²³⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

Administrativo (artículo 44.1 b LOTC)²³⁸. Dicho límite, no obstante, es claramente atenuado en su intensidad cuando se trata de recursos de amparo electorales (*vide* STC 25/1990, FJ 6). De hecho, en materia electoral, el TC debe huirse de formalismos, intentando llegar a la verdad material, tal como señaló las SSTC 24/1990, de 15 de febrero y 157/1991, de 15 de julio.²³⁹

3.4 Breves conclusiones

Indudablemente, los sistemas electorales tienen por cierto consecuencias sobre el comportamiento electoral y los resultados electorales influyen sobre la conformación del sistema de partidos y así sobre la distribución del poder en un país, y pueden tener también gran importancia para la estabilidad política.²⁴⁰ Desde una mirada inicial hasta la selección de candidatos²⁴¹, es evidente que la confección de las listas partidarias efectivamente condiciona el ejercicio del derecho sufragio activo y pasivo y las irregularidades o insuficiencias que en ese momento se produzcan, enfatizan GARCÍA ROCA Y SANTOLAYA MACHETTI, pueden llegar a viciar todo el procedimiento electoral y la subsiguiente composición y funcionamiento de las Cámaras.²⁴²

En este orden de ideas, el principio de participación es suficiente para explicar por qué asociamos la democracia con el sufragio universal, con el modelo de voto igualitario y con estructuras de representación que hacen que los cargos políticos sean abiertos en principio para todos. Según enfatiza RONALD DWORKIN, el principio de participación también explica por qué las libertades políticas, como la libertad de expresión y de protesta, son parte de la idea de la democracia. A cada ciudadano se le debe dar un papel en la política que equivale a una oportunidad genuina de hacer la diferencia.

²³⁸ Artículo 44.1 b) *Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.*

²³⁹ Idem, p. 90 y ss.

²⁴⁰ NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales y reforma electoral: Una introducción*. op. cit., p. 10.

²⁴¹ Para ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, en España el desbloqueo de las listas —que también comporta riesgos para la financiación de las campañas— sería una técnica de apertura del partido más acorde con la lógica del sistema parlamentario de gobierno que la técnica de las elecciones primarias tan defendida en los últimos tiempos. Véase FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “Reflexiones sobre una improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados.” *op. cit.*, p. 26.

²⁴² GARCÍA ROCA, Javier, y Pablo SANTOLAYA MACHETTI. “Transfuguismo y medidas de regeneración democrática.” *Debates constitucionales*, 6, 2004, p. 16.

Particularmente en una gran comunidad política, complementa, se le debe permitir voz y voto.²⁴³

Para ADAM PRZEWORSKI, el valor de la elección es que podemos hacer que las opiniones ingresen al dominio público.²⁴⁴ Por lo tanto, la capacidad de ejercer libremente el derecho al voto es un importante pilar, es definitorio del concepto moderno de ciudadanía en una sociedad democrática²⁴⁵. La importancia de este derecho está reconocida no solo por la Constitución Española, sino por una miríada de otros acuerdos y tratados internacionales, incluyendo, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es un principio bien establecido del derecho internacional que el sufragio universal y las elecciones libres y justas son la piedra angular de la democracia basada en el consentimiento del pueblo.

En conclusión, las condiciones impuestas en España no obstaculizan la libre expresión de las personas en la elección de la legislatura. No obstante, hace falta una adecuación al modelo de contencioso electoral, de modo a mantener la integridad y efectividad de un procedimiento electoral dirigido a identificar la voluntad de las personas a través del sufragio universal.²⁴⁶

²⁴³ DWORKIN, Ronald: "Equality, democracy, and constitution: we the people in court." *Alta. L. Rev.*, 28, 1989, p. 338

²⁴⁴ PRZEWORSKI, Adam. "Freedom to choose and democracy." *Economics and Philosophy*, 19.2, 2003, p. 275.

²⁴⁵ Según la irreprochable advertencia de AMARTYA SEN, la práctica de la democracia ayuda a la sociedad a formar sus valores y prioridades. Incluso la idea de "*necesidades*", incluida la comprensión de "*necesidades económicas*", requiere una discusión pública e intercambio de información, puntos de vista y análisis. En este sentido, la democracia tiene una importancia constructiva, además de su valor intrínseco para las vidas de los ciudadanos y su importancia instrumental en las decisiones políticas. Los reclamos de la democracia como un valor universal deben tomar nota de esta diversidad de consideraciones. Véase SEN, Amartya Kumar. "Democracy as a universal value." *Journal of democracy*, 10.3, 1999, p. 7.

²⁴⁶ Véase en el próximo capítulo los casos *Hirst*, § 62; *Yumak y Sadak*, § 109; y *Scoppola*, § 84, entre otros.

4. Derecho de sufragio pasivo y causas de inhabilitación, inelegibilidad e incompatibilidad

Pese sean institutos jurídicos distintos, inelegibilidad e incapacidad por veces se confunden. No obstante, la distinción es bien sobresaliente: las primeras, las inelegibilidades, operan sobre la proclamación de candidatos y de electos e impiden el candidato de ser elegido, mientras que las incompatibilidades lo hacen sobre la permanencia o no en un cargo para el que ya se ha sido elegido, sólo impiden el desempeño del cargo si no se renuncia a la situación declarada incompatible.²⁴⁷ Las inelegibilidades, en fin, pertenecen al derecho electoral, mientras que las incompatibilidades pertenecen al derecho parlamentario (o al derecho de las organizaciones públicas, en general).²⁴⁸

Actualmente, algunas causas de incapacidad electoral pasiva son de naturaleza civil²⁴⁹ e impiden el ejercicio pleno del cargo. Otras, de naturaleza penal²⁵⁰, funcionan bien por la propia naturaleza de la pena impuesta, bien como sanción accesoria²⁵¹.

²⁴⁷ Por lo que el fundamento básico de las incompatibilidades es el de garantizar “*la independencia, libertad y eficacia en el ejercicio de la representación, proyectando sus efectos sobre la subsistencia de un mandato lícitamente adquirido*” Véase FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “Incompatibilidades parlamentarias.” *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado*. Civitas, 2011, pp. 153-155.

²⁴⁸ ARAGÓN REYES, Manuel. “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo.” *op. cit.*, pp. 187-193.

²⁴⁹ Las causas de incapacidad civil son las establecidas en los apartados b) y c) del artículo 3 de la LOREG: reconocimiento expreso de la sentencia judicial firme que declare la incapacidad civil y en la resolución judicial de autorización de internamiento en hospital psiquiátrico. En ambos supuestos la resolución judicial debe expresamente privar del derecho de sufragio pasivo.

²⁵⁰ En cuanto a las causas penales, existen tres supuestos generales y un cuarto para las elecciones locales: (1) los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena – artículo 6.2 a) LOREG – con independencia de la situación del condenado, ya esté en prisión o en libertad condicional. Su efectividad se produce como consecuencia automática de la pena privativa y, en concreto, desde el comienzo del cumplimiento de la condena; (2) los condenados por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado, aunque la sentencia no sea firme, cuando la misma establezca la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público – artículo 6.2.b) LOREG (es un plus de exclusión para los condenados por estos delitos de remarcada gravedad); por fin, (3) los condenados por sentencia firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio, durante el tiempo de su cumplimiento – artículo 3.1.a) LOREG.

²⁵¹ La posibilidad, por remota que sea, de que en una competencia electoral el voto de las personas encarceladas pueda inclinar la balanza es intolerable para algunos. Permitir que los reclusos voten también plantea problemas prácticos, como cómo y dónde hacerlos votar. El derecho de voto de los reclusos se argumenta por diversos motivos. Se argumenta que el régimen penal contemporáneo está destinado en última instancia a la rehabilitación en lugar del castigo, y que la preservación de los derechos de voto de los reclusos facilita su reintegración social. Algunos creen que se debe hacer una distinción entre quienes cumplen condenas leves y quienes están encarcelados por delitos graves, y que solo a estos últimos se les debe privar de sus derechos de voto. Véase BLAIS, André, Louis MASSICOTTE, y Antoine YOSHINAKA. “Deciding who has the right to vote: a comparative analysis of election laws.” *op. cit.*, pp. 57-58.

A su vez, las causas de inelegibilidad, a diferencia de las causas de incapacidad, constituyen impedimentos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que se fundamentan en la necesidad de garantizar tanto la libertad del elector como la igualdad de oportunidades de los candidatos contendientes en la elección²⁵². La finalidad de las causas de inelegibilidad no es otra que garantizar la regularidad del proceso electoral excluyendo del mismo a las personas que podrían influenciar la libre voluntad de los electores.²⁵³

Para SANTOLAYA MACHETTI inelegibilidad es una delimitación negativa del sufragio pasivo, *“todo supuesto legal que priva del derecho de sufragio pasivo a una persona, que, de no estar incurso en él, gozaría de la plenitud del derecho, pudiendo ser candidato a un determinado proceso electoral. Significa, por tanto, una limitación, absoluta o relativa, para determinadas elecciones o circunscripciones, por causas legales tasadas, de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo del que se es titular”*²⁵⁴ La finalidad de las inelegibilidades *“es evitar que lo hagan [participar en las elecciones] determinadas personas bien porque supondría una desigualdad para los restantes competidores, bien como resultado de una condena penal”*²⁵⁵.

En España es posible agrupar las causas de inelegibilidad del artículo 6 de la LOREG²⁵⁶ de tres modos: a) causas para evitar las ventajas derivadas del ejercicio de

²⁵² Para SÁNCHEZ MUÑOZ, las proyecciones del principio de igualdad de oportunidades pueden poseer un carácter ambivalente. Por un lado, el principio persigue la garantía de una *libertad general de actuación de los competidores*, que se concreta sobre todo en la *libertad de campaña* o libertad para hacer llegar sus mensajes al electorado, mientras que, por otro lado, el principio también sirve de fundamento a importantes *limitaciones a dicha libertad de actuación de los competidores* (e incluso a la libertad de terceros), limitaciones que van destinadas básicamente a evitar el ejercicio de influencias abusivas sobre el electorado. Véase SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. “Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada.” *Tópicos electorales: un diálogo judicial entre América y Europa*. Coord. Luis Efrén Ríos Vega, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 330.

²⁵³ Es decir, las inelegibilidades tratan de garantizar la regularidad del proceso electoral excluyendo del mismo a las personas que, por su posición, podrían influenciar la libre voluntad de los electores. En este sentido hay que interpretar las causas de inelegibilidad restrictivamente, dada la esencialidad y la universalidad de tales derechos, lo que exige mecanismos jurídicos más eficaces y efectivos para su concreción. Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo ya la STC 85/2003, de 8 de mayo.” *op. cit.*, pp. 130-137.

²⁵⁴ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *Procedimiento y garantías electorales*. Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 91.

²⁵⁵ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *Procedimiento y garantías electorales*. *op. cit.*, p. 180.

²⁵⁶ En efecto, en la STC 80/1987, de 27 de mayo, (fundamento jurídico 3º) el Tribunal Constitucional afirma que a los supuestos de inelegibilidad regulados en el art. 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del

determinados cargos y, por ende, para garantizar la igualdad de oportunidades (exigida por el artículo 23.2 CE y por el artículo 8.1 LOREG²⁵⁷); b) causas para garantizar la neutralidad política de determinados cargos (Presidentes y miembros de órganos e instituciones constitucionales), el ejercicio de determinadas funciones públicas²⁵⁸ o circunstancias personales (los miembros de la Familia Real Española y sus cónyuges)²⁵⁹; y c) causas para asegurar la transparencia y objetividad del proceso electoral (artículo 8.1 LOREG²⁶⁰), que exige la inelegibilidad de los miembros de las Juntas Electorales y de los altos cargos de la Oficina del Censo Electoral.²⁶¹

La LOREG también contempla causas de inelegibilidad específicas para los distintos tipos de elecciones. Esto está en la naturaleza de la elección, puesto que las causas de inelegibilidad no tienen por qué ser las mismas. Por lo tanto, existen causas específicas para las elecciones generales (art. 154 LOREG²⁶²) y causas específicas para las elecciones locales (art. 177.2 LOREG²⁶³). La misma causa establece el artículo 202 LOREG²⁶⁴ para el cargo de Diputado Provincial. Adicionalmente, existen causas

Régimen Electoral General (LOREG) hay que añadir aquellos que derivan de determinadas penas previstas en el Código Penal. El que el art. 6.2 de la LOREG mencione sólo algunas causas de inelegibilidad derivadas de sanciones penales no significa que hayan quedado derogadas las restantes previstas en el Código Penal y que integran el contenido de determinadas penas, como inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para el derecho de sufragio y otras. Tal es el caso de la pena de suspensión de cargo público, cuyos propios efectos, regulados por el art. 38 del Código Penal, implican la imposibilidad de obtener otro de funciones análogas durante el tiempo de la condena.

²⁵⁷ Son las establecidas en los apartados f), g), k), l), m), n), o) y p) del artículo 6.1 LOREG, y se refieren sobre todo a los altos cargos de las diferentes Administraciones Públicas, como los Subsecretarios, Secretarios generales, Directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular los Directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado.

²⁵⁸ Magistrados, militares y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

²⁵⁹ Son las establecidas en los apartados a) a e), y apartados h) e i) del artículo 6.1 LOREG.

²⁶⁰ Artículo 8. 1. *La Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.*

²⁶¹ Citadas en los apartados j) y ñ) del art. 6.1 LOREG, y el apartado f) del art. 6.3 LOREG.

²⁶² Artículo 154. 1. *Además de quienes incurran en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 6 de esta Ley, son inelegibles para el cargo de Diputado o Senador quienes ejerzan funciones o cargos conferidos y remunerados por un Estado extranjero; 2. Tampoco son elegibles para el Congreso de los Diputados los Presidentes y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, así como los cargos de libre designación de dichos Consejos y los miembros de las Instituciones Autónomas que por mandato estatutario o legal deban ser elegidos por la Asamblea Legislativa correspondiente; 3. Nadie puede presentarse simultáneamente como candidato al Congreso de los Diputados y al Senado.*

²⁶³ Artículo 177.2. *Son inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejales quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley y, además, los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación Local contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial.*

²⁶⁴ Artículo 202. *Además de quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley son inelegibles para el cargo de Diputado Provincial los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial.*

específicas para las elecciones al Parlamento Europeo (art. 210 bis.2 LOREG²⁶⁵). El cese en el cargo o función en cuya virtud se proclama la inelegibilidad debe producirse como muy tarde el día anterior al de presentación de la candidatura, según se desprende del artículo 7.1 de la LOREG²⁶⁶. En complementación, es doctrina constante de la Junta Electoral Central, confirmada por el TC, que no cabe una interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad: *La elegibilidad es un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad*²⁶⁷.

4.1 La pena de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo

Desde un punto de vista penal, la pena de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo no exige, para su imposición, p. ex., una vinculación con el delito cometido. Por lo tanto, no se fundamenta ni en una finalidad preventiva especial ni general, y tampoco su ejecución está dirigida necesariamente a la reeducación o reinserción de la persona que cometió el delito. Una pena que se confunde, en conclusión, con las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad descritas en la LOREG y que surge como consecuencia de la ejecución administrativa de la Sentencia penal.²⁶⁸

De hecho, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo aparece como pena accesoria residual a la pena de prisión de entre tres meses y diez años. Ahora bien, la imposición generalizada de dicha pena en la práctica hace que se deba realizar una reflexión respecto de la incidencia de las resoluciones penales en el derecho fundamental a la participación política en España²⁶⁹.

²⁶⁵ Artículo 210 bis.2. *Son inelegibles para el Parlamento Europeo los comprendidos en el artículo 154.1 y 2 de la presente Ley. No obstante, lo previsto en el artículo 154.1 sólo será aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea con derecho de sufragio pasivo, cuando el ejercicio de las funciones o cargos a que se refiere el citado artículo constituya causa de inelegibilidad en el Estado miembro de origen.*

²⁶⁶ Artículo 7. 1. *La calificación de inelegible procederá respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior, el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones.*

²⁶⁷ STC 45/1983, de 25 de mayo.

²⁶⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "Acerca de la privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo como consecuencia, directa o indirecta, del delito." *Cuadernos de política criminal*, 120, 2016, pp. 5-38.

²⁶⁹ Esto es la doctrina del caso HIRST ante el TEDH. Creo - conforme Javier García Roca - que no debería depender de la duración de la pena sino de la naturaleza del delito. Véase GARCÍA ROCA, Javier, y Encarna CARMONA CUENCA. "¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana." Aranzadi, Madrid, 2017, p. 340 y ss.

De hecho, la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo goza de una larga tradición en el sistema penal español. Hoy se encuentra entre las sanciones más aplicadas por los Tribunales Penales²⁷⁰. El propio Tribunal Constitucional Español ha afirmado que *“la elegibilidad es un derecho de quienes gozan ya de la capacidad jurídica para ser electores que viene configurado negativamente por las leyes que fijan las causas de inelegibilidad”* (STC 144/1999, de 22 de julio). En estas coordenadas, la LOREG establece quienes no pueden ser elegibles, incluyendo – entre otros – a los sujetos que han sido condenados en Sentencia firme a una pena privativa de libertad. Inelegibilidad que alcanza – en algunos casos, como se verá más adelante– a los condenados a otras penas por determinados delitos aún cuando la Sentencia penal condenatoria no sea firme.

En la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo se incluye dentro del catálogo de penas privativas de derechos del artículo 39.b) junto al resto de inhabilitaciones especiales.²⁷¹ La misma será considerada como pena grave si su duración es superior a cinco años²⁷² y como pena menos grave si su duración es inferior a cinco años²⁷³. En ningún caso es considerada pena leve. Respecto a su duración, tratándose de pena principal, la misma irá de tres meses a veinte años²⁷⁴; si bien, cuando se prevé como pena accesoria de la pena de prisión, su duración vendrá marcada por la pena principal²⁷⁵.

De acuerdo con el artículo 44 CP, *“La inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo priva al penado durante el tiempo de la condena, del derecho para ser elegido para cargos públicos”*. Es decir, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo únicamente priva al penado del derecho a ser elegido para

²⁷⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva." *Diario La Ley*, 7873, 2012, p. 1.

²⁷¹ De acuerdo con el artículo 39.b) CP, son penas privativas de derechos: *“b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho”*.

²⁷² Artículo 33.2.c) CP

²⁷³ Artículo 33.3.b) CP

²⁷⁴ Artículo 40.1. CP

²⁷⁵ Dispone el art. 33.6 CP que *“Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código”*.

cargos públicos durante el tiempo de la condena²⁷⁶. Tendrá incidencia, no obstante, hasta el mismo momento de la elección, teniendo efectos incluso si la misma se decreta con posterioridad al plazo de presentación de candidaturas. Por ello, las causas que pueden provocar la inelegibilidad de un candidato no son sólo las que el art. 6 LOREG dispone, pues deben sumársele aquellas otras que derivan de normas de rango legal, como el Código Penal, el Código Civil o, para el caso de las elecciones autonómicas, los Estatutos de Autonomía y demás Leyes autonómicas.²⁷⁷

4.2 La inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo como pena privativa de derechos en el Código Penal

Dentro del catálogo de penas privativas de derechos - penas privativas de otros derechos diferentes a la libertad (artículos 39 a 49 CP) - la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo aparece incluida dentro de las inhabilitaciones especiales de su apartado segundo.²⁷⁸ Ahora bien, la prohibición del derecho de sufragio pasivo también se incluye dentro de la pena de “inhabilitación absoluta”, la cual, se describe en el artículo 41 CP²⁷⁹.

Además, la privación del derecho a ser elegido, de acuerdo con el artículo 32 CP²⁸⁰, podrá preverse bien como pena principal, bien como pena accesoria. En cualquier caso, la pena surte efectos respecto de cargos futuros electos, no del que el sujeto pudiese desempeñar en el momento de la condena.

²⁷⁶ En este sentido fue la Consulta 2/2000, de 14 de diciembre de 2000, de la Fiscalía General del Estado, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el art. 56 del Código Penal.

²⁷⁷ Leyes que regulan ciertos extremos de la capacidad jurídica para ser elector, como la edad, la vecindad administrativa o autonómica o la capacidad de obrar jurídica, o las causas de su pérdida, suspensión o privación (en especial, las penas de suspensión del derecho de sufragio o la de suspensión de cargo público (SSTC 80/1987, de 27 de mayo; 158/1991, de 15 de julio; 7/1992, de 16 de enero; y 166/1993, de 20 de mayo), que condicionan la posibilidad de ser titular del derecho a ser elegible, encuadrable en el art. 23.2 CE, y que, en la medida en que no se trata de causas de inelegibilidad en sentido técnico y estricto, no se ven afectadas por la reserva material de Ley establecida por el art. 70.1 CE (STC 144/1999, de 22 de julio).

²⁷⁸ Son penas privativas de derechos: “*b. Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho*”.

²⁷⁹ Artículo 41. *La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.*

²⁸⁰ Artículo 32. *Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.*

4.2.1 Como pena principal

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que reformó el CP con el objetivo de reforzar la lucha contra la corrupción pública²⁸¹, incluye la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo con carácter de pena principal con el objetivo claro de separar de la vida pública a todos los condenados por delitos contra la Administración Pública, convirtiéndose en muchos casos en la pena más relevante prevista para algunos de los delitos allí tipificados²⁸².

²⁸¹ Señala el apartado XIX del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: “*Por otro lado, se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas previstas en la actualidad. En primer lugar, la reforma lleva a cabo el aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Así sucede en los delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, en la apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraudes y exacciones ilegales, entre otros. Y en segundo lugar, en los delitos más graves en los que ya se prevé la posible imposición de una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, se añade la imposición adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La inhabilitación especial para cargo público alcanza únicamente al que se ostenta al cometer el delito. De este modo, se impide que el condenado por el delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo. Así se ha establecido, entre otros, en los delitos de cohecho, prevaricación de funcionario público o tráfico de influencias*”.

²⁸² En particular, la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo está prevista: a) en el delito de prevaricación administrativa, del artículo 404 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 9 a 15 años; b) en el delito de cohecho pasivo propio, del artículo 419 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 9 a 12 años, además de la pena de prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses; c) en el delito de cohecho pasivo impropio, del artículo 420 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 5 a 9 años, además de la pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses; d) en el delito de tráfico de influencias, del artículo 428 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 5 a 9 años, además de la pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de tanto al duplo del beneficio obtenido o perseguido; e) en el ofrecimiento para el tráfico de influencias, del artículo 430 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 1 a 4 años, además de la pena de prisión de seis meses a un año; f) en el delito de malversación de caudales públicos, del artículo 432 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 6 a 10 años, además de la pena de prisión de 3 a 6 años y multa de 12 a 24 meses (estando prevista para la modalidad atenuada del artículo 433 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 1 a 5 años, además de la pena de prisión de 1 a 2 años y multa de 3 a 12 meses; g) en el delito de fraudes y exacciones ilegales, del artículo 436 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 6 a 10 años, además de la pena de prisión de 2 a 6 años; h) en el delito de estafa o fraude a las prestaciones de la seguridad social, del artículo 438 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 3 a 9 años, además de la pena superior en grado a la correspondiente al delito cometido; i) en el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios del artículo 439 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 2 a 7 años, además de la pena de prisión de 6 meses a dos años y multa de 12 a 24 meses; y j) en el delito de utilización de secretos de los que tuviera conocimiento la autoridad o funcionario público por razón de su cargo, del artículo 442 CP, junto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, con una duración de 2 a 4 años –si no obtiene el beneficio– o de 4 a 6 años –habiéndolo obtenido– (que pudiera llegar a la duración de 9 a 12 años –y prisión de uno a seis años– en atención al daño causado) pena de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido –del tanto al séxtuplo si el beneficio se obtuvo, con la previsión, además, en este caso de la pena de prisión de uno a tres años. Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "Acerca de la

Al tratarse de una pena principal, debe ser impuesta de forma obligatoria por el órgano de enjuiciamiento y complementa a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público, con la que en todos los casos aparece prevista de forma cumulativa. Al incluir las dos inhabilitaciones especiales de forma cumulativa, se consigue impedir que el sujeto continúe desempeñando el cargo, por un lado, y la posibilidad de acceder a cualquier otro cargo público por elección, lo que, de forma indirecta, amplía enormemente la virtualidad de la causa de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2.b) de la LOREG²⁸³ y, con ella, también la de incompatibilidad del artículo 6.4 del mismo texto legislativo electoral.²⁸⁴

4.2.2 Como pena accesoria

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo adquiere nueva dimensión como pena accesoria a la pena de prisión inferior a diez años del artículo 56.1 CP²⁸⁵. La pena accesoria a la pena de prisión, en verdad, es aquélla que, no estando prevista directamente en una infracción de la parte especial, viene aplicada como consecuencia de la imposición de la pena principal, a la que vincula su duración. Supone una privación de derechos políticos, civiles, profesionales y personales, limitando la capacidad de participación del penado en la vida social.²⁸⁶

privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo como consecuencia, directa o indirecta, del delito." *op. cit.*, pp. 5-38

²⁸³ Artículo 6. 2. *Son inelegibles: b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.*

²⁸⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "Acerca de la privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo como consecuencia, directa o indirecta, del delito." *op. cit.*, p. 18.

²⁸⁵ Artículo 56. 1. *En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1.º Suspensión de empleo o cargo público. 2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código. 2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas.*

²⁸⁶ REY HUIDOBRO, Luis Fernando. "Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión." *Actualidad penal*, 45, 2003, p. 1.

La inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio como pena accesoria a la pena de prisión inferior a diez años se ha convertido en una pena de imposición masiva²⁸⁷. En la práctica, su ejecución supera la gravedad de la pena privativa de libertad principal. Además, el artículo 56 CP no establece un umbral mínimo de la pena principal para su imposición, ni tampoco distingue entre delitos dolosos o imprudentes para los fines de su incidencia. Su imposición es automática y obligatoria, completamente alejada del delito cometido. A diferencia de otras penas de inhabilitación, la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, al no exigir vinculación con el delito cometido, se aleja de cualquier criterio preventivo en su configuración.

La realidad es que el resultado parece algo paradójico, en tanto que un sujeto condenado a pena de prisión de tres meses que no tenga ninguna relación con la gestión pública se vería privado de ser candidato a un cargo público cuyo acceso se hace por elección, mientras que un sujeto condenado a una pena de prisión grave – no condenado expresamente a pena de inhabilitación para el ejercicio del empleo o cargo público concreto – si podría acceder a un cargo público por oposición o incluso por designación directa, aun cuando este cargo público sí tuviese alguna relación con el delito cometido, lo que deja bien clara la nula finalidad preventiva de la pena. Ciertamente, la no suspensión de la pena accesoria puede encontrar sentido en aquellos casos en los que el fundamento de la pena privativa de derechos se encuentre en la relación entre el derecho inhabilitado y el delito cometido. Desde esta perspectiva estaría justificado que suspendiéndose la pena de prisión no se suspendiera la pena privativa de derechos accesoria a ella. Así tendría sentido mantener su autonomía en los delitos electorales y en aquellos otros delitos comunes en los que – no imponiéndose como pena principal – puede establecerse una relación con el delito cometido.²⁸⁸

Otro problema que se plantea es respecto de la incidencia de la suspensión de la pena principal en la pena accesoria. Ahora bien, el Código Penal de 1995 no incluye un

²⁸⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "Acerca de la privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo como consecuencia, directa o indirecta, del delito." *op. cit.*, 2016, p. 21.

²⁸⁸ Idem, pp. 23-25.

artículo similar al art. 97 del derogado texto legislativo²⁸⁹, lo cual permitiría plantear una interpretación en sentido distinto al que hace la jurisprudencia (STC 209/1993, de 28 de junio y otras).

En conclusión, es significativa la evolución histórica experimentada por la regulación actual de la pena de privación del derecho de sufragio. En particular, la eliminación de la privación del derecho de sufragio *activo* supuso un paso muy importante para evitar la exclusión de los condenados de la vida política. Sin embargo, la extensión de la privación del derecho a ser elegido a todo tipo de cargos públicos, sin limitarse a uno concreto, supone ampliar su campo de aplicación, ya considerable debido a su imposición generalizada como la pena accesoria por excelencia de las penas privativas de libertad inferiores a diez años.²⁹⁰

4.3 La privación del derecho de sufragio pasivo en la LOREG

En la LOREG, cohabitan dos formas de impedir el acceso al cargo público electo como consecuencia de un ilícito penal: una primera, cuando la inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo se prevé como pena específica en los llamados “*delitos electorales*” del Capítulo VIII del Título I de la LOREG; y otra, en la delimitación legislativa que hace el legislador ordinario del artículo 23.2 de la Constitución Española. De hecho, el legislador electoral, al configurar el derecho fundamental del artículo 23.2 CE establece unas causas de inelegibilidad, entre las que ha incluido – de un lado – el sujeto haya sido condenado a pena de prisión en Sentencia firme y – de otro lado – el sujeto haya sido condenado por una serie de delitos expresamente recogidos en la Ley, aún cuando la Sentencia no sea firme. De este modo, indirectamente, la resolución penal que no priva al sujeto del ejercicio del derecho de sufragio pasivo va a impedir al sujeto ser elegible.

4.3.1 Los delitos electorales

²⁸⁹ El artículo 97 del Código Penal –Texto refundido de 1973– disponía lo siguiente: “*La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades civiles*”

²⁹⁰ FARALDO CABANA, Patricia. “La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, p. 172.

Apuntan ARNALDO ALCUBILLA y MANUEL DELGADO-IRIBARREN que la Ley Electoral es la norma primaria del Estado democrático, garantizando la libre competencia entre las fuerzas políticas, cuya articulación procedimental es la elección como método especial de selección no inmune a delitos.²⁹¹ En el Capítulo VIII, Título I de la LOREG existe una serie de conductas calificadas como “delitos electorales”, para los que en su artículo 137 prevé expresamente que: *“Por todos los delitos a que se refiere este capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo”*.

Ahora bien, al no delimitarse en los artículos 137 y siguientes de la LOREG un intervalo punitivo determinado a esta pena, su consideración como pena principal o accesoria puede tener consecuencias importantes en cuanto a su duración. La estimación como pena principal permitiría al juez o tribunal asignar motivadamente una pena que irá de los tres meses a los veinte años,²⁹² posibilitando imponer, dentro de ese amplio intervalo, la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Es común encontrar resoluciones jurisprudenciales en materia de delitos electorales en los que la pena de privación del derecho de sufragio pasivo tiene una duración muy superior a la pena privativa de libertad impuesta al condenado, como si de una pena principal se tratara.

Llama la atención la STS 1140/2006, 21 de noviembre de 2006, de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, que decidió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. La acusada Carmen, *“pese a haber sido designada por la Junta Electoral de Zona como suplente 2 del vocal 2º de la mesa electoral U, del Distrito 9, Sección 49, para las elecciones celebradas en el día 13 de junio de 2004, no se presentaría a la hora de constituir dicha mesa, aunque conocía su obligación de comparecer. Sin alegar causa justificada de esta ausencia”*. La sala dictó una pena de *“catorce días de prisión, pena que será sustituida en ejecución de sentencia, con audiencia de la interesada, bien por la pena de veintiocho días de multa con cuota diaria de dos euros o por la de catorce días de trabajo en beneficio de la comunidad”* y mantuvo en concreto la pena de multa, así como pena de inhabilitación

²⁹¹ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, y Manuel DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO. *Código electoral*. El Consultor, 2007, pp. 11-12.

²⁹² Como recoge el artículo 40.1 CP: *La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.*

especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dos años. ¡Un período de inhabilitación electoral cerca de cincuenta veces más grande que la pena de prisión!

Además, desde una interpretación literal, debe considerarse que el artículo 137 de la LOREG, al referirse a la obligatoriedad de imponer en los delitos a los que se refiere el Capítulo VIII del texto electoral la pena de “*inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo*”, lo que hace es una remisión estricta al artículo 44 CP²⁹³, de forma que dicha inhabilitación alcanza a cualquier cargo público electo, sobrepasando, de hecho, el marco competencial de la LOREG.

4.3.2 La inelegibilidad de los condenados a pena de prisión en sentencia firme. El derecho de sufragio pasivo y la aplicación administrativa de las sentencias penales

El artículo 6.2 a) LOREG afirma que son inelegibles los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena. Así se pronunciaba la STC 166/1993, de 20 de mayo: “*en tal sentido conviene dejar bien sentado que la causa de inelegibilidad que afecta a «los condenados por Sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena» no está en función del cumplimiento efectivo de la condena, que también se produce formalmente cuando se suspende, sino por ese pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido del proceso electoral. En consecuencia, no depende ni puede depender de la situación personal del condenado, libertad o prisión*”.

Por ello, concluye el TC, la remisión de la principal no conlleva en ningún caso la suspensión paralela de las accesorias y así lo dice con otras palabras el Código Penal, en su art. 97, donde se advierte que “*la condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si estas figurasen como accesorias*”.

4.4 La inelegibilidad de los condenados por sentencia no firme

²⁹³ Artículo 44. *La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos.*

La LOREG señala en su artículo 6.2.b) que son inelegibles *"los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal"*, redacción perfeccionada por Ley Orgánica 3 de 2011 (LO 3/2011).

El contenido de este precepto, jurídicamente discutible, impide que sujetos que se han visto procesados por determinados delitos puedan acceder a cargos públicos representativos.

Recientemente el Pleno del Tribunal Constitucional – ATC 131/2018, 18 de diciembre de 2018 – decidió, por unanimidad, denegar la petición²⁹⁴ de Jordi Sánchez de suspender cautelarmente la prisión provisional, comunicada y sin fianza ratificada por la Sala de Recursos de la Sala Penal del Tribunal Supremo por Auto de 20 de marzo de 2018²⁹⁵ acerca de los hechos ocurridos en la cuestión catalana. El Tribunal señaló que la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el 20 de

²⁹⁴ Por escrito presentado el 26 de noviembre de 2018, el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, actuando en nombre y representación de don Jordi Sánchez i Picanyol, solicitó, invocando lo previsto en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la declaración de suspensión cautelar de las resoluciones que acordaron la privación de libertad del recurrente en amparo, a fin de que, en su condición de diputado en el Parlamento de Cataluña, una vez en libertad o sometido a medidas menos gravosas, pudiera ejercer en plenitud sus derechos políticos, preservando asimismo los derechos de sus votantes. Las resoluciones cuya suspensión cautelar se solicita son los autos de la Audiencia Nacional de 16 de octubre y de 6 de noviembre de 2017, por los que, respectivamente, se acuerda y se confirma la prisión provisional del demandante de amparo. La razón de la nueva solicitud de suspensión cautelar fue solicitada dada la publicación de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2018, en el asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*.

²⁹⁵ Ante el Tribunal Supremo español, Jordi Sánchez i Picanyol expresó que concurriría a las elecciones autonómicas el 21 de diciembre 2018 como segundo candidato en la lista que la candidatura *"Junts per Catalunya"* presenta en la circunscripción de Barcelona, invocando que el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama que todos los ciudadanos tienen derecho al derecho de sufragio activo y pasivo, lo que entrañaría – a su juicio – que todos los ciudadanos tienen derecho a conocer en condiciones de igualdad las propuestas de los diversos candidatos. Defiende así la medida que peticiona para que el encausado pueda participar en la campaña, y encuentra base legal de soporte en la posibilidad – que otorgan los artículos 47 y 48 la Ley Orgánica General Penitenciaria – de que el Juez de instrucción pueda conceder permisos de salida a los internos preventivos, cuando concurren importantes y comprobados motivos, adoptando para ello las medidas de seguridad que se entiendan adecuadas. Finaliza expresando que todas estas medidas serían absolutamente conformes con el principio de proporcionalidad (art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), pues permiten conciliar los fines atribuidos a la prisión preventiva, con el legítimo ejercicio de los derechos políticos que corresponden al encausado, de conformidad con los artículos 23 y 25 de la CE, así con los artículos 12 y 48.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

noviembre de 2018, en el *asunto Selahattin Demirtas contra Turquía*²⁹⁶ no constituye una circunstancia sobrevenida, además de no ser firme y estar pendiente de decisión por la Gran Sala del TEDH.²⁹⁷

Para el TC, en el *FJ 3* del ATC 38/2018 ya había excluido expresamente el examen de la vulneración del artículo 23 CE como objeto del aludido recurso de amparo y, por tanto, como objeto de la pieza separada relativa a las medidas cautelares, en los siguientes términos: “[S]i los derechos invocados en el presente recurso de amparo son el derecho a la libertad (art. 17 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el perjuicio derivado de la no suspensión de la resolución impugnada que cumple analizar es, en principio, el que pueda proyectarse sobre estos dos derechos de que es titular el recurrente. Si este, con posterioridad a la interposición del amparo, ha visto condicionado el ejercicio de otros derechos fundamentales, por ejemplo el de participación política del artículo 23 CE, a consecuencia de la medida de prisión provisional, ha de denunciar dicha vulneración sobrevenida ante la jurisdicción ordinaria y, después, en el oportuno proceso de amparo. Un proceso que no es este, porque las resoluciones que conforman el objeto de este recurso no limitan de forma directa tal derecho, porque cuando se adoptaron, es preciso insistir en ello, el recurrente en amparo no era siquiera candidato a las elecciones al Parlamento de Cataluña. Tal limitación, caso de existir, deberá ser imputada a la resolución jurisdiccional que impida de forma directa, a juicio del recurrente, el ejercicio de los derechos de que es titular en virtud del artículo 23 CE.”

El 4 de abril de 2019, por la STS 1060/2019, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha establecido que son inelegibles para cualquier cargo público los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión,

²⁹⁶ En esencia, el Tribunal debió revisar, entre otros, los motivos para fijar la prisión provisional de un detenido, los criterios que permitían el mantenimiento de esa situación, o si esta suponía la violación injustificada del derecho a ser elegido y ejercer un mandato parlamentario. Véase Cavia, José Antonio Valles. "La afectación de los derechos de parlamentarios turcos a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el asunto Selahattin Demirtas c. Turquía." *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 2019, p. 8. Trataremos más específicamente sobre este punto en el tópico de la jurisprudencia del TEDH.

²⁹⁷ Para Ignacio García Vitoria, la sentencia Demirtaş analiza si el Tribunal Constitucional turco había resuelto en un «plazo breve» los recursos sobre la legalidad de la privación de libertad (artículo 5.4 del Convenio Europeo). Estrasburgo señala que 14 meses no puede calificarse como un plazo breve, aunque Turquía evita esta condena porque se valora la complejidad del caso y la excepcional sobrecarga de trabajo del Constitucional turco. Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/demirtas-y-los-presos-del-proces/>; Consulta: 16 de agosto de 2020.

terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado, a penas de inhabilitación o de suspensión para empleo o cargo público, cualesquiera que sean los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena.²⁹⁸ La Sala destaca, en línea con la doctrina del TC, la ejemplaridad social exigible a quien ejerce la función pública, máxime si es representante de los ciudadanos. En este sentido, indica que *“lo dicho por el Tribunal Constitucional no es cuestión novedosa en nuestro marco jurídico europeo y su herencia cultural. Si bien los regímenes de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre inelegibilidad reflejan tradiciones jurídicas distintas suelen coincidir en que una condena penal inhabilita para ocupar un cargo público. Incluso, en algún Estado haber incurrido en quiebra o ser indigno de ocupar un cargo público por otro motivo también es causa de inelegibilidad. En Dinamarca, una persona no puede ser elegible si ha sido condenada por realizar actos que según la opinión general la hagan indigna de pertenecer al Parlamento Europeo o al Folketing, Parlamento danés”*

El tribunal considera que el artículo 6.2 de la LOREG en su última reforma tiene *“un sentido omnicompreensivo no limitativo en lo que concierne al art. 23.2 CE en aras a una mayor protección de las instituciones públicas haciendo emerger una orientación más cercenadora respecto a condenados a la pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público”*. La Sala en esta sentencia subraya, por fin, que *“la sociedad contemporánea reclama que empleos y cargos públicos de base representativa no puedan ser ocupados por sujetos que hubieren sido objeto de inhabilitación especial tras una condena penal independientemente del ámbito de la Administración Pública en que hubiera tenido lugar la comisión del delito”*.

En otra oportunidad, por la STS 1060/2019, de 12 de julio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha establecido que son inelegibles para cualquier cargo público los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones

²⁹⁸ La Sala estima el recurso de casación del Cabildo Insular de Fuerteventura que acordó la incompatibilidad de Domingo González Arroyo para el cargo de Consejero del Cabildo de Fuerteventura al haber sido condenado por un juzgado de lo Penal de Puerto Rosario por prevaricación continuada a 9 años de inhabilitación especial para el cargo de alcalde, teniente de alcalde, concejal y cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implicase una participación en el Gobierno municipal durante 9 años. El Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canarias anuló la resolución administrativa al entender que la inhabilitación solo afectaba al ámbito municipal.

del Estado, a penas de inhabilitación o de suspensión para empleo o cargo público, cualesquiera que sean los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena.²⁹⁹

Como es sabido, el 19 de diciembre de 2019, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) ha condenado a un año y medio de inhabilitación para cargo público local, autonómico, estatal y europeo al presidente de la Generalitat, Quim Torra, por un delito de desobediencia al no retirar la pancarta con un lazo amarillo del balcón de Palau tras la orden de la JEC³⁰⁰. Las notificaciones a Torra se hicieron correctamente y este siempre "*tuvo pleno conocimiento*" de las órdenes. El fallo impuso al *president*, además, una multa de 30.000 euros y el pago de las costas del proceso. Torra recurrió ante el Tribunal Supremo.

El 3 de enero de 2020, la JEC decidió ejecutar la inhabilitación de Quim Torra. Los jueces electorales consideran que el hecho de que Torra esté condenado a una pena de inhabilitación por un delito de desobediencia era suficiente para retirarle el acta de diputado autonómico pese a que se trataba de una condena aún no firme. Los jueces electorales, en una resolución que se ha dictado con siete votos a favor y seis votos particulares, ordenan "*dejar sin efecto la credencial de diputado electo al Parlament de Catalunya por la circunscripción electoral de Barcelona de don Joaquim Torra i Pla efectuada por la Junta Electoral Provincial de Barcelona tras las elecciones celebradas el 21 de diciembre de 2017, todo ello con efectos de la fecha en que se notifique íntegramente este acuerdo*".

Además, ordenan "*a la Junta Electoral Provincial de Barcelona que una vez notificado íntegramente el contenido de este Acuerdo declare la vacante como diputado del Parlament de Catalunya, por la circunscripción electoral de Barcelona, de don*

²⁹⁹ La Sala estima el recurso de casación del Cabildo Insular de Fuerteventura que acordó la incompatibilidad de Domingo González Arroyo para el cargo de Consejero del Cabildo de Fuerteventura al haber sido condenado por un juzgado de lo Penal de Puerto Rosario por prevaricación continuada a 9 años de inhabilitación especial para el cargo de alcalde, teniente de alcalde, concejal y cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implicase una participación en el Gobierno municipal durante 9 años. El Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria anuló la resolución administrativa al entender que la inhabilitación solo afectaba al ámbito municipal.

³⁰⁰ El 11 de marzo, en plena campaña electoral, la Junta Electoral Central ordenó al *president* la retirada, en 48 horas, de las banderas *esteladas* y los lazos amarillos presentes en numerosos edificios públicos de la Generalitat. El órgano de control electoral volvió a pronunciarse el 18 de marzo y reiteró la orden y acortó el plazo a las 24 horas. Torra dejó vencer de nuevo el plazo y presentó un escrito a la Junta Electoral pidiéndole aclaraciones, señaló la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Joaquim Torra i Pla, expidiendo la credencial al siguiente candidato de la lista de Junts per Catalunya, con que concurrió a las citadas elecciones de 21 de diciembre de 2017, a los efectos procedentes". Los jueces electorales han decidido *"declarar que concurre en don Joaquim Torra i Pla la causa de inelegibilidad sobrevenida del art. 6.2 b) de la Loreg"*.

El 23 de enero de 2020, el Supremo avala a la JEC y ordena retirar el escaño a Torra. La Sala de lo Contencioso Administrativo del alto tribunal ha acordado rechazar las medidas cautelares solicitadas por Torra para suspender el acuerdo de la JEC. En la resolución, los cinco magistrados del tribunal explican que esta misma Sala de lo Contencioso ya había interpretado la reforma de 2011 de la LOREG y concluyó que la modificación legal *"estaba dirigida a una mayor protección de las instituciones públicas, haciendo emerger una orientación más cercenadora respecto a condenados a la pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público, por la ejemplaridad social exigible a quien ejerce función pública, máxime si es representante de los ciudadanos"*. Esa sentencia está pendiente de la vista que se celebrará el próximo 17 de septiembre³⁰¹ en el Tribunal Supremo y que con toda probabilidad comportará la celebración de elecciones anticipadas en Cataluña en el caso de que sea confirmada ya que Torra admitió abiertamente que cometió desobediencia.

Considerada la sentencia, PP, Vox y Ciudadanos presentaron un escrito ante la Junta Electoral Provincial de Barcelona para reclamar que le fuese retirada el acta de parlamentario autonómico, ya que la ley catalana establece que solo puede ser presidente de la Generalitat uno de los 135 diputados del Parlament por lo que populares, Vox y Ciudadanos pidieron también que se cesase a Torra de este cargo. Sin embargo, la Sala Civil y Penal del TSJC decidió inadmitir la querella presentada contra el president de la Generalitat por un presunto delito de usurpación de funciones por el hecho de mantenerse en el cargo pese a haber perdido su condición de diputado del Parlament. El TSJC consideró, en resumen, que *"no existe el automatismo"* entre la pérdida sobrevenida de la condición de diputado y el cese como president. Además, consideró imprescindible que haya habido un *"acto jurídico"* del Parlament o de un tribunal en el que se haya dispuesto el cese de Torra. Para MARC CARRILLO, este conjunto de consideraciones lleva,

³⁰¹ Disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-06-11/el-supremo-preve-revisar-el-17-de-septiembre-el-recurso-de-torra-contr-la-sentencia-que-lo-inhabilito.html?rel=listapoyo>; Consulta: 21 de julio de 2020.

efectivamente, a considerar como atípica la situación creada con un presidente que permanece en ejercicio del cargo pero que, por resolución de la máxima autoridad electoral, la JEC, ratificada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha sido declarada vacante su condición de diputado.³⁰²

4.4.1 Apuntamientos sobre la inelegibilidad sobrevenida y la incompatibilidad para el ejercicio del cargo público

Uno de los derechos cuyo ejercicio puede verse afectado directa o indirectamente por la condena provisional es el derecho de participación política del art. 23 CE³⁰³ en su vertiente subjetiva, es decir, acceder la función parlamentaria con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), que, como firma el TC en STC 155/2019, de 28 de noviembre (FJ 15 A a), implica necesariamente el derecho a “[...]mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con la ley sin constricciones o perturbaciones ilegítimas de todas aquellas facultades que pudieran considerarse pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, las que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno”³⁰⁴.

En realidad, las causas de inelegibilidad sobrevenida del artículo 6.2.b) de la LOREG estaban destinadas a hechos excepcionales (de rebelión y terrorismo, por ejemplo). Ahora no. La inelegibilidad por delitos contra la administración pública genera una ampliación problemática. Los efectos de este precepto poseen clara naturaleza penal y van mucho más allá de la propia sanción penal. La consecuencia que produce en realidad sobre el artículo 23.2 CE es irreparable, dada la ejecución anticipada de una sanción derivada de una infracción penal que fulmina el derecho de sufragio pasivo.

Para BASTIDA FREIJEDO³⁰⁵, desde 1986 reconocía una probable quiebra de la igualdad generada por esta norma. Hoy, mismo después de cambiado el Código Penal, la

³⁰² Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/sigue-siendo-torra-presidente-de-la-generalitat/>; Consulta: 21 de julio de 2020.

³⁰³ MORENO CATENA, Víctor. "La prisión provisional de los condenados del procés." *Teoría y Derecho*, 26, 2019, p. 205.

³⁰⁴ Véanse igualmente SSTC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; 71/1994 de 3 de marzo, FJ 6; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 b); 11/2017, de 10 de enero, FJ 3 a); y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 a).

³⁰⁵ Como bien añade de manera provocativa BASTIDA FREIJEDO: ¿por qué no incluir en el apartado otros supuestos graves como la evasión de capitales, la tortura, el atentado contra instituciones autonómicas, etcétera? Véase BASTIDA FREIJEDO, Francisco José. "Ley electoral y garantías judiciales." *Revista de las Cortes Generales*, 1986, p. 42.

quiebra de la igualdad permanece. Es lo que apunta, primeramente, la redacción del artículo 3.1 del propio Código Penal, que dispone en el rol de garantías del título preliminar que “*no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.*” Como fácilmente se percibe, hay una clara una quiebra de la igualdad ante la ley por el art. 6.2.b) de la LOREG, que no solo dará efecto restrictivo inmediato a la pena accesoria, como no extenderá al sujeto, impedido de participar del pleito electoral o del ejercicio del mandato representativo, las garantías penales del aludido título preliminar del Código Penal español.

Ahora bien, la actuación jurisdiccional aparece precisamente ante la violación del Derecho, y por tanto se extiende cuando el Derecho se va haciendo más complejo. Apenas para ilustrar, en tema de presunción de inocencia y efectos secundarios de condenas penales, el TEDH reconoció la violación del Artículo 3 del Protocolo No. 1 y la desproporcionalidad en restricciones al derecho de sufragio, mismo reconociendo apriorísticamente que suspender temporalmente el derecho de sufragio pasivo de las personas contra las cuales hay pruebas de participación de la Mafia persigue un objetivo legítimo, *in verbis*:

La Corte no tiene dudas de que suspender temporalmente los derechos de voto de las personas contra las cuales hay pruebas de participación de la Mafia persigue un objetivo legítimo. Sin embargo, observa que, aunque la medida especial de supervisión policial contra el solicitante se impuso en el presente caso durante el curso del juicio, no se aplicó hasta que finalizó el juicio, una vez que el solicitante había sido absuelto bajo el reconocimiento de que "él no había cometido la ofensa". La Corte no acepta la opinión expresada por el Gobierno de que la evidencia de la culpabilidad del solicitante no fuera refutada durante el juicio. Esa afirmación está en contradicción con el tenor de las sentencias del Tribunal de Distrito de Trapani (véase el párrafo 23) y el Tribunal de Apelación de Palermo. Por lo tanto, cuando se eliminó su nombre del registro electoral, no había pruebas concretas sobre las cuales pudiera basarse una "sospecha" de que el solicitante pertenecía a la Mafia (véase, mutatis mutandis, el párrafo 196). En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia no puede considerar la medida en cuestión como proporcionada. Por lo tanto, ha habido una violación del Artículo 3 del Protocolo No. 1.³⁰⁶

³⁰⁶ *Labita vs. Italia*, de 6 de abril de 2000.

Parécenos desproporcional, de hecho, que existan límites a la actuación electoral de candidatos a cargos públicos representativos sin cualquier condena penal. De igual modo, parécenos desproporcional permitir restricciones al derecho de sufragio a partir de decisiones meramente cautelares en la esfera penal. Esto supondría un claro cambio en la lógica de la presunción de inocencia, es decir, estaríamos ante una presunción de culpabilidad a partir de una restricción absolutamente precaria.

Destáquese que la decisión condenatoria que genera la incidencia del art. 6.2.b) LOREG tendrá plena eficacia incluso prescindiendo de cualquier previo control por otros órganos judiciales. Es decir, la previsión legal no garantiza a la ciudadanía el necesario control del ejercicio del poder judicial que afectará, con plena eficacia, desde el provisorio y primer pronunciamiento decisorio, el proceso electoral de constitución de la soberanía, así fulminando el ejercicio de la representación política. En este sentido, no hay ninguna garantía contra actuaciones irresponsables o mismo equivocadas por parte de las autoridades judiciales competentes.

En otra perspectiva, hay también de un problema de isonomía a partir de la posible diversidad de interpretaciones sobre la caracterización de los delitos contra la Administración Pública en las diferentes regiones del país. En efecto, aunque las dos inelegibilidades (rebelión, delitos contra la Administración Pública y terrorismo) sean provenientes de un mismo artículo de la LOREG, los actos de terrorismo y rebelión son sometidos a la Audiencia Nacional, órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, constituyendo un Tribunal centralizado y especializado para el conocimiento de la materia (lo que presupone una uniformidad en la interpretación del derecho). A su vez, los delitos contra la Administración Pública son sometidos a la jurisdicción ordinaria descentralizada, pasible de múltiples y diferentes interpretaciones, mitigando, así, la igualdad de oportunidades electorales ante interpretaciones no homogéneas a nivel nacional sobre los delitos contra la Administración Pública.

No se trata de presumir, por supuesto, la discapacidad o la inmoralidad judicial. Se trata apenas de no exponer el sistema electoral a riesgos arbitrarios, antidemocráticos y desproveídos del necesario control homogeneizador de la interpretación jurídica por las sucesivas instancias del Poder Judicial. En últimos términos, la selección electoral, que

ha de ser siempre libre y soberana, sería sustituida, en el actual contexto normativo, por un único acto judicial, con inmediata efectividad restrictiva sin ser sometido a cualquier examen por las instancias superiores. Por fin, la probidad administrativa se garantizaría, en términos más pragmáticos, por diversos otros mecanismos de control institucional, basados en la actuación de múltiples órganos, debidamente instrumentalizados por la ley para buscar la referida disciplina moral y institucional (por ejemplo la fiscalía, las cortes de cuentas, etc...).

Hasta se podría suponer inicialmente que la causa de inelegibilidad del 6.2.b) de la LOREG encuentra su justificación en la posible condenación definitiva en los hechos delictivos sentenciados. Tendría así la finalidad de proteger la participación ciudadana en el proceso electoral (eliminando “malas opciones”) retirando inmediatamente de la vida publica candidatos o parlamentarios ya condenados. Sin embargo, este tipo de iniciativa paternalista prevista en el art. 6.2.b) de la LOREG (especialmente por sentencias no definitivas en delitos contra la Administración Pública), no es compatible con la libertad y la igualdad electorales que presupone el pluralismo resguardado por la CE. Si la opción es buena o mala, lo dirá el partido y el elector (mientras el candidato o el parlamentario no sea definitivamente condenado).

Por otra parte, la CE no contempla la posibilidad de que los límites o requisitos sometidos al derecho de sufragio, que deberían ser definidos de manera inmediata por el propio legislador, sean trasladados en su eficacia a la actuación de otros órganos públicos aunque derivados de la actividad jurisdiccional. Es más, observamos que el art. 6.2.b) de la LOREG, aunque debidamente autorizado por la constitución a establecer los requisitos para el ejercicio de la igualdad de oportunidades para acceder a cargos públicos representativos, no puede extender sus límites a principios distintos constitucionalmente previstos, como por ejemplo el derecho a la libertad y igualdad de participación o de presunción de inocencia, ante la coexistencia entre el derecho fundamental de sufragio y otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional. En otros términos, una norma sobre los requisitos para el ejercicio de la igualdad de oportunidades para acceder a cargos públicos representativos sólo estará justificada si también responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.

Además, La seguridad jurídica, entendida como precepto que garante a todos la previsibilidad de la norma, no está satisfactoriamente atendida en el art. 6.2.b) de la LOREG, puesto que la vaguedad del concepto de “*delitos contra la Administración Pública*”, que desde el punto de vista de sus principios están inseridos en diversos instrumentos normativos, de los más variados niveles de las administraciones regionales y municipales, puede conducir a una incertitud cuanto a su incidencia de aplicación, dada la falta de parámetros establecidos por el propio legislador y que no podrán ser delimitados por otros órganos del Poder Público.

En las conclusiones del voto particular de la STC 75/1983, de 3 de agosto, también destacamos “*que la remisión que el art. 23 hace a las condiciones establecidas por la Ley no es una remisión que permita en este caso una libertad absoluta del legislador, sino que encuentra los límites genéricos de la Constitución, entre los cuales se encuentran de nuevo el establecido en el art. 14.*” Así, el TC ubica el principio de igualdad como criterio de legitimación de toda y cualquier norma que intente conformar los derechos del 23 CE. Entendemos así que el establecimiento de elementos diferenciadores del principio de igualdad en el ámbito electoral debe atarse únicamente por causas y efectos de esto mismo universo jurídico, so pena de violación al principio de igualdad.

Por cierto, si “*las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad*” la norma restrictiva, sin embargo, parte de diferentes *standards* jurídicos para igualar una misma eficacia punitiva: o sea, a) en casos de ilegalizaciones políticas por terrorismo, exige como premisa necesaria una sentencia firme para generar la incompatibilidad; b) en casos de delitos contra la Administración Pública, no es necesaria una sentencia firme para generar la inelegibilidad aunque ambas están estipuladas en el mismo artículo de la ley electoral. La norma así iguala presupuestos de hecho distintos para generar una misma restricción de derechos.

Además, la norma del 6.2.b) de la LOREG rumba definitivamente en el camino de la desigualdad inconstitucional cuando permite la manutención del escaño apenas para los casos en que prevé la posibilidad del sujeto firmar una declaración de no-vinculación o de rechazo a la actividad terrorista. Así, dada la misma premisa de que “*las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad*”, después de electos los candidatos: si

(I) resultan incompatibles por pertenecer a partidos o federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales por sentencia judicial firme, o son electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme, basta suscribir una declaración para mantener su mandato; pero si (II) resultan inelegibles por sentencias no firmes por delitos contra la Administración Pública cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal, no tienen ninguna posibilidad de mantener su mandato. Aquí la pérdida del escaño es automática sin que exista para el sujeto ninguna iniciativa para mantenerse en el mandato.

Como ya afirmado, la vulneración del principio de igualdad exige que se haya producido un trato desigual en supuestos sustancialmente idénticos, lo que requiere la existencia del correspondiente término de comparación. El trato desigual, en el presente caso, corresponde (a) a la exigencia de distintos niveles de seguridad jurídica (sentencias firme y no firme) como supuesto de hecho para la incidencia de la restricción a derechos fundamentales y (II) la posibilidad de manutención del escaño, por simples declaración, apenas para los casos de pertenencia a partidos o federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales o para candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado.

El termino de comparación relevante es evidente: todos son candidatos en el proceso electoral, debidamente autorizados por la Administración Electoral. Se podría decir, no obstante, que las situaciones no serían equivalentes para reclamar la protección del art. 14 CE (una cosa sería la inelegibilidad por conducta personal; otra la incompatibilidad por conducta del partido). Pero las referidas distinciones (como otras diferencias, como la edad, el genero o la ideología de cada candidato) no serían suficientemente relevantes ni desnaturalizarían la protección constitucional a la condición igualitaria de “candidatos” a todos atribuida en el proceso electoral. La búsqueda de una disputa electoral legítima, entre candidatos igualmente considerados, sean considerados los deberes, sean consideradas las obligaciones, es la base de comparación a que se debe recurrir para establecerse hipótesis diferenciadoras que deberá promover, en último caso, la igualdad electoral.

Otra grave desigualdad inconstitucional advenida del art. 6.2.b) de la LOREG es la creación de dos categorías de electores: primeramente, aquellos cuyo voto que tendrá validez y eficacia plenas. Para estos, el voto será herramienta legítima de construcción de la democracia. Sin embargo, habrá también aquellos electores cuyos votos tendrán validez, pero la eficacia estará sujeta a una causa de desestimación sobrevenida y ajena al proceso electoral, pues que la decisión condenatoria no firme en delitos contra la Administración Pública tendrá como consecuencia el desprecio del voto manifestado libremente. En otros términos, la regla del art. 6.2.b) de la LOREG afecta a la igualdad del voto en cuanto a la eficacia, creando una desigualdad entre electores, por criterio posterior al sufragio y sin cualquier relación con la disputa electoral.

Por otra parte, en España el artículo 24 CE garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) y establece el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y basado en la presunción de inocencia (24.2 CE). Los efectos inmediatos de la restricción legal advenida con el art. 6.2.b) de la LOREG (la supresión del derecho de sufragio y la pérdida del escaño por inelegibilidad sobrevenida por sentencias no definitivas en delitos contra la administración pública) han de ser analizados desde una sencilla perspectiva procesal: los hechos analizados por una única y singular sentencia condenatoria no se encuentran definitivamente plasmados ante el Poder Judicial. Es decir, una vez más, no hay una mínima seguridad jurídica que garantice el acierto de la condena, sea porque aún no habrá en este momento procesal la consolidación de los hechos (que solamente ocurrirá con el agotamiento de las instancias ordinarias de jurisdicción), sea porque aún será posible la plena revisión jurídica del instrumental normativo utilizado en el fallo (que, en tese, puede perdurar hasta la definitiva anulación de la jurisdicción constitucional).

Podemos entonces admitir desde luego que habrá aquí un enfrentamiento directo entre la presunción de inocencia y las consecuencias de una condena no definitiva, ya que el derecho a la presunción de inocencia y a la expectativa legítima no se vacía poco a poco con la sucesión de instancias o eventuales condenaciones sucesivas en los diferentes grados de jurisdicción. En este sentido, en cuanto no definidos procesalmente los hechos, habrá, sí, una determinante inestabilidad que torna evidentemente impropia o desaconsejable cualquier restricción de derechos fundamentales.

Como postulado jurídico garantizado a todo y cualquier ciudadano, la presunción de inocencia es un estado de efectivas garantías, que siempre servirá de parámetro para iniciativas restrictivas de derechos en la ponderación de los valores jurídicos en contraposición. Desde esta perspectiva, no existiría un verdadero conflicto jurídico entre “elegibilidad” versus “reprochabilidad legal/moral por condenación no definitiva”, para que, de manera fundamentada, se opte por una u otra alternativa jurídica. Al revés, siempre deberá ser garantizada al individuo (y en última instancia, a la colectividad) la manutención de una condicionante (inocencia) como base de conformación y legitimación de toda y cualquier pretensión punitiva del Estado.

Al final, la presunción de inocencia alcanza efectos también en el Derecho Electoral, que debe garantizar la libertad y la igualdad, reales y efectivas, así como el derecho de participación política, frente a la intromisión del poder, aunque sea del Poder Judicial (por sentencia condenatoria no definitiva sin que los hechos sean definidos procesualmente), debidamente autorizado por el Poder Legislativo (ante el art. 6.2.b de la LOREG). La impone así la propia Constitución³⁰⁷ y el sistema democrático.

El artículo 6.4 de la LOREG extiende los efectos de las Sentencias Penales más allá de lo dictado por el Juez penal al considerar que “*las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad*”. De tal modo, el sujeto condenado a pena privativa de libertad en Sentencia firme, que de haber sido previa a la elección le hubiera privado de la posibilidad de ser elegido, automáticamente debe cesar en el cargo público electo por estar inmerso en una causa de inelegibilidad y ahora de incompatibilidad.

Para parte de la doctrina, este precepto es de dudosa constitucionalidad, pues la determinación del derecho de sufragio pasivo se introduce directamente en un terreno que le es ajeno, como es el de la regulación del ejercicio del cargo público que ya se está ejerciendo.³⁰⁸ Además, la condena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho

³⁰⁷ Conviene no olvidar nunca, conforme a la recomendación de la sentencia (STC) 16/1982, de 28 de abril de 1982 del Tribunal Constitucional, “*que la Constitución Española (CE), lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C. E.). – (FJ 1)*”

³⁰⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "Acerca de la privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo como consecuencia, directa o indirecta, del delito." *op. cit.*, p. 36.

de sufragio pasivo, por sí misma, no es una casusa de inelegibilidad determinada por el legislador electoral en su función de configuración del derecho fundamental de participación política del artículo 23.2 de la Constitución Española, sino una decisión del legislador penal en la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho tipificado como delito, y que no debería afectar al cargo electo que ya se ostenta.

5. Control europeo: convencionalidad y comunitariedad

En el actual modelo normativo europeo, los principios constitucionales, por cuanto escritos en constituciones nacionales, tienen en lo esencial un alcance universal y expresan aspiraciones de una comunidad acerca de la vida, la dignidad, la igualdad, los derechos humanos y las libertades colectivas e individuales. Sus violaciones, es lógico pensar, serían relevantes en cualquier lugar.³⁰⁹ Así las cosas, nadie podrá sostener que las ideologías políticas hoy se limitan a ámbitos reducidos, como los estatales, por ejemplo. Bien explica LUCAS VERDÚ, el conflicto ideológico es universal³¹⁰ y históricamente el término "*derechos humanos internacionales*" corresponde al "*movimiento internacional de los derechos humanos*", nacido después de la Segunda Guerra Mundial por la convicción de que la forma en que se trata a los seres humanos en cualquier lugar afecta a todos, en todas partes.³¹¹

Bien señala J. J. GOMES CANOTILHO, el impacto de la interconstitucionalidad no legitima cualquier intento de desvalorización de la fuerza normativa de la constitución concretamente vigente y válida.³¹² La constitución no desaparece, pero se transforma en virtud de su apertura a estos convenios. La Constitución es así la expresión máxima del "*sistema de valores*" que articula las bases de la comunidad política y social de la nación, y que por ello contiene los grandes principios que ha de informar todo el ordenamiento.³¹³ De lo anterior, el control de convencionalidad es la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con una determinada convención internacional.

³⁰⁹ En Europa, poco a poco las distancias y las separaciones sobre las que se pudieron apoyar constituciones particulares se están reduciendo o superando. Son cada vez más perceptibles las implicaciones constitucionales que prescinden de la división de la tierra en territorios, de la división de los pueblos de la tierra en poblaciones sometidas a soberanías distintas. Véase ZAGREBELSKY, Gustavo. "El juez constitucional en el siglo XXI." *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008, p. 257.

³¹⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo. "Algunas consideraciones sobre los partidos políticos y grupos de presión en la comunidad internacional." *Revista Española de Derecho Internacional*, 6.3, 1953, p. 615.

³¹¹ HENKIN, Louis. "International human rights as rights." *Cardozo L. Rev.*, 1, 1979, p. 425.

³¹² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. "Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem." *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, 82, 1, 2006, p. 12.

³¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El valor normativo de la Constitución española." *Revista de derecho político*, 44, 1998, pp. 43-44.

No obstante, el control de convencionalidad que hace el TEDH no es igual al que hace el TJUE, más intenso por la primacía. Desde el principio, la materia «derecho comunitario» ha sido interpretada de diferentes maneras: como rama del derecho internacional, o como derivada de los derechos internos de los ordenamientos pertenecientes, o en fin como derecho en sí. Hoy, la tendencia prevalente es en el sentido de atribuir al derecho comunitario (denominado en las universidades también como «Derecho de la Unión Europea») características propias suyas, que lo diferencian sea del derecho internacional o bien de los derechos internos.³¹⁴

Como característica fundamental, en tema de derechos políticos, los tratados de derechos humanos benefician directamente a los individuos y grupos protegidos. Diversas de las constituciones europeas, a su vez, remiten expresamente a los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos, lo que, a un tiempo, revela una nueva postura ante la cuestión clásica de la jerarquía normativa de los tratados internacionales vigentes, así como confiere un trato especial o diferenciado también en el plano del Derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados. Para CANÇADO TRINDADE, al regir la misma gama de relaciones, de los individuos ante el Estado, el derecho internacional y el derecho interno apuntan en la misma dirección, coincidiendo en el propósito básico y último de ambos de la protección del ser humano.³¹⁵

Desde esta perspectiva, el actual estatus de desarrollo en la tutela de los derechos electorales demanda apurada investigación acerca de la interrelación y la complementariedad jurídica de los diferentes planos jurídico-institucionales europeos, para demostrar el camino recorrido hacia la configuración de una "identidad jurídica europea" en materia de límites y garantías al derecho de sufragio pasivo, ya que el sufragio es el mismo en todas estas declaraciones.³¹⁶

³¹⁴ PEGORARO, Lucio. "Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes." *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 17, 2013, pp. 278-279.

³¹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos." *SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996, p. 20.

³¹⁶ No obstante, la protección del Convenio no alcanza aún los estándares de protección que otorgan la mayoría de las regulaciones nacionales. Así, por ejemplo, el Convenio reduce su ámbito de actuación a las elecciones legislativas, no amparando el ejercicio de derechos de participación política más allá de las tradicionales fórmulas de la Democracia representativa, de manera que ni en las elecciones presidenciales ni en las consultas referendarias puede solicitarse la protección por parte de los órganos del Convenio.

Respecto de este último, importa dejar claro que la intención de este trabajo no es hacer una exposición global y sistemática de cómo ha evolucionado la protección internacional del derecho de sufragio pasivo, tema por lo demás extenso y por otro lado abundantemente tratado por la doctrina. Sólo pretendemos aquí realizar algunas reflexiones de especial actualidad respecto los límites y garantías del derecho de sufragio pasivo a nivel convencional y europeo.

5.1 Democracia y derecho internacional

Para AMARTYA SEN el valor de la democracia está en viabilizar una pluralidad de virtudes, como la importancia intrínseca de la participación política y la libertad en la vida humana y el papel constructivo de la democracia en la formación de valores y en la comprensión de las necesidades, los derechos y los deberes.³¹⁷ La relación, pues, entre democracia y derecho electoral es compleja. Su vinculación es de carácter doble o recíproco. Por un lado, como enfatiza NOHLEN, en la medida en que el derecho electoral cimienta la certeza de que la representación política corresponde a la voluntad política del electorado expresada mediante el voto, este derecho se convierte en un instrumento técnico-jurídico para garantizar la democracia.³¹⁸ Originariamente, las declaraciones de derechos, de naturaleza liberal, contenían solamente “*derechos civiles y políticos*”, es decir, aquellos derechos tendentes a garantizar ciertos ámbitos de autonomía individual frente al Estado. Sin embargo, para CRUZ VILLALÓN, las “*Declaraciones*”, no son sólo “*declaraciones de derechos*”, sino que las mismas incluyen el diseño básico de la estructura del Estado.³¹⁹

Tampoco en el caso de las elecciones locales. Y aunque hemos encontrado algún pronunciamiento del Tribunal que parece contradecir esta afirmación, lo cierto es que el Tribunal sigue exigiendo el ejercicio de facultades legislativas por parte del órgano representativo elegido. Véase PÉREZ ALBERDI, María Reyes. "La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos." *Revista de Derecho Político*, 1.88, 2013, p. 356.

³¹⁷ SEN, Amartya Kumar. "Democracy as a universal value." *Journal of democracy*, 10.3, 1999, p. 8.

³¹⁸ NOHLEN, Dieter, et al. *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 19.

³¹⁹ Así que, de los dieciséis artículos de la Declaración de Virginia, ocho están dedicados al diseño de la estructura política del Estado y sólo los restantes a los derechos individuales. Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales." *Revista española de derecho constitucional*, 25, 1989, p. 45.

Las declaraciones internacionales de derechos han evolucionado destacadamente a lo largo del siglo XX. Esta evolución se ha producido en dos sentidos: ampliación e internacionalización. En realidad, en la medida en que un tratado sobre derechos humanos posee eficacia en el derecho interno, éste debe garantizar los derechos subjetivos. Constatada la existencia de esta obligación internacionalmente contraída, ello no significa, todavía, que aquellos derechos tengan protección constitucional en el ámbito interno, de forma automática. En este sentido, el planteamiento doctrinal de las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno ha tenido cierta importancia.

Simplificando un inicial planteamiento teórico, podemos observar dos grandes teorías, la dualista³²⁰ y la monista³²¹, a las que con algunas variantes se alinean las Constituciones estatales.³²² La problemática de las relaciones entre el Derecho intencional y el Derecho interno es uno de los más complejos de la dogmática jurídica, debido a que se trata de determinar si ambos derechos son órdenes jurídicos distintos o si, por el contrario ambos integran un mismo y único orden jurídico.³²³ Aparte de una quizá ya superada división teórica entre monistas y dualistas, hay que señalar una actual y amplia coincidencia entre el contenido de las declaraciones internacionales y de las declaraciones constitucionales de derechos.

³²⁰ En la concepción dualista hay dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el nacional y el internacional. Ambos ordenamientos tienen fuentes distintas, pues el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados y el Derecho interno las que se presentan entre personas o entre el Estado y sus súbditos. Por tanto, como el Estado es soberano la validez del orden constitucional es independiente de su conformidad o no con el Derecho Internacional. La consecuencia del incumplimiento de un tratado es hacer al Estado respectivo responsable internacionalmente. Además, tratándose de dos sistemas autónomos, entre los cuales no existe relación de dependencia o subordinación, la norma internacional para recibir aplicación en el orden interno necesita ser transformada o incorporada a éste, mediante acto de voluntad del legislador nacional. Véase MONROY CABRA, Marco Gerardo. "El derecho internacional como fuente del derecho constitucional." *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 1, 2010, p. 111.

³²¹ De acuerdo con la concepción monista, las normas del Derecho Internacional son *automáticamente aplicables* al ordenamiento legal interno de cada Estado, sin que – como ocurre en el dualismo – ellas deban transformarse en normas internas, sin perjuicio que en determinadas Constituciones se requiera de un procedimiento de implementación, por el cual se ejecuta algún acto interno para la aplicación de la norma internacional (por ejemplo, la publicación del tratado). Véase GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. "Derecho internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos." *Revista Chilena de Derecho*, 1996, pp. 263-264.

³²² MANGAS MARTÍN, Araceli, y Manuel DIEZ DE VELASCO. "La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos." *Instituciones de derecho internacional público*, 2003, p. 242.

³²³ ORTIZ AHLF, Loretta. "Derecho comunitario y derecho internacional." *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1.4, 2003, p. 16.

De hecho, para comprender el derecho, necesitamos tener en cuenta su evolución³²⁴. El concepto de transnacionalismo fue introducido en las ciencias políticas en los años setenta, planteándose como alternativa a la dicotomía nacionalidad/internacionalidad. El derecho transnacional es el derecho más allá de la dicotomía entre orden estatal y orden internacional³²⁵. Realmente, la opción entre monismo y dualismo no es una opción conceptual, sino un problema empírico. Será dualista un orden que solo admite como aplicables las normas propias y las normas externas que sean recibidas mediante actos internos. Será monista aquel orden que admite como directamente aplicables las normas internacionales. Ambas tesis resultan desmentidas por el desarrollo de instituciones y normas jurídicas plurales en nuestros días.³²⁶ En verdad, una explicación realista del derecho en el mundo necesita desprenderse de la imagen de Estados soberanos independientes y de la de un único orden global, con el fin de reflejar algo mucho más complejo e interesante³²⁷.

Como es sabido, la codificación de los derechos políticos en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos acompañó la democratización a nivel nacional. Estos tratados, como sugiere GREGORY FOX, reflejan un creciente compromiso internacional con los estándares mínimos de derechos humanos en general y los derechos políticos en particular.³²⁸ Para PÉREZ TREMPs, actualmente la mayoría de los derechos reconocidos en los tratados y convenios son materialmente los mismos que los protegidos constitucionalmente. Sin embargo, existe una serie de “*flecos*”, donde sí surgen problemas³²⁹.

³²⁴ TRUJILLO, Isabel. “Coercion and non-state law”. *Società e diritti*, 1, 2016, pp. 16-17.

³²⁵ TUORI, Kaarlo. “Transnational law: on legal hybrids and legal perspectivism.” *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*. Cambridge University Press, 2014, p. 17.

³²⁶ TURÉGANO MANSILLA, Isabel. “Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica Transnational.” *Derecho PUCP*, 79, 2017, pp. 223-265.

³²⁷ TWINING, William. “A cosmopolitan discipline? Some implications of ‘globalisation’ for legal education.” *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, 1.1, 2001, pp. 13-29.

³²⁸ Antes de la Segunda Guerra Mundial, aparte de unos pocos casos anómalos, los individuos no eran sujetos de derechos y obligaciones según el derecho internacional. Indudablemente, todas las leyes de derechos humanos presentan un gran desafío a las nociones tradicionales de soberanía estatal. En este sentido, el derecho a la participación política, evidentemente, no es excepción. Pero los derechos participativos implican no solo límites específicos a la soberanía estatal en áreas determinadas, sino la cuestión más fundamental de quién posee la autoridad soberana dentro de un Estado. En definitiva, ya no basta, en el contexto histórico señalado, que exista una representación política. Hace falta que se alcance una representación democrática. Véase FOX, Gregory H. “The right to political participation in international law.” *Yale J. Int'l L.*, 17, 1992, pp. 541-545.

³²⁹ Concluye, pues, y con independencia del rango supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal que posean en el ámbito interno los derechos reconocidos intencionalmente, éstos, cuando sean auténticos derechos subjetivos, deberían estar protegidos por las técnicas constitucionales de protección de los derechos fundamentales. Véase PÉREZ TREMPs, Pablo. “Las garantías constitucionales y la jurisdicción

Ahora bien, ¿estamos ante una especie de constitucionalización del derecho internacional? De lo anterior: ¿existe equivalencia material entre la protección internacional y la protección interna que se otorga a los derechos humanos?, ¿son los mismos derechos los que se protegen internacional y estatalmente?

Para responder a los interrogantes abiertos debemos reconocer que, en el ámbito de la formación jurisprudencial del Derecho, la jurisdicción constitucional se sitúa en una posición muy peculiar. Para FERNÁNDEZ SEGADO³³⁰, el Tribunal Constitucional lleva a cabo una función que si, por una parte, supone el ejercicio de una actividad propia de un legislador negativo, por otra, a través de su carácter de intérprete supremo de la Constitución, cuyas sentencias vinculan a todos los poderes públicos, ejerce una actividad creativa³³¹ de normas generales. Por otra parte, la integración en Europa está presidida por esfuerzos interpretativos *pro unione* – por parte de los intérpretes de las Constituciones nacionales – y *pro constitutione* – por parte de los Tratados europeos – de modo a implementar lo que reza el Preámbulo de la Carta: “*una unión cada vez más estrecha*” de los pueblos de Europa, compartiendo “*un porvenir pacífico basado en valores comunes*” cuyo beneficiario último es la “*persona*” en cuanto “*centro de actuación*” de dicha Unión.³³²

5.1.1 El Tribunal Constitucional ante el orden jurídico internacional

En España, como es conocido, una abundante jurisprudencia del TC ha señalado que el hecho de que el art. 10.2³³³ de la Constitución obligue a interpretar los Derechos Fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por España - una interpretación conforme - no permite acudir en amparo en defensa de un derecho internacionalmente reconocido si, a su vez, ese derecho no está incluido dentro del

internacional en la protección de los derechos fundamentales." *Anuario de la Facultad de Derecho*, 10, 1992, pp. 73-86.

³³⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional." *Revista española de derecho constitucional*, 39, 1993, pp. 195-196.

³³¹ La actividad creativa, sin embargo, no se confunde con el poder de legislar. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "La experiencia de 25 años de jurisdicción constitucional en España." *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2006.

³³² ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea." *Cuadernos de derecho público*, 2001, p. 42.

³³³ Artículo 10.2: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

catálogo protegido especialmente a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.³³⁴

De lo anterior, sería imposible enumerar las relaciones que se han consolidado, y con frecuencia institucionalizado entre tribunales constitucionales, cortes supremas, altas autoridades de garantía constitucional y, más recientemente, cortes de justicia supranacionales que operan en materias propiamente constitucionales. Y éste es un dato de hecho lleno de significado, sobre todo por la facilidad de la recíproca comprensión, la espontaneidad de las discusiones y la muy frecuente concordancia de los propósitos, por lo que puede hablarse, en un cierto nivel de abstracción, de una propensión ultranacional, si no es que universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional.³³⁵

Entonces, ¿cuál es la relación existente entre el tribunal constitucional y las normas internacionales?, ¿cuál es el papel apropiado del derecho internacional en la interpretación constitucional³³⁶? Una exploración completa de este tema general está más allá del alcance de esta tesis. En cambio, ofrecemos aquí algunos puntos clave, como una exploración preliminar de las consideraciones que un tribunal debe confrontar al examinar la relación entre el derecho internacional y cualquier cuestión constitucional.

De hecho, determinar cuándo es apropiado considerar fuentes internacionales y qué papel deben desempeñar legítimamente en relación con un dado régimen constitucional plantean cuestiones difíciles en cualquier sistema constitucional. Las

³³⁴ Para FERNÁNDEZ SEGADO, si analizamos la jurisprudencia constitucional comprobaremos la profusión de sentencias en que se acude especialmente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Todo ello no es sino la lógica consecuencia de que, como ha dicho el Alto Tribunal - STC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 2) - la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con los referidos textos internacionales. Más aún, como en otro momento ha precisado - STC 78/1982, de 20 de diciembre (FJ 4) - esta interpretación afecta no sólo a las normas contenidas en la Constitución, sino a todas las del ordenamiento relativas a los derechos y libertades reconocidos por la Norma fundamental. Véase FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional." op. cit., p. 225.

³³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. "¿Qué es ser juez constitucional?" *Dikaion*, 15.2, 2006, pp. 158-159.

³³⁶ Para los profesores norteamericanos LAURENCE TRIBE y MICHAEL DORF, cualquier teoría relevante de la interpretación constitucional debe basarse en gran medida en fuentes extraconstitucionales, debe aplicar valores extraconstitucionales no solo para determinar qué es la Constitución, sino también para determinar qué significa la Constitución. Esta última pregunta, al menos, es una cuestión de derecho. Véase TRIBE, Laurence H., y Michael C. DORF. "Levels of Generality in the Definition of Rights." *The University of Chicago Law Review*, 57.4, 1990, pp. 1058-1074.

constituciones modernas de todo el mundo han tomado una variedad de enfoques para responder a esta pregunta.

Algunas constituciones, como la de Brasil³³⁷, Argentina³³⁸, Venezuela³³⁹ y los Países Bajos³⁴⁰, otorgan explícitamente a ciertas obligaciones internacionales un estatus constitucional. Otras, como las constituciones de España³⁴¹ y Sudáfrica³⁴², establecen expresamente que el derecho internacional debe considerarse al interpretar los derechos constitucionales fundamentales.³⁴³ Ahora bien, quizá una pregunta sea precedente. ¿Es apropiado que los tribunales constitucionales citen a la ley extranjera?

³³⁷ Art. 5°. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños ya los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad ya la propiedad, en los términos siguientes: § 3° Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales. (Incluido por la Enmienda Constitucional n° 45, de 2004).

³³⁸ Artículo 75. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

³³⁹ Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

³⁴⁰ Artículo 91. 1. El Reino no quedará vinculado por tratados y éstos no podrán ser denunciados sin la aprobación previa de los Estados Generales. La ley determinará los casos en que no se requiera tal aprobación. 2. La ley regulará el procedimiento de la prestación de aprobación, pudiendo también prever la aprobación tácita. 3. Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos.

³⁴¹ Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

³⁴² Artículo 39. Interpretación de la Declaración de Derechos (1) Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras.

³⁴³ CLEVELAND, Sarah H. "Our international constitution." *Yale J. Int'l L.*, 31, 2006, p. 107.

En España, los constituyentes de 1978 prefirieron no incluir una declaración de principios sobre la conducta a seguir por el Estado en sus relaciones internacionales. El hecho fue deliberado, ya que comunistas y, con más ardor, socialistas intentaron la inclusión de unos principios rectores, bien en el articulado o bien en el preámbulo de la Constitución, reducidas ambas propuestas por mayoría a una lacónica proclamación preambular de “*colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre los pueblos de la tierra*”.³⁴⁴

Ahora bien, en el caso de los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones nacionales, no se pretende, de ninguna manera, mediante la interrelación de los diversos ordenamientos jurídicos, retirar o borrar de los diversos ordenamientos constitucionales estatales sus características peculiares, sus marcos su identidad nacional o su cultura constitucional.³⁴⁵ Al revés, es innegable que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos ha protagonizado un efectivo desarrollo del proceso de integración europea. En España, esta particular jurisprudencia constitucional ha venido a afirmar un orden jurídico supranacional, pero que “*puede considerarse a ciertos efectos como “interno”*”³⁴⁶.

En este sentido, la Constitución española, como bien esclarece RUBIO LLORENTE, fue redactada cuando ya la Comunidad Europea era una realidad firme y en un ambiente político en el que la “*homologación con Europa*” y la integración en ella formaban parte del programa de todos los partidos, salvo el comunista, previó también la posibilidad de atribuir mediante tratado a una organización o institución internacional el *ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*.³⁴⁷ Además, la Constitución

³⁴⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. "Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución." *Revista de Derecho Político*, 15, 1982, pp. 97-98.

³⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, 2000, pp. 26-78.

³⁴⁶ *In verbis*: “El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de manifestar que la determinación del ente competente para la ejecución de los compromisos internacionales en el plano interno se rige por el sistema constitucional de reparto territorial del poder. La ejecución de los tratados internacionales se considera por el Tribunal Constitucional como una acción interna correspondiente al Estado o a las Comunidades Autónomas según la distribución constitucional y estatutaria de competencias.” Véase STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 4.

³⁴⁷ Artículo 93: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.” A propósito, la Resolución TC-Pleno de 13 de Diciembre de 2004,

española dispone³⁴⁸ que la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa reforma de ésta y autoriza al Gobierno y a las dos Cámaras de las Cortes para requerir al TC que declare la existencia o inexistencia de tal contradicción. Esta última previsión ha sido desarrollada por la Ley Orgánica del TC³⁴⁹, que establece un procedimiento muy simple.³⁵⁰

Con este panorama normativo, el TC ha tenido ocasión de afirmar que el artículo 93³⁵¹ tiene una naturaleza “*orgánico-procedimental*”³⁵², confirmando lo ya dicho en la STC 28/1991, dictada en el caso *Elecciones al Parlamento Europeo*. A nivel interno, la idea de eficacia directa como elemento central del juego del artículo 93 de la Constitución

declaraba que no existía contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 de la Constitución Europea por los que se delimita el ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y los criterios definidores de su interpretación y alcance y que el art. 93 de la Constitución Española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido («B.O.E./Suplemento 4 enero 2005»). TC, Pleno, R 1/2004, 13 Dic. 2004 (Rec. 6603/2004) *Declaración Pleno TC 1/2004 de 13 Dic. (requerimiento 6603-2004, sobre constitucionalidad arts. I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma 29 Oct. 2004)*.

³⁴⁸ Artículo 95: (1) “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”; (2) “El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

³⁴⁹ Artículo 78: “Uno. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado; Dos. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo noventa y cinco de la Constitución, tendrá carácter vinculante; Tres. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días.”

³⁵⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco. “La Constitución española y el Tratado de Maastricht.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992, p. 254.

³⁵¹ Desde el punto de vista de su contenido, la primera consecuencia que cabe extraer de la lectura del artículo 93 es que la integración supranacional significa, lisa y llanamente, el ejercicio de poderes por parte del ente supranacional; actuaciones normativas, ejecutivas y judiciales, tradicionalmente desarrolladas por el Estado, se llevan a cabo por el ente supranacional como consecuencia de la integración. Véase PÉREZ TREMPES, Pablo. “El concepto de Integración Supranacional en la Constitución.” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 13, 1992, p. 105.

³⁵² *In verbis*: “Ahora bien, la vinculación señalada no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E. Este precepto constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma - instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato- expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 C.E. en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos.” Véase STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4.

ha sido resaltada por el Consejo de Estado con ocasión del dictamen 24 emitido sobre el *Tratado de Adhesión a las Comunidades*, y ha encontrado también acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁵³. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha acudido a esta misma idea de eficacia directa³⁵⁴ para distinguir la organización supranacional de la organización internacional.³⁵⁵

Resumido de esta forma el alcance del art. 93, hay que recordar que su función como fundamento y parámetro de la integración supranacional explica la primera reforma de la Constitución llevada a cabo. En efecto, como ya se ha apuntado, constatado por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 que existía una antinomia entre el art. 13.2 de la Norma Fundamental³⁵⁶ y el art. 8. B. apdo. 1 del TCE (actual art. 19) según la redacción que le daba el TUE, se procedió a reformar el citado art. 13.2³⁵⁷ añadiendo los términos “y pasivo” al previo reconocimiento del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales en favor de los extranjeros de acuerdo con lo establecido en los tratados y en la ley y “*atendiendo a criterios de reciprocidad*”³⁵⁸. Para

³⁵³ Sentencia de la Sala 3. de 28 de abril de 1987, *Repertorio de Jurisprudencia*, n. 4499, pp. 4324-4326; Sentencia de la Sala 3., Sección 2. de 24 de abril de 1990, *Repertorio de Jurisprudencia*, n. 2747, pp. 3684-3686, entre otras.

³⁵⁴ *In verbis*: “En efecto, que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la C.E., sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la C.E., deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno.” Véase STC 245/1991, de 16 de diciembre, caso *Bulto 2*, FJ 3.

³⁵⁵ PÉREZ TREMPs, Pablo. “El concepto de Integración Supranacional en la Constitución.” *op. cit.*, p. 108.

³⁵⁶ Artículo 13.2: Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Número 2 del artículo 13 redactado conforme Reforma Constitucional de 27 de agosto de 1992 («B.O.E.» 28 agosto). Vigencia: 28 agosto 1992.

³⁵⁷ Para RUBIO LLORENTE, la historia de este precepto depara algunas sorpresas y explica la lamentable equiparación que en él se hace de los *derechos políticos* con los *derechos reconocidos en el artículo 23*. Véase RUBIO LLORENTE, Francisco. “La Constitución española y el Tratado de Maastricht.” *op. cit.*, p. 258.

³⁵⁸ PÉREZ TREMPs, Pablo. “Constitución española y Unión Europea.” *Revista española de derecho constitucional*, 71, 2004, pp. 108-109.

ALONSO GARCÍA, pese a su rotundidad, bien otro³⁵⁹ podría haber sido el pronunciamiento del TC si se hubiera producido no en el marco de un control *ex ante*, sino *ex post*.³⁶⁰

Cabe señalar que, si bien la Constitución Española no declara de modo directo la primacía del Derecho Internacional convencional, dicha primacía se afirma de forma indirecta pero inequívoca en el párrafo final del art. 96.1.³⁶¹ Luego, un tratado no puede ser modificado, derogado o suspendido de forma unilateral, por ejemplo, por una ley de Cortes o por una ley autonómica o por un Decreto-Ley, sino mediante la voluntad concertada de los Estados Partes que concurrieron en el mismo.³⁶²

Así las cosas, bien afirma CANÇADO TRINDADE que los fundamentos últimos de la protección de los derechos humanos trascienden el derecho estatal, y la necesidad de la internacionalización de su protección corresponde a una manifestación cultural de nuestros tiempos, viabilizada por la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a la protección de la persona humana.³⁶³ Sin embargo, el Derecho internacional, carece de Constitución porque no rige sobre una verdadera organización política. La comunidad internacional es, por definición,

³⁵⁹ La cuestión clave está, para ALONSO GARCÍA, “en la errónea línea argumental que el TC siguió en 1992. Entonces llegó, primero, a la conclusión de que existía contradicción entre el Tratado de la Unión y la Constitución Española, razonando después que la misma era insalvable por la vía del artículo 93, precepto orgánico-procedimental aplicable a un determinado tipo de tratados que, como los demás tipos de tratados, estaba plenamente sometido al artículo 95.1 de la Constitución (conforme al cual, “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”). El punto de partida es, para el catedrático de Madrid, que el artículo 93 tiene “una dimensión sustantiva” que, entre otras cosas, conlleva la apertura de nuestro ordenamiento, incluido el constitucional, al europeo, descartando sobre la base de tal apertura, en principio, un control de constitucionalidad sobre éste siempre y cuando se mantenga en línea con los principios y valores esenciales de nuestra Constitución, lo que efectivamente sucede a la luz del ulterior examen del TC”. Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo. “Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía.” *Revista española de derecho constitucional*, 73, 2005, p. 345.

³⁶⁰ ALONSO GARCÍA, Ricardo. “Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario.” *Foro, Nueva época*, 2, 2005, p. 159.

³⁶¹ Artículo 96.1 “... *Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*”.

³⁶² En consecuencia, las leyes internas quedarían inaplicadas en caso de contradicción con un Tratado en vigor para España. Véase MANGAS MARTIN, Araceli, y Manuel DIEZ DE VELASCO. “La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos.” *op. cit.*, p. 249.

³⁶³ Como en el ámbito internacional a un Estado no se le deja de cumplir sus obligaciones convencionales bajo el pretexto de supuestas dificultades de orden constitucional o interno, con mayor razón aún no hay hoy excusa para un Estado de no conformarse a un tratado de derechos humanos en el cual es parte por el simple hecho de que sus tribunales interpretar, en el plano del derecho interno, el tratado de modo diferente de lo que se impone en el plano del derecho internacional. Véase CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos.” *op. cit.*, p. 7.

descentralizada y no posee órganos específicos de creación y aplicación de las normas.³⁶⁴ Por ello, dada la referida estructura descentralizada del ordenamiento jurídico internacional, no es sorprendente que, al menos en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, las atenciones también se vuelvan a la función reservada a los tribunales nacionales en la aplicación de las normas internacionales.³⁶⁵ Con lo cual, hay que concluir, la Constitución Española de 1978 es ciertamente uno de los mejores ejemplos de cuerpo normativo fundamental que, reconociendo la importancia de los tratados de derechos humanos, los singularizan y a ellos extienden especial cuidado.

Ahora bien, en el análisis de las organizaciones europeas implicadas en la protección del derecho de sufragio identificamos dos sistemas distintos: por un lado, en el Derecho de la Unión, tenemos la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE, en el ámbito más restringido de la Unión Europea. Por otro lado, el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos - SEDH, instituido en el marco del Consejo de Europa, con su marco regulatorio, estructura y funcionamiento específicos, del que forma parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Veremos a continuación que en la jurisprudencia del TEDH efectivamente se revisan más intensamente irregularidades de procedimiento electoral que particularidades del sistema electoral, que siempre suponen cuestiones abiertas a decisiones políticas sobre el modelo ideal de democracia en cada Estado.

5.2 El Artículo 3 del Protocolo nº 1 de la Convención

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo (CEDH), fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.³⁶⁶ El Convenio Europeo es un *tratado sui generis*, ya que, teniendo cuerpo de “tratado”, alberga alma de “*instrumento constitucional del orden público*”

³⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea." *Revista de instituciones europeas*, 20, 1993, p. 551.

³⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, António Augusto. “Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos.” *op. cit.*, p. 15.

³⁶⁶ España lo ha ratificado por instrumento de 26 de septiembre de 1979, entrando en vigor el 4 de octubre del mismo año (B.O.E. n. 243, de 10 de octubre de 1979).

européo”. Una doble naturaleza muy específica de las que se extraen importantes consecuencias. Entre otras, explica GARCÍA ROCA, el sistema va mucho más allá de un esquema de reciprocidad entre los Estados y de solución de asuntos individuales, para instaurar “*una red mutua de compromisos bilaterales y obligaciones objetivas*” garantizados colectivamente.³⁶⁷

5.2.1 Integración y jurisprudencia del TEDH

El párrafo 3º del Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 asevera que la finalidad principal del Consejo es realizar una “*unión más estrecha entre sus miembros*”, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la “*protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”. Y recordemos que fue escrito en un contexto internacional de guerra fría y de división de Europa en dos bloques que permitía maximizar la perspectiva. Se arranca, para GARCÍA ROCA, de la idea de que los derechos humanos forman parte de la mejor noción de Europa, y parece demandarse una interpretación finalista de las normas reconocedoras de derechos: interpretarlas al servicio de una unión más estrecha. Unos mismos derechos como un medio para una progresiva integración de los europeos.³⁶⁸

Efectivamente, el CEDH consiste en el instrumento normativo que expresa de forma más rigurosa y exigente una voluntad fundamental de convergencia europea en el ámbito de los derechos humanos. Esta convergencia debe ser entendida en una doble incidencia: tanto en el plano material, a partir de la aceptación de un núcleo básico y mínimo de derechos y libertades; como en el plano judicial, con el reconocimiento de la competencia natural del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para la garantía de protección máxima y efectiva de los derechos humanos. Además, el hecho de que todos los Estados Partes habían aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte (artículo 46³⁶⁹ de la Convención) – independientemente del estatus de la Convención en

³⁶⁷ GARCÍA ROCA, Francisco Javier. "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo." *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012, p. 188.

³⁶⁸ GARCÍA ROCA, Francisco Javier. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración." *Teoría y realidad constitucional*, 20, 2007, p. 132.

³⁶⁹ ARTÍCULO 46 *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias* 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. 3.

el derecho interno de cada país – revela la seriedad y madurez de los Estados Partes y explica en gran parte el éxito de ese sistema regional de protección de los derechos humanos.³⁷⁰

Para MARIA LUÍSA DUARTE, la propia CEDH explicita su carácter de padrón mínimo de protección de los derechos humanos, reconociendo a los Estados el poder de establecer, de modo unilateral o convencional, niveles superiores de protección de los derechos y las libertades fundamentales (véase el artículo 53³⁷¹ CEDH). En definitiva, el CEDH es el instrumento normativo que expresa de forma más rigurosa una voluntad política fundamental de convergencia europea en el ámbito de los derechos fundamentales, con una doble incidencia: en el plano sustantivo, la aceptación de un núcleo básico de derechos y libertades; en el plano judicial, el reconocimiento de la competencia natural del Tribunal de Estrasburgo, una garantía efectiva de un doble grado de jurisdicción.³⁷²

En este sentido, aunque el objetivo principal del sistema de la Convención es brindar socorro individual, su misión también es determinar cuestiones de interés público en materia de política pública, elevando así las normas generales de protección de los derechos humanos y ampliando la jurisprudencia de derechos humanos en toda la comunidad de los Estados de la Convención.³⁷³

Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. 5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

³⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos." *op. cit.*, p. 19.

³⁷¹ Artículo 53. *Protección de los derechos humanos reconocidos. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.*

³⁷² DUARTE, Maria Luísa. "O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do "triângulo judicial europeu". *Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques*, 2004, pp. 1747-1768.

³⁷³ Véase *Rantsev contra Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010, § 197, con más referencias.

En tema de derecho de sufragio, el Artículo 3 del Protocolo No. 1 de la Convención establece que las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo. Este artículo difiere de casi todas las demás cláusulas de la Convención y sus Protocolos, ya que no otorga directamente derechos individuales y no contiene otras condiciones para las elecciones, incluso en relación con el alcance del derecho de sufragio pasivo. No obstante, la Corte siempre ha enfatizado la importancia del Artículo 3 del Protocolo No. 1 de la Convención en un sistema político verdaderamente democrático.³⁷⁴

La Corte reiteró que los derechos garantizados en ese Artículo son cruciales para establecer y mantener los cimientos de una democracia efectiva y significativa gobernada por el Estado de Derecho.³⁷⁵ Esto indica que la garantía de un funcionamiento adecuado del proceso democrático se consideró de primordial importancia. Esta es también la razón por la cual la Comisión, en su primera jurisprudencia, no consideró que el artículo concediera derechos individuales³⁷⁶. Sin embargo, la Comisión cambió su enfoque, y el TEDH posteriormente sostuvo que el artículo, sí, otorga derechos individuales, incluido el derecho de voto, y al mismo tiempo reconoce que tales derechos individuales no son absolutos, sino que están abiertos a "limitaciones implícitas" que dejan al Contratante. Declara, en conclusión, "un amplio margen de apreciación", que sin embargo está sujeto al escrutinio del Tribunal. Por lo tanto, la Corte debe asegurarse de que las limitaciones no limiten los derechos en cuestión hasta el punto de menoscabar su propia esencia y privarlos de su eficacia.³⁷⁷

³⁷⁴ Para GARCÍA ROCA, ha acabado por producirse una "mutación del convenio": un cambio de la norma del art 3 p1 sin modificar la disposición escrita. La jurisprudencia ya reconoce un derecho. Véase GARCÍA ROCA, Javier. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

³⁷⁵ Véase Yumak y Sadak contra Turquía ([GC], n. ° 10226/03, § 105.

³⁷⁶ Véanse X contra Alemania, n° 530/59, resolución de 4 de enero de 1960, recopilación 2 y X contra Bélgica, n° 1028/61, decisión de 18 de septiembre de 1961, Colección 6, página 78.

³⁷⁷ Aunque el artículo 3 del Protocolo núm. 1 no establezca las condiciones para las restricciones, como puede encontrarse, por ejemplo, en el segundo párrafo de los artículos 8 a 11 del Convenio, el Tribunal ha declarado que cualquier restricción debe perseguir un objetivo legítimo y que los medios empleados no deben ser desproporcionados. Véase Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica, sentencia de 2 de marzo de 1987, Serie A n. ° 113, p.23, § 52, y, más recientemente, Py v. France, n. ° 66289/01, §§ 45-47, ECHR 2005-I.

Concretamente, trataremos ahora apenas de exponer la posición manifestada por el TEDH en relación con la titularidad de los derechos de ciudadanía, especialmente del derecho de sufragio pasivo, para terminar más adelante con un breve apartado de consideraciones finales sobre sus límites y garantías en el ámbito del convenio. Al examinar el cumplimiento del artículo 3 del Protocolo núm. 1 de la Convención, la Corte se ha centrado principalmente en dos criterios: (I) si ha habido arbitrariedad o falta de proporcionalidad, y (II) si la restricción ha interferido con la libre expresión de la opinión del pueblo.³⁷⁸ Además, identificamos los siguientes estándares mínimos:

- i. Para el TEDH el objeto y el propósito de la Convención requiere que sus disposiciones se interpreten y apliquen de tal manera que sus estipulaciones no sean teóricas ni ilusorias, sino prácticas y efectivas.³⁷⁹
- ii. Sin embargo, el Estado de Derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, es inherente a todos los artículos de la Convención y sus Protocolos³⁸⁰. Este principio implica un deber por parte del Estado de establecer un marco legislativo y, según corresponda, legislación subordinada, para asegurar sus obligaciones en virtud de la Convención en general y del Artículo 3 del Protocolo No. 1 de la Convención en particular. La interpretación de este marco legislativo por parte de las autoridades nacionales competentes, en primer lugar, los tribunales, no debe ser arbitraria ni estar marcada por una falta de proporcionalidad; tales decisiones deben ser suficientemente razonadas.³⁸¹
- iii. La palabra "elección" significa que se debe garantizar a los diferentes partidos políticos una oportunidad razonable para presentar sus candidatos en las elecciones.³⁸²

³⁷⁸ Véanse Yumak y Sadak, citados anteriormente, §109 (iii), y Sitaropoulos y Giakoumopoulos v. Grecia [GC], n. ° 42202/07, §§ 63-64.

³⁷⁹ Véase Partido Comunista Unido de Turquía y otros v. Turquía, 30 de enero de 1998, § 33, informes de sentencias y decisiones 1998-I, Chassagnou y otros c. Francia [CG], nos 25088/94, 28331/95 y 28443 / 95, § 100, ECHR 1999-III, y Lykourazos v. Grecia, n. ° 33554/03, § 56, ECHR 2006-VIII.

³⁸⁰ Véase, entre muchas otras autoridades, Amuur v. France, 25 de junio de 1996, § 50, Informes 1996-III.

³⁸¹ Véase Yabloko Russian United Democratic Party and Others v. Russia, cit. §§ 68 y 70.

³⁸² Véase Yumak y Sadak v. Turkey [GC], n. ° 10226/03, § 108.

- iv. La Corte observa que, a diferencia de otras disposiciones de la Convención, como el artículo 5, los artículos 8 a 11 de la Convención o el artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención, el texto del artículo 3 del Protocolo núm. 1 de la Convención no contiene una referencia expresa a la "legalidad" de ninguna medida tomada por el Estado.
- v. Debe asegurarse de que las condiciones no limiten los derechos en cuestión hasta el punto de menoscabar su propia esencia y privarlos de su eficacia; que se imponen en la búsqueda de un objetivo legítimo; y que los medios empleados no son desproporcionados.³⁸³
- vi. Para el Tribunal, la noción de "derechos individuales" para presentarse a las elecciones en virtud del artículo 3 del Protocolo núm. 1 de la Convención es aplicable al partido³⁸⁴, independientemente de sus candidatos, cuando presente una lista para participar en las elecciones.³⁸⁵
- vii. La jurisprudencia del Tribunal establece una distinción entre el aspecto activo de los derechos garantizados en virtud del artículo 3 del Protocolo núm. 1 de la Convención, que se refiere al derecho de voto, y el aspecto pasivo de esos derechos, es decir, el derecho a presentarse a elecciones.³⁸⁶
- viii. Las palabras *libre expresión de la opinión del pueblo* significan que las elecciones no pueden realizarse bajo ninguna forma de presión en la elección de uno o más candidatos, y que en esta elección el elector no debe ser indebidamente inducido a votar por una de las partes o otro.³⁸⁷

³⁸³ Véase Mathieu-Mohin y Clerfayt, loc. cit. § 52.

³⁸⁴ Al mismo tiempo, la Corte acepta que, en ciertos casos, el margen de apreciación de los Estados puede incluir el derecho a interferir - sujeto a la condición de proporcionalidad - con la asociación organización interna y funcionamiento en caso de incumplimiento de formalidades legales razonables aplicables a su establecimiento, funcionamiento o estructura organizativa interna (ver, por ejemplo, Ertan y otros v. Turquía (diciembre), No. 57898/00, 21 de marzo de 2006) o en caso de grave conflicto interno prolongado dentro de la asociación (ver Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (Metropolitan Inokentiy) y otros v. Bulgaria, núms. 412/03 y 35677/04, § 131, 22 de enero de 2009).

³⁸⁵ Véase Georgian Labour Party v. Georgia, n. ° 9103/04, §§ 72-74.

³⁸⁶ Véase Mathieu-Mohin y Clerfayt v. Bélgica, 2 de marzo de 1987, §§ 46-51, Serie A n. ° 113, y Ždanoka v. Letonia [GC], n. ° 58278/00, §§ 105 y 106.

³⁸⁷ Véase Yumak and Sadak v. Turkey [GC], no. 10226/03, § 108.

- ix. La *libre expresión de la opinión del pueblo* es inconcebible sin la participación de una pluralidad de partidos políticos que representan los diferentes matices de opinión que se encuentran dentro de la población de un país, y por lo tanto se debe tener en cuenta el contexto más amplio en el que el derecho de voto se ejerce.³⁸⁸
- x. La Corte también ha destacado que es importante que las autoridades a cargo de la administración electoral funcionen de manera transparente y mantengan su imparcialidad e independencia de la manipulación política³⁸⁹ y que sus decisiones deben tomarse suficientemente razonado.³⁹⁰
- xi. La jurisprudencia del TEDH recuerda, además, que la estabilidad de la legislación electoral reviste particular importancia para el respeto de los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo núm. 1. De hecho, si un estado cambia las reglas con demasiada frecuencia las reglas elecciones fundamentales, o si las cambian en vísperas de una votación, puede socavar el respeto público por garantías que se supone garantizan elecciones libres o la confianza en su existencia³⁹¹.

Los derechos electorales, a diferencia de otros derechos, son derechos de configuración legal, no pueden tener *eficacia* simplemente a partir de las normas puestas. Así, por su misma naturaleza, son inoperantes sin toda una detallada regulación normativa. Hace falta, por lo tanto, un complejo aparato que les dé la eficacia: si no hay leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio. Esta es una característica decisiva de su configuración legal: la Constitución siempre prefigura el derecho y lo determina en su contenido esencial, pero existe intensa libertad de conformación por parte del legislador para cohonestar fines diversos en la regulación del voto y del sistema electoral.

³⁸⁸ Véase *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*, nos. 55066/00 and 55638/00, § 79.

³⁸⁹ Véase *el Partido Laboral de Georgia*, citado anteriormente, § 101.

³⁹⁰ Véase *Namat Aliyev v. Azerbaiyán*, n. ° 18705/06, §§ 81-90, 8 de abril de 2010.

³⁹¹ Véase *Partido Laborista de Georgia*, Georgia, No. 9103/04, § 88.

Una cuestión fundamental para el análisis de la protección del derecho de sufragio pasivo en Europa es acerca de la posibilidad de un escrutinio estricto o laxo de las restricciones o interferencias por parte de los Estados. El control del TEDH es, desde nuestra perspectiva, poco intenso. El TEDH debería ser quizá más previsible y establecer estándares claros para la concreción de lo que bien definido por GARCÍA ROCA como una *escala de intensidad en el escrutinio* jurisdiccional, principalmente cuanto a los límites del margen de apreciación nacional.³⁹²

Como la Corte de Estrasburgo es el último intérprete de la Convención, el uso de la *doctrina del margen de apreciación nacional* y el desarrollo de normas para su aplicación fueran fundamentales para la adecuación y el cumplimiento de la Convención. Por cierto, el lenguaje vago de la Convención debe aplicarse en circunstancias concretas y la Corte tuvo de otorgar cierta libertad a los Estados miembros frente a su diversidad.³⁹³ Veremos, a continuación, los *elementos* que articulan esta regla de decisión según la jurisprudencia del TEDH. De hecho, el TEDH usa habitualmente esta regla de interpretación, pero no lo ha sistematizado, dificultando la identificación de un verdadero criterio de interpretación jurídica de la declaración de derechos.

A. El TEDH y la doctrina del margen de apreciación nacional

Para GARCÍA ROCA, el llamado “margen de apreciación nacional” (en adelante, el margen) es una doctrina de consecuencias muy importantes y que ocupa un lugar central en la jurisprudencia de la Corte, pero cuya aplicación práctica y construcción teórica tienen contornos altamente discrecionales e imprecisos. Por el momento, bien afirma García Roca, no es nada fácil ofrecer soluciones alternativas. La doctrina del margen no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo ni tampoco fue

³⁹² Para García Roca, la jurisprudencia del TEDH puede deducirse a partir de una teoría de las escalas en la intensidad del control, atendiendo a la mayor o menor capacidad de revisión europea. Para el, muy escasas son las restricciones que pueden ser admitidas respecto del poderoso sufragio activo de los ciudadanos, una situación que no debe restringirse más que por muy pocas razones (edad, condena penal, en ocasiones la residencia...). El control europeo es muy intenso. Alguna restricción más puede aceptarse en materia de sufragio pasivo. El control o escrutinio europeo puede aquí ser algo menos intenso y admitir un cierto margen nacional de apreciación. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "Aportaciones fragmentarias a la representación política del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una teoría liberal-democrática." *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, 21.2, 2018, p. 281.

³⁹³ O'DONNELL, Thomas A. "The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights." *Hum. Rts. Q.* 4, 1982, pp. 474-496.

mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios, un dato que merece la pena mencionar. Puede considerarse como una *construcción débil* en cuanto poco densa y susceptible de aplicaciones muy variadas si no contradictorias. Sin embargo, el margen es en todo caso central entre los criterios de decisión de la Corte, pues es raro encontrar una sentencia en la que no se mencione tal cláusula.³⁹⁴

Muchos son los interrogantes acerca del margen: ¿cómo alcanzar a la vez un distanciamiento de los hechos y un adecuado conocimiento de las complejas realidades nacionales? Así, ¿cómo conciliar tantos matices democráticos? ¿la democracia comporta muchas diferencias? ¿el consenso democrático no reposaría en reglas más objetivas o previsibles?

En el *derecho de sufragio pasivo* el margen de apreciación nacional debería ser reducido, en cuanto se trata de un derecho democrático y la democracia es un elemento del orden público europeo. Por cierto, deberíamos resolver convencionalmente en qué ocasiones el TEDH debe autocontenerse y en cuáles, por el contrario, puede armonizar un entendimiento cultural común de los derechos de los europeos y avanzar sin temor en su integración. Ésta es la finalidad propia del Consejo de Europa al que el Tribunal sirve.³⁹⁵

Ahora bien, si en los inicios se interpretaba el artículo 3 del Protocolo nº 1 del Convenio como una garantía institucional a elecciones libres, con el paso del tiempo su elucidación ha evolucionado hacia el reconocimiento de los derechos subjetivos de sufragio activo y pasivo. Con todo, pese a que el sufragio igual se considera uno de los pilares del patrimonio electoral europeo, el TEDH no ha considerado contrarios al

³⁹⁴ Bien indaga GARCÍA ROCA, ¿qué es fundamental o principal en un derecho y qué accidental? De ahí la dificultad de hacer un juicio jurídico y el riesgo de consagrar una *excepción política* basada en esta pauta hermenéutica que es el margen. Mientras el TEDH no resuelva de forma previa, abstracta y general, —y no lo ha hecho ni es fácil hacerlo— que es fundamental y común en cada uno de los derechos, el juicio seguirá siendo muy impreciso. En definitiva, la doctrina del margen de apreciación nacional produce una tremenda *discrecionalidad* de la Corte. Véase GARCÍA ROCA, Francisco Javier. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración." *op. cit.*, pp. 118-134; En su último libro, García Roca revisó la doctrina del margen y la actualizó, incorporando la tesis del procedimiento razonable de decisión que quizás puede usarse en materia electoral. Véase GARCÍA ROCA, Javier. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 104 y ss.

³⁹⁵ GARCÍA ROCA, Francisco Javier. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración." *op. cit.*, pp. 140-143.

Convenio sistemas electorales que producen desigualdades evidentes en el valor del voto de los ciudadanos. Veremos a continuación que tampoco ha declarado contrarias al CEDH barreras electorales realmente elevadas a nivel comparado.³⁹⁶

B. Consenso en el Derecho y la práctica entre los Estados miembros

Para ilustrar el consenso en el Derecho entre los Estados miembros, en el *caso Marckx*³⁹⁷, el TEDH decidió con base en un consenso en cuanto al trato legal de los hijos ilegítimos y anuló las leyes de herencia belgas que los discriminaban. El querellante alegó que las leyes infringían al artículo 8³⁹⁸ y eran discriminatorias porque se basaban en un estado contrario al artículo 14³⁹⁹. En su razonamiento, el Tribunal tomó nota de dos tratados que incorporaban el principio de protección a los hijos, a pesar de que Bélgica tampoco era parte en ninguno de ellos. No obstante, el Tribunal decidió que la mera existencia de estos tratados denotaba una "*clara medida de terreno común en esta área entre las sociedades modernas*". Como las leyes relativas a la herencia afectaron la vida familiar, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos suscitó una cuestión de discriminación arbitraria. Dado el consenso, la distinción era inadmisibles; carecía de la "*justificación objetiva y razonable*" que se requería para evitar la infracción de las disposiciones contra la discriminación del Artículo 14.

Ahora bien, en el *caso Handyside*⁴⁰⁰, el gobierno británico había confiscado copias de *The Little Red Schoolbook* de un editorial. Ante los tribunales británicos el libro se consideró obsceno. Con respecto a la cuestión de la protección de la moral, el

³⁹⁶ FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos. "Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales." *Revista de Derecho Electoral*, 25, 2018, p. 25.

³⁹⁷ Véase *Marckx v. Belgium* (The Marckx Case), Judgment of 13 June 1979, European Court of Human Rights, *Series A*, No. 31. [1 SEP]

³⁹⁸ Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar* 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

³⁹⁹ Artículo 14. *Prohibición de discriminación* El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁴⁰⁰ Véase *Handyside contra Reino Unido* (Handyside Case), decisión de 7 diciembre de 1976, European Court of Human Rights, *Series A*, No. 24, at para. 48.

demandante argumentó que, dado que muchos de los Estados partes en la Convención habían permitido la publicación del libro, su prohibición no era necesaria en Gran Bretaña para proteger a la moral. El Tribunal rechazó este argumento. Primero notó que había una ausencia de consenso en cuanto a lo que constituía la moralidad.

Para THOMAS O'DONNELL, el resultado de la Corte puede demostrar solamente que la obscenidad es una de esas delicadas cuestiones sobre las cuales, por razones políticas, la Corte consideró necesario evitar un choque con el Gobierno demandado. Así, a partir de estos casos, parece que un examen de las leyes y de las prácticas de los Estados miembros en busca de consenso o su falta es uno de los métodos más seguros para determinar la libertad que la Corte otorgará al gobierno cuando se tenga en cuenta el margen de apreciación. Dicho de otro modo, el consenso europeo minora el margen. Si bien la Convención, por supuesto, está diseñada para mantener una "*sociedad democrática*", veremos que la Corte parece elegir intuitivamente algunos derechos como más fundamentales que otros, es decir, derechos que no admiten restricciones diversas en cada estado. Así, si el derecho se considera fundamental, la Corte ejerce una supervisión aparentemente más estricta e invoca un margen de apreciación más estrecho. A diferencia del estándar de consenso, es difícil articular un conjunto de principios que subyacen al uso de esta norma por parte de la Corte que hacen que sea predecible.⁴⁰¹

En el análisis final, concluimos, este estándar emergente – "*derechos fundamentales para un sistema político democrático*" - es claramente el menos susceptible de evaluación objetiva, y tal vez solo muchos casos completen completamente el concepto de la Corte de cuáles derechos son fundamentales.

C. Las "limitaciones implícitas" del Artículo 3 del Protocolo No. 1

Para el TEDH el derecho de sufragio pasivo, aunque inherente al concepto de un régimen verdaderamente democrático, sería meramente ilusorio si se pudiera privar arbitrariamente de él en cualquier momento. En consecuencia, si bien es cierto que los

⁴⁰¹ Para O'DONNELL, este debería ser un método para la constante mejora de la calidad y precisión de los derechos ante la Convención, si se usa cuidadosa y objetivamente. De igual modo, debería inhibir el abuso de la doctrina del margen de apreciación. Parécenos muy razonable que la interpretación de la Convención puede basarse legítimamente en las tradiciones y prácticas jurídicas comunes de los Estados partes. Véase O'DONNELL, Thomas A. "The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights." *op. cit.*, pp. 484-488.

Estados tienen un amplio margen al establecer las condiciones de elegibilidad en abstracto, el principio de que los derechos deben ser efectivos requiere que el procedimiento contenga salvaguardias suficientes contra decisiones arbitrarias.⁴⁰² En verdad, el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio debe ser comprendido desde las rotundas referencias a la democracia que en el Preámbulo del Convenio Europeo se realizan. Se dice allí los Gobiernos miembros del Consejo de Europa reafirman su “*profunda adhesión a estas libertades fundamentales*”, como base “*de la justicia y de la paz en el mundo*”, y admiten que su “*mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos.*”⁴⁰³ Ahora bien, llegamos en un punto clave: ¿qué criterios usa el TEDH para determinar la conformidad de las *limitaciones implícitas* de los derechos del artículo 3 establecidas por los Estados?

Inicialmente, en el caso de *Glimmerveen y Hagenbeek contra los Países Bajos*, de 11 de octubre de 1979⁴⁰⁴, la Comisión declaró inadmisibles dos solicitudes relativas a la negativa a permitir a los solicitantes, que fueron los líderes de una organización proscrita con tendencias racistas y xenófobas, de presentarse a las elecciones.⁴⁰⁵ En ese caso, también se subrayó que el estándar de tolerancia no impide que una sociedad democrática tome medidas para protegerse contra actividades destinadas a destruir los derechos o libertades establecidos en la Convención. El artículo 3 del Protocolo núm. 1, que consagra la capacidad del individuo para influir en la composición del poder legislativo, no excluye por tanto que se impongan restricciones a los derechos electorales de una persona que, por ejemplo, haya abusado gravemente de una posición pública o cuya conducta amenazó con socavar el estado de derecho o las fundaciones democráticas.

⁴⁰² Véase Podkolzina, citado anteriormente, § 35. Este principio que exige la prevención de la arbitrariedad es igualmente relevante en otras situaciones donde la efectividad de los derechos electorales individuales está en juego (ver, mutatis mutandis, Kovach v. Ukraine, n. ° 39424/02, § 55, ECHR 2008). - Caso Gahramanli and Others v. Azerbaijan, § 68.

⁴⁰³ GARCÍA ROCA, Francisco Javier. "Del compromiso internacional de los estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1)." *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2005, pp. 825-854.

⁴⁰⁴ Números 8348/78 y 8406/78, decisión de la Comisión de 11 de octubre de 1979, DR 18, página 187.

⁴⁰⁵ En esa ocasión, la Comisión se remitió al artículo 17 del Convenio, señalando que los solicitantes "tenían la intención de participar en estas elecciones y de hacer uso del derecho [afectado] para un propósito que la Comisión [consideró] inaceptable en virtud del artículo 17 "(*ibid.*, p. 197).

En el Asunto *X contra Islandia*⁴⁰⁶, la Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo que dilucidar si un prorrateo de escaños entre circunscripciones, desacompañado con respecto a la población residente en cada una de ellas, y que, por tanto, allegadamente generaba desigualdad en el valor del voto, era contrario al CEDH. La conclusión de la Comisión fue que este tipo de diseños electorales que generan desigualdad en la influencia de los votos no pueden considerarse arbitrarios, dado que se aplican con carácter general a todas las fuerzas políticas, sin beneficiar a ninguna candidatura en concreto ni dotar de una situación ventajosa a ninguno de los candidatos frente al resto.⁴⁰⁷ Por lo tanto, se aplica una igualdad ante la ley electoral y no una igualdad real.⁴⁰⁸

En la muy relevante sentencia del Caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica*⁴⁰⁹ el Tribunal desarrolló ampliamente importantes parámetros para la interpretación del artículo 3 del Protocolo Adicional.⁴¹⁰ Afirmó que los derechos de que se trata no son absolutos y el artículo 3, “*al reconocerlos sin enunciarlos expresamente*

⁴⁰⁶ Fallo de la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) del 8 de diciembre de 1981 (Asunto X contra Islandia), demanda n.º 8941/80.

⁴⁰⁷ Para FERNÁNDEZ ESQUER, es la igualdad del poder de voto la más problemática, dado que exige una distribución de escaños que atienda a criterios de reparto de tipo demográfico como la población de derecho, el número de nacionales residentes o el número de electores inscritos. Así, y aunque pueden emplearse también criterios geográficos para el prorrateo de escaños entre circunscripciones, la desviación máxima admisible no debería ser superior al 10 por ciento y, en todo caso, no debería exceder el 15 por ciento, salvo en circunstancias especiales (protección de una minoría, entidad administrativa con baja densidad demográfica). Además, y con el objetivo de prevenir la geometría electoral pasiva, debe producirse una revisión del reparto de escaños al menos cada diez años, para así acompañar dicha distribución de escaños a las fluctuaciones demográficas. Véase FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos. “Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales.” *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰⁸ GARCÍA ROCA, Javier. *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Aranzadi, Pamplona, 1999.

⁴⁰⁹ En el caso, los miembros de la Cámara de Representantes y el Senado electos en el distrito de Halle-Vilvoorde no pueden, si hacen el juramento parlamentario en francés, sentarse en el Consejo Flamenco (el organismo que, indiscutiblemente, tiene poderes legislativos) y, por lo tanto, no pueden allegadamente defender los intereses de su región en varios campos importantes, mientras que los representantes electos que prestan juramento en holandés son automáticamente los miembros del Consejo Flamenco. Halle-Vilvoorde tiene una población de más de 100,000 hablantes de francés de una población total de más de 500,000, el número promedio de votos requerido para elegir a un miembro de la Cámara de Representantes que varía de 22,000 a 25,000. Sentencia 9267/81 del caso, de 2 de marzo de 1987.

⁴¹⁰ En el caso en cuestión, el Tribunal Europeo adoptó estándares de interpretación sobre el artículo 3 del Protocolo Adicional: estableció que el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Europea protege el derecho al voto pasivo y activo, a pesar de no estar expresamente reconocido; estableció que el voto pasivo y activo son derechos no absolutos, pues existe un margen para establecer limitaciones que están implícitas; el respecto a la obligatoriedad del voto en algunos países no viola el Convenio cuando los electores tienen la opción de votar en blanco o emitir deliberadamente un voto nulo; y por fin que el artículo 3 exige elecciones “libres” que se celebren “en intervalos razonables”, “con votación secreta” y “en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo”, pero no crea ni establece un determinado sistema electoral para la Unión. Véase BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “El derecho humano a la participación política.” *Derecho PuCP*, 59, 9, 2006, p. 27.

ni mucho menos definirlos, deja abierta la puerta para limitaciones implícitas".⁴¹¹ Además, definió que los Estados disfrutaban de "*un amplio margen de apreciación*", sin embargo, concluye el TEDH, corresponde a la corte resolver, en última instancia, sobre: (i) "*el cumplimiento de las exigencias del Protocolo núm. 1*"; (ii) evaluar si "*los requisitos establecidos no disminuyen los derechos de que se trata hasta afectarles en su propia esencia y hacerlos totalmente ineficaces*"; (iii) valorar si las restricciones "*persiguen una finalidad legítima con medios que guardan, a este respecto, la debida proporción*"⁴¹²; (iv) verificar si estos requisitos no contrarían "*la libre expresión*"⁴¹³ de la opinión del pueblo en la elección del Cuerpo Legislativo". Finalmente, concluye que "*cualquier sistema electoral debe evaluarse a la luz de la evolución política del país en cuestión; las características que serían inaceptables en el contexto de un sistema pueden, en consecuencia, justificarse en el contexto de otro, al menos mientras el sistema elegido establezca condiciones que garanticen la 'libre expresión de la opinión de las personas en la elección de la legislatura*".

En esta sentencia, el TEDH asumió el paso adelante que había dado la Comisión, ampliando la comprensión de los límites y de las garantías del derecho de sufragio. Por añadidura, el legislador ya no es totalmente libre en este terreno, dado que el TEDH puede fiscalizar si esas condiciones impuestas en el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo llegan a desnaturalizarlos o a hacerlos ineficaces.⁴¹⁴

D. La Comisión de Venecia

En varias sentencias el TEDH ha utilizado, con el fin de interpretar el Convenio, *external sources*, instrumentos intrínsecamente no vinculantes de los órganos del Consejo de Europa, en particular las recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria.⁴¹⁵ Estos métodos de interpretación también han llevado a la

⁴¹¹ Mención, *mutatis mutandis*, a la sentencia en el caso Golder de 21 de febrero de 1975, serie A, núm. 18, pp. 18 y 19, apartado 38.

⁴¹² Mención, *mutatis mutandis*, la Sentencia en el caso Lithgow y otros contra Reino Unido, de 8 de julio de 1986, serie A, núm. 102, p. 71, apartado 194.

⁴¹³ Para el TEDH "*la frase 'condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura' implica esencialmente, además de la libertad de expresión (ya protegida en virtud del artículo 10 de la Convención) (artículo 10) - el principio de igualdad de tratamiento a respeto de todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de voto y su derecho a presentarse a las elecciones.*"

⁴¹⁴ FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos. "Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales." *op. cit.*, p. 27.

⁴¹⁵ Véase Öneriyıldız v. Turkey [GC], nº 48939/99, §§ 59, 71, 90 y 93, CEDH 2004-XII.

Corte a apoyar su razonamiento en normas que emanan de otros órganos del Consejo de Europa, aunque esos órganos no representen a los Estados Partes en la Convención, ya sean mecanismos de supervisión u órganos de expertos. Para interpretar el alcance exacto de los derechos y libertades garantizados por la Convención, el Tribunal ha utilizado en diversas oportunidades el trabajo de la Comisión de Venecia cuyos informes realizados por expertos independientes gozan de una gran autoridad en materia electoral.⁴¹⁶

La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, más conocida, por su sede, como la Comisión de Venecia⁴¹⁷, es la institución consultiva del Consejo de Europa para temas constitucionales⁴¹⁸. Creada en 1990, es particularmente activa en el tema electoral, sobre todo en el diseño de la legislación electoral.⁴¹⁹ Desde 2002, su papel se ha visto reforzado por la creación del Consejo europeo para la Elecciones

⁴¹⁶ Véase Partido Conservador Ruso de Empresarios y Otros c. Rusia, núms. 55066/00 y 55638/00, §§ 70-73, 11 de enero de 2007; Partido Nacionalista Vasco - Organización Regional de Iparralde v. Francia, n.º 71251/01, §§ 45-52, CEDH 2007 - II, y Çiloğlu y otros v. Turquía, no. 73333/01, § 17, 6 de marzo de 2007), de la de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (véase, por ejemplo, Bekos y Koutropoulos v. Grecia, n. 15250/02, §§ 33-36, CEDH 2005-XIII; Ivanova v. Bulgaria, n.º 52435/99, §§ 65-66, 12 de abril de 2007; Cobzaru v. Rumanía, n. 48254/99, §§ 49-50, 26 de julio de 2007, y DH y otros contra la República Checa [GC], no 57325/00, §§ 59-65, 184, 192, 200 y 205, ECHR 2007- IV) y de los informes de la Unión Europea. n Comité para la Prevención de la Tortura y Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (ver, por ejemplo, Aerts v. Bélgica, 30 de julio de 1998, § 42, Informes de Sentencias y Decisiones 1998-V; Slimani v. Francia, no. 57671/00, §§ 22 y siguientes, ECHR 2004 - IX; Nazarenko v. Ucrania, no. 39483/98, §§ 94-102, 29 de abril de 2003; Kalashnikov v. Rusia, no. 47095/99, § 97, ECHR 2002 - VI; y Kadiķis v. Letonia (no. 2), no. 62393/00, § 52, 4 de mayo de 2006).

⁴¹⁷ La Comisión de Venecia cuenta con 57 Estados miembros: los 47 Estados pertenecientes al Consejo de Europa y otras diez naciones de Asia, América y África. Los países miembros del Consejo de Europa son: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania. El resto de los integrantes de la Comisión de Venecia son: Kirguistán, Chile, Corea del Sur, Marruecos, Argelia, Israel, Túnez, Perú, Brasil y México.

⁴¹⁸ Todo ello nos permite anticipar que, el llamado Derecho constitucional común europeo es descrito, en sustancia, como un proceso de homogeneización de la cultura constitucional en Europa; pero, por ello, aquí Derecho no designa Derecho objetivo, sino que está más bien por Ciencia del Derecho. Véase DÍEZ-PICAZO, Luis María. "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea." *op. cit.* p. 551

⁴¹⁹ Recomendación 1595, en la que insta al Comité de Ministros: "*de transformer le Code de bonne conduite en matière électorale en convention européenne, en tenant compte, le cas échéant, du projet de convention de l'ACEEEO et des travaux de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)/Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH)*". Véase GARCÍA-ESCUADERO, Pilar Baselga. "Garantías internacionales y derechos electorales: una aproximación bibliográfica." *Revista de las Cortes Generales*, 2011, pp. 565-588.

Democráticas⁴²⁰, que entre otros documentos elaboró el *Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral*, adoptado por la Asamblea parlamentaria en 2003.⁴²¹

Ahora bien, la Comisión es una instancia de reflexión independiente y reconocida internacionalmente. En materia electoral, ha realizado labores de asesoramiento, emitiendo dictámenes e incluso participando directamente en la redacción de textos legislativos⁴²². En el año 2002 se crea en el seno de la Comisión un Consejo de Elecciones Democráticas, en el que se ha contado con la colaboración de otras instituciones, como el Parlamento y la Comisión de la UE y la OSCE.⁴²³ De hecho, la creación de la Comisión de Venecia fue la respuesta, según LÓPEZ GUERRA, a una necesidad que se ha producido no solo en Europa, pero también en otros contextos de globalización del Derecho Constitucional.⁴²⁴

En realidad, el *soft law* se identificaba en su origen con “normas programáticas” cuyo contenido era esencialmente formulado a través de principios -o mejor recomendaciones- y cuyo objetivo era promover la práctica de los Estados en una determinada dirección.⁴²⁵ De hecho, los cambios sociales, económicos y políticos de la

⁴²⁰ Formado por miembros de la Comisión de Venecia, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y del Congreso de poderes locales y regionales de Europa.

⁴²¹ El *Código de Buena Conducta en Materia Electoral* fue aprobado por la Comisión de Venecia en su 52ª Sesión (18-19 de octubre de 2002), pretende ser una compilación de las normas del patrimonio electoral europeo orientada hacia la armonización del derecho vigente y servir de base para la evaluación de los procesos electorales de los distintos países. El 30 de enero de 2003, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una Recomendación para la transformación de este Código en una Convención Internacional. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a través de una Declaración de 13 de mayo de 2004, no ha dado aún curso a dicha recomendación, pero sí ha invitado a los Gobiernos, los Parlamentos y otras autoridades competentes de los Estados miembros a tener en cuenta este Código y a inspirarse en él, dentro del respeto a las tradiciones nacionales democráticas, para la elaboración y aplicación de las respectivas legislaciones electorales. Véase SÁNCHEZ MUÑOZ. Óscar. "Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada." *Tópicos electorales: un diálogo judicial entre América y Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2011, p. 239-330.

⁴²² Como los de Albania o Bosnia-Herzegovina.

⁴²³ SÁNCHEZ MUÑOZ. Óscar. "Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada." *op. cit.*, p. 330.

⁴²⁴ En efecto, los diversos procesos de transición a la democracia que se han venido produciendo en oleadas sucesivas en los últimos decenios (en la década de los setenta en la Europa del Sur, en la de los ochenta en América Latina, en la de los noventa en Europa Central y Oriental) han dado lugar a un fenómeno que quizás podríamos denominar de globalización del Derecho Constitucional, y que ha tenido como una de sus manifestaciones, la demanda (voluntaria, en mayor o menor medida) por parte de muchos países en transición, de asesoramiento externo o internacional, a la hora de diseñar nuevas instituciones y declaraciones de derechos. Véase LÓPEZ GUERRA, Luis María. "Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional." *Parlamento y Constitución. Anuario*, 12, 2009, p. 11-12.

⁴²⁵ A modo de simple referencia, en el área de las contrataciones internacionales que involucran activos de PI, los imperativos tecnológicos han forzado la adopción de soluciones ágiles y flexibles, v.g. la Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas, y otros Derechos

segunda mitad del siglo XX han dejado atrás los marcos tradicionales de creación de normas. El sistema de fuentes formales estatal está en crisis porque el discurso que genera no es suficiente para explicar la realidad jurídica cotidiana. Así, el fortalecimiento de nuevas subjetividades (tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno) produce nuevos actores con capacidad para la creación de reglas. En otras palabras, el sistema de fuentes formales ha sido desbordado por el sistema de fuentes materiales.⁴²⁶

A modo de conclusión, es importante resaltar que, aunque las normas *soft law* no tienen el carácter obligatorio de una Convención, llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades de las personas en temas de derechos políticos. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano encargado de la supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— ha manifestado en su Observación General n.º 5, que los instrumentos de *soft law* poseen “*una importancia fundamental y constituyen una guía particularmente valiosa para identificar más precisamente las obligaciones relevantes de los Estados*”. Por otro lado, a pesar de no ser de cumplimiento obligatorio, los instrumentos de *soft law* pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de Derecho internacional.⁴²⁷

Según ALONSO GARCÍA, está claro que intervenciones vía *soft law* pueden — en el caso, las recomendaciones de la Comisión de Venecia — ser tomadas en consideración para determinar si existe, y en qué grado, o no, responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por los posibles daños y perjuicios que a éstos hayan ocasionado

de Propiedad Industrial sobre Signos en Internet o la Política Uniforme son instrumentos que cumplen con el objetivo de crear un marco jurídico claro para los operadores que participan en Internet, aprovechando las oportunidades que ofrece el comercio electrónico. Véase BORETTO, Mónica M. “Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad intelectual.” *Ars Boni et Aequi*, 8.2, 2012, pp. 82-83.

⁴²⁶ Uno de los motivos para adoptar dispositivos de *soft law* es la de poder incluir a sujetos que no pueden suscribir tratados internacionales de acuerdo con las reglas de derecho internacional, a partes cuya competencia o jurisdicción es limitada o a sujetos que alguna de las partes no reconoce como sujetos de derecho internacional. Véase SANZ, Rafael, y André FOLLONI. “El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad.” *Revista de Direito Internacional*, 14.3, 2017, p. 256.

⁴²⁷ PALACIOS, Agustina, y Francisco Bariffi. “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos.” *Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid, 2007, p. 35.

comportamientos infractores de las autoridades⁴²⁸. Bien afirma RICARDO ALONSO GARCÍA que la ausencia de “valor normativo” de los informes y de efectos vinculantes no excluye *per se* ausencia de “efectos jurídicos”, admitido igualmente que el *soft law* puede ser objeto de control jurisdiccional indirecto.⁴²⁹

5.2.2 Los requisitos del sufragio activo

El TEDH, en tema de sufragio activo ha predicado un *escrutinio intenso*, pues que cualquier desviación del principio del sufragio universal corre el riesgo de socavar la validez democrática de la legislatura. Así, la exclusión de cualquier grupo o categoría de la población en general debe ser conciliable con los propósitos subyacentes del Artículo 3 del Protocolo No. 1.

Respecto de las dos dimensiones del voto, el Tribunal Europeo tuvo oportunidad de referirse al *sufragio activo* en el asunto *Matthews contra el Reino Unido, del 18 de febrero de 1999*.⁴³⁰ En dicha sentencia, el Tribunal resolvió sobre si el Reino Unido había establecido una restricción indebida al no permitirle a una residente de Gibraltar registrarse como votante en las elecciones al Parlamento Europeo de 1994, alegando que esta colonia no forma parte del Reino Unido sino de los dominios de Su Majestad la Reina. En su sentencia, el Tribunal determinó que el Reino Unido había violado el Convenio Europeo al abstenerse de organizar las elecciones al Parlamento Europeo debido a que se trata de un órgano legislativo y que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea es aplicable en Gibraltar.

En *Py contra Francia, de 15 de diciembre de 2000*, la Corte de Estrasburgo consideró que la historia y el estatuto de Nueva Caledonia eran tales que justificaban las restricciones impuestas al derecho de voto del solicitante - un proceso de autodeterminación que involucraba la participación de personas capaces de demostrar

⁴²⁸ Como claramente demuestra el papel despeñado en el marco del ordenamiento comunitario por el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual, aun no vinculando jurídicamente la Comunidad, vino funcionando desde la década de los setenta como esencial fuente inspiradora en la configuración de los derechos fundamentales por el TJUE. Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo. *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Civitas, Thomson Reuters, 2014, p. 27.

⁴²⁹ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El soft law comunitario." *Revista de Administración Pública*, 154, 2001, pp. 83-86.

⁴³⁰ Véase *Matthews contra Reino Unido*, sentencia del 18 de febrero, 1999.

vínculos suficientemente fuertes con el territorio cuyo futuro se decidiría. De hecho, sostuvo que el período mínimo de residencia de diez años para ser elegible para votar en las elecciones al Congreso en Nueva Caledonia no menoscabó la esencia misma del derecho de voto del solicitante, como lo garantiza el Artículo 3 del Protocolo No. 1, y que no había habido ninguna violación de esa disposición

Por fin, el TEDH decidió en el caso *Victor-Emmanuel de Saboya contra Italia*, de 24 de abril de 2003⁴³¹, que trataba de la exclusión del sufragio a los miembros de una dinastía real destronada, que el fundamento de las causas de inelegibilidad puede desaparecer de forma sobrevenida y devenir obsoleta más de cincuenta años después. La presentación de la demanda por el heredero real auspició la reforma constitucional italiana. El caso, bien afirman JAVIER GARCÍA ROCA y ALBERTO DALLA VÍA, nos permite mostrar la eficacia preventiva o disuasoria de las sentencias supranacionales que acaban por impulsar reformas normativas, incluso de rango constitucional.⁴³²

De hecho, el TEDH estableció, en el caso *Hirst contra el Reino Unido*, del 30 de marzo de 2004, que la restricción general, automática e indiscriminada al derecho de voto debe considerarse fuera de cualquier margen de apreciación aceptable, aunque ese margen sea amplio (con respecto a cada preso que no puede votar en una elección a la legislatura y cuya inelegibilidad surge únicamente en virtud de su condición de prisionero). El TEDH admitió que en este tema no existía un consenso normativo europeo - un *common background* - pero concluyó que la privación automática del sufragio de los presos con independencia del tipo de delito - es decir, sin tener debidamente en cuenta cuestiones relevantes como la duración de la sentencia del prisionero o la naturaleza y la gravedad de la ofensa - no tiene eficacia disuasoria y dificulta la posterior inserción de los presos en la comunidad, así como la función resocializadora de la pena.

En el caso *Aziz contra Chipre*, de 22 de junio de 2004, el TEDH analizó la prohibición del derecho al voto a los miembros de la comunidad turcochipriota, que no

⁴³¹ Se trató de un litigio en el que se daba una controversia entre la Disposición Transitoria XII y Final de la Constitución Italiana y el Convenio Europeo. La norma constitucional, aprobada en 1947 tras el referéndum sobre la forma de gobierno, excluía a los descendientes de la dinastía de los Saboya de ambas variantes de derechos electorales, de sus derechos a ocupar puestos como funcionarios públicos, y de los derechos de entrada y salida en territorio italiano.

⁴³² GARCÍA ROCA, Javier, y Alberto Ricardo DALLA VÍA. *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, La Ley, 2013, p. 90.

podían ser incluidos en el censo electoral grecochipriota. Un demandante de origen turcochipriota no pudo votar en las elecciones parlamentarias debido al art. 63 de la Constitución, que establecía dos censos separados e incompatibles entre turcochipriotas y grecochipriotas, y denunció que se le había impedido el ejercicio del derecho de voto sobre la base de su origen nacional, con vulneración de los arts. 3 del Protocolo 1 y 14 del Convenio.

Para el TEDH, aunque los Estados parte dispongan de un margen considerable para establecer, en el marco de su sistema constitucional, las normas que han de regir las elecciones legislativas y la composición de su Parlamento, estas normas no pueden excluir a determinadas personas o grupos de personas de la participación en la vida política del país y en especial de la elección del Parlamento.

En el caso *Frodl contra Austria*, 8 de abril de 2010⁴³³, el Tribunal sugirió que el único sistema compatible con la Convención será aquel en el que el juez decida, en un procedimiento judicial específico, acerca de la privación de derechos y solo cuando el delito pueda justificar la privación de derechos. Por ejemplo, quizás los crímenes contra el estado pueden ser apropiados aquí. En Austria, por ejemplo, la sentencia *Frodl* se ejecutó sin mayores problemas y en Irlanda el parlamento nacional inició reformas apropiadas sin que hubiera habido una sentencia específica del TEDH en su contra.⁴³⁴

En el caso *Greens y M.T. contra el Reino Unido*, de 23 de noviembre de 2010, la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos criticó la demora del Gobierno inglés en la implementación de la sentencia *Hirst*⁴³⁵, señalando las preocupaciones expresadas por el Comité Conjunto de Derechos Humanos. Según las estadísticas proporcionadas por la

⁴³³ Helmut Frodl, australiano fue condenado el 22 de diciembre de 1993 por asesinato y sentenciado a cadena perpetua. El 18 de octubre de 2002, interpuso una objeción contra el registro electoral local porque su nombre no había sido introducido en el mismo, a pesar de reunir las condiciones como, la edad, ciudadanía y residencia en la comunidad, debido a que los contenidos de la sección 22 de la Ley de de la Asamblea Nacional de elecciones eran contrarios, entre otros, al artículo 3o. del Protocolo 1 de la CEDH, tanto la autoridad electoral local, como la autoridad electoral distrital y la Corte Constitucional rechazaron los recursos.

⁴³⁴ DE LONDRAS, Fiona, y Kanstantsin DZEHTSIAROU. *Great Debates on the European Convention on Human Rights*. Macmillan International Higher Education, 2018, p. 468.

⁴³⁵ García Roca, Dalla Vía y García Vitoria hicieron un comentario extenso a la saga *Hirst*. Véase GARCÍA ROCA, Javier, y Encarna CARMONA CUENCA. *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 405-447.

Comisión de Igualdad y Derechos Humanos, había aproximadamente 70,000 prisioneros en el Reino Unido en febrero de 2009. Estimaron que más de 100,000 presos probablemente se habrían visto afectados por la prohibición en un momento u otro desde la sentencia del Tribunal en Hirst. En consecuencia, el Tribunal concluyó que el Estado demandado debería presentar propuestas legislativas para enmendar el artículo 3 de la Ley de 1983 y, en su caso, el artículo 8 de la Ley de 2002, dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización de *Greens* y *M.T. contra el Reino Unido* para lograr el cumplimiento de la sentencia del Tribunal en Hirst.

Sin embargo, en *Scoppola contra Italia*, del 22 de mayo de 2012, el TEDH sostuvo que la privación automática de derechos puede ser compatible con la Convención si no es general. Replanteando a *Frodl*, la Gran Cámara concluyó que, si bien la intervención de un juez puede ser deseable para garantizar la proporcionalidad de la restricción, no necesariamente será así si las circunstancias de dicha negación pueden ser detalladas en la norma, haciendo su aplicación condicional a factores como la naturaleza y la gravedad de la conducta cometida.⁴³⁶ En el caso italiano, los presos condenados a sentencias menores de tres años podían votar y, por lo tanto, el Tribunal no encontró una violación de la Convención.

Apenas en octubre de 2017 las autoridades del Reino Unido anunciaron que estaban planeando revocar la prohibición general del voto de los prisioneros de modo a permitir que aquellos condenados a menos de un año de prisión se vayan a casa por un día y voten⁴³⁷. Esto se hizo para garantizar el cumplimiento de la sentencia del TEDH en el caso de Hirst. Al gobierno del Reino Unido tardó doce años en presentar una propuesta que pusiera en línea la legislación inglesa con la jurisprudencia del TEDH, pero que aún no se ha ejecutado. En definitiva, la corteza de este problema no está en el impacto real de la legislación de votación de los prisioneros en las elecciones, es en general el euroescepticismo de las élites políticas británicas.⁴³⁸

⁴³⁶ EK, Collí, y Víctor MANUEL. "Derecho de voto y su negación, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y México." *Cuestiones constitucionales*, 29, 2013, pp. 349-361.

⁴³⁷ Disponible en <https://www.theguardian.com/society/2017/oct/29/government-planning-to-allow-some-prisoners-to-vote-european-court-human-rights>; Consulta: 18 de agosto de 2020.

⁴³⁸ Sin duda hay algunas zonas donde los legisladores de una sociedad se apegarán a sus propias costumbres o preferencias sin importar lo que piense la comunidad internacional. Los Estados Unidos han adoptado este tipo de postura con respecto a la propia pena de muerte. Aun así, hay muchas cuestiones legales controvertidas sobre la administración de la pena de muerte para las cuales es apropiada la orientación de *ius gentium*. La cuestión de si la Octava Enmienda prohíbe la pena de muerte para menores es una cuestión

Algunos parlamentarios, en realidad, aprovechan esta oportunidad para demostrar que son duros con el crimen. Tal retórica es meramente simbólica ya que esa privación de derechos - como subrayado - prácticamente no tiene efecto disuasorio y, en realidad, es poco probable que la amenaza de privación de derechos pueda tener algún éxito donde falla la amenaza de encarcelamiento.⁴³⁹

Además, tal y como señalan JAVIER GARCÍA ROCA, ALBERTO DALLA VÍA e IGNACIO GARCÍA VITORIA, es posible que la ejecución de la sentencia Hirst suscite problemas políticos para los gobiernos demandados porque los derechos políticos y electorales son especialmente delicados (debido a su directa conexión con el concepto de soberanía) y además se prestan a manipulaciones populistas.⁴⁴⁰

5.2.3 Los requisitos del sufragio pasivo

La participación mediante el sufragio supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad. Se trata igualmente de un derecho de doble dimensión que se reafirma tanto en el derecho del individuo, mediante su participación directa, como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho. El TEDH hizo un largo camino y decidió acerca de numerosos requisitos del sufragio pasivo: cuestiones como la nacionalidad, el conocimiento de lenguas, la ausencia de condenas penales y civiles, depósitos electorales, el deber de información patrimonial y otros, conforme veremos a continuación.

En el caso *Gitonas y otros contra Grecia, de 1 de julio de 1997*⁴⁴¹, el TEDH decidió que la implementación de restricciones electorales impuestas a los funcionarios

de este tipo. Otras sociedades no enfrentan exactamente esta pregunta, pero se han enfrentado a preguntas sobre derechos, dignidad y administración de la pena de muerte que están tan cerca de ello que sería grosero e irracional ignorar la guía de cualquier consenso alcanzado entre las naciones en este punto. Véase WALDRON, Jeremy. "Foreign law and the modern ius gentium." *Harv. L. Rev.*, 119, 2005, pp. 139-140

⁴³⁹ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. "Prisoner Voting and Power Struggle: a Never-Ending Story?" *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2017, p. 56.

⁴⁴⁰ GARCÍA ROCA, Javier, y Encarna CARMONA CUENCA. *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 405-447.

⁴⁴¹ El caso se originó en cinco solicitudes (números 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95 y 27755/95) contra la República Helénica presentadas ante la Comisión en virtud del artículo 25 (artículo 25) por cinco

públicos en las circunscripciones en que desempeñaban sus funciones no representaba una violación del Artículo 3 del Protocolo No. 1, aceptando la interpretación del Gobierno griego, que sostuvo que las restricciones establecidas por el artículo 56 párr. 3 de la Constitución tendían a preservar la neutralidad de la función pública, la independencia de los miembros del parlamento y el principio de la separación de poderes. En realidad, concluye el TEDH, al exigir a los funcionarios que desean presentarse como candidatos desalojar su cargo treinta y tres meses antes de las elecciones, la Legislatura no ha excedido el margen de apreciación otorgado a los Estados contratantes. El TEDH toma nota de que los puestos ocupados por los solicitantes no figuraban entre los mencionados expresamente en el artículo 56, párr. 3. Aún así, eso no les garantizaría el derecho a ser elegidos. De hecho, el TEDH reconoció que los puestos eran similares a los descritos en el párrafo 3 del Artículo 56 y sostuvo, al final, que no hubo anulaciones arbitrarias o desproporcionadas, y que no se frustró *"la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura"*.

Sin embargo, la sentencia del TEDH es problemática. Para iniciar, no se demostró en el caso que los solicitantes habían obtenido un beneficio de sus puestos o obtuvieron – como consecuencia – una ventaja ilegítima. De lo anterior merece destacarse el hecho de que el TEDH terminó por respaldar la creación jurisprudencial de una nueva restricción del derecho de sufragio pasivo. En verdad, una descalificación no contenida expresamente en el párrafo 3 del Artículo 56, a revelar la reprochable posibilidad de una interpretación extensiva de las causas de inhabilitación o de inelegibilidad.

Semejante a *Gitonas* es el caso *Ahmed y otros contra el Reino Unido*, de 2 de septiembre de 1998, en el que se discutían unas incompatibilidades de los funcionarios públicos locales a las elecciones locales, nacionales y a nivel europeo. Ahmed era un candidato laborista para la elección del distrito londinense de Enfield en 1990, pero se vio obligado a retirar su candidatura como resultado del Reglamento de los Oficiales de

ciudadanos griegos, el Sr. Konstantinos Gitonas, Mr Dimitrios Paleothodoros, Mr Nicolaos. El Sr. Gitonas presentó una solicitud ante la Comisión el 12 de junio de 1991, el Sr. Paleothodoros y el Sr. Sifounakis el 22 de noviembre de 1991, el Sr. Kavaratzis el 16 de mayo de 1995 y el Sr. Giakoumatos el 28 de mayo de 1995. Apoyándose en el artículo 3 del Protocolo nº 1 (P1-3), se quejaron de que su elección al Parlamento griego había sido anulada porque habían ocupado cargos públicos durante los tres años anteriores a la elección.

Gobierno Local (Restricciones Políticas).⁴⁴² Solicitó la eliminación de la descripción de su puesto de la lista de puestos con restricciones políticas. El Consejo confirmó que el Sr. Ahmed no había asistido a los comités durante los últimos doce meses, pero declaró que estaría “*involucrado en dar consejos a los comités en el futuro*”. El TEDH, por seis votos a tres, no entendió violados los arts. 10, 11 ni el art. 3 del Protocolo Adicional, sosteniendo que las restricciones respondían a una finalidad legítima, cual sea, asegurar la imparcialidad política de los funcionarios, cuya determinación caía dentro del margen de apreciación nacional y no violaban la esencia del derecho, puesto que “*cualquiera de los recurrentes que desee presentarse a la elección es libre de renunciar su puesto*”.

Otro aspecto relevante de la jurisprudencia del TEDH en tema de restricciones al derecho de sufragio pasivo es la necesidad de conocimiento de la lengua mayoritaria de un país miembro.

En el caso *Podkolzina contra Letonia*, de 9 de abril de 2002 la demandante fue eliminada de la lista de candidatos parlamentarios debido a su supuesta falta de conocimiento del idioma oficial del Estado. El Tribunal reconoció que una decisión que determinaba el idioma de trabajo del parlamento era, en principio, una facultad del Estado, algo a ser determinado por las consideraciones históricas y políticas propias del país. Sin embargo, se constató una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 porque el procedimiento aplicado a la solicitante para determinar su competencia en el idioma oficial era incompatible con los requisitos de equidad procesal y seguridad jurídica, dado que Podkolzina ya tenía un certificado de competencia lingüística, volviendo a ser examinada y además por un único examinador, por lo que la conclusión negativa alcanzada por las autoridades nacionales podría considerarse desproporcionada.

La exclusión del derecho de sufragio pasivo de los antiguos líderes comunistas en países ocupados por la URSS igualmente fue un importante tema sometido a la Corte de Estrasburgo.

⁴⁴² Los solicitantes sostuvieron que la introducción y aplicación del Reglamento constituía una injerencia injustificada en sus derechos de libertad de expresión (Artículo 10), de reunión (Artículo 11), y sus derechos a participar plenamente en el proceso electoral (Artículo 3 del Protocolo No.1).

En *Ždanoka contra Letonia*, de 16 de marzo de 2006, una líder del Partido Comunista de Letonia y Miembro del Parlamento Europeo, señora Tatjana Ždanoka, fue excluida, junto a otros ciudadanos, de unas candidaturas al Parlamento Nacional y a las elecciones locales en virtud de las previsiones legales que permitían, durante un período transitorio tras la independencia del país, excluir a los *antiguos líderes del régimen político comunista*. La demandante alegó, en particular, que su inhabilitación para presentarse a las elecciones al Parlamento letón y a las elecciones municipales violaba sus derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo nº 1 y los artículos 10 y 11 de la Convención⁴⁴³.

Con respecto al objetivo perseguido por la restricción impugnada, el Gobierno letón observó que la inhabilitación de Tatjana Ždanoka para presentarse a las elecciones se aplicaba a las personas que habían participado en organizaciones que, tras la declaración de la independencia de Letonia, se habían vuelto abiertamente contrarias al nuevo orden democrático y buscaban activamente restaurar el antiguo régimen comunista totalitario⁴⁴⁴. El Gobierno argumentó que la descalificación en disputa era de naturaleza preventiva y no requería prueba de acciones realmente peligrosas o antidemocráticas por parte de esas personas. Para concluir, el Gobierno subrayó, con referencia a *Rekvényi* (caso *Rekvényi contra Hungría*, de 20 de mayo de 1999), que el principio de una

⁴⁴³ En algunos casos más antiguos, se requirió en varias ocasiones a la antigua Comisión que considerara si la decisión de retirar los derechos electorales llamados "activos" o "pasivos" de un individuo por sus actividades anteriores constituía una violación del artículo 3 del Protocolo No. 1. En todos esos casos, la Comisión concluyó que no. Así, en los asuntos *X v. Los Países Bajos* (nº 6573/74, Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1974, DR 1, página 87) y *X v. Bélgica* (nº 8701/79, Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1979, DR 18, p. 250), declaró las solicitudes inadmisibles de dos personas que habían sido condenadas después de la Segunda Guerra Mundial de colaboración con el enemigo o "conducta no ciudadana" y, por ese motivo, se les privó permanentemente del derecho de voto. En particular, la Comisión consideró que "el objetivo de la legislación que priva a las personas condenadas por traición de ciertos derechos políticos y, más específicamente, el derecho de voto [es] garantizar que las personas que [han] abusado seriamente, en tiempos de guerra, de su derecho a participar en la vida pública de su país sean impedidas en el futuro de abusar de su derechos políticos de una manera perjudicial para la seguridad del Estado o los fundamentos de una sociedad democrática" (ver *X v. Bélgica*, p.253).

⁴⁴⁴ Refiriéndose a las resoluciones aprobadas en abril de 1990 por el 25 ° Congreso de la CPL, el Gobierno señaló que ese partido siempre había sido hostil al restablecimiento de la independencia de Letonia y que uno de sus principales objetivos era mantener al país dentro de la Unión Soviética. En consecuencia, la concesión de acceso a los órganos de supremo poder del Estado a personas que eran hostiles a la independencia de ese Estado podría comprometer la seguridad nacional.

"*democracia capaz de defenderse*" era compatible con la Convención⁴⁴⁵, especialmente en el contexto de las sociedades poscomunistas de Europa central y oriental.⁴⁴⁶

En el fallo, el TEDH revisa toda su jurisprudencia y reafirma que la democracia es el único modelo político contemplado en la Convención y, en consecuencia, el único compatible con ella⁴⁴⁷. Determina que la ley doméstica es clara y precisa al singularizar las personas excluidas y subraya que prevé la vigencia temporal de la medida y su revisión parlamentaria⁴⁴⁸. Así, amparándose en el margen de apreciación nacional, no se entiende violado el art. 3 del Protocolo Adicional por 13 votos a 4⁴⁴⁹.

Estrasburgo trató igualmente de la suspensión temporal del derecho de sufragio pasivo de candidatos supuestamente involucrados con actividades criminales.

⁴⁴⁵ Para el TC, cada vez que un Estado tiene la intención de confiar en el principio de "una democracia capaz de defenderse" para justificar la interferencia con los derechos individuales, debe evaluar cuidadosamente el alcance y las consecuencias de la medida considerada, para garantizar que se logra el equilibrio entre las prerrogativas de las autoridades públicas y la esfera jurídica inviolable de los individuos.

⁴⁴⁶ El artículo 17 del CEDH establece lo siguiente: *Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*. Para Tajadura Tejada, ello quiere decir que la utilización del derecho de asociación política para acabar con el sistema democrático es un abuso del derecho. El CEDH establece así límites claros a los partidos antidemocráticos. Dicho con otras palabras, establece límites a la tolerancia. Véase TAJADURA TEJADA, Javier. "La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos." *Boletín mexicano de derecho comparado*, 41.123, 2008, pp. 1431-1475.

⁴⁴⁷ Ver, entre muchos otros ejemplos, *United Communist Party of Turkey and Others*, § 45; *Refah Partisi (el Partido del Bienestar) y Others v. Turkey* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343 / 98 y 41344/98, § 86, ECHR 2003-II y, por último, *Gorzelik y otros c. Polonia* [GC], n. ° 44158/98, § 89, ECHR 2004-I.

⁴⁴⁸ Para el TC el pluralismo y la democracia se basan en un compromiso que requiere varias concesiones por parte de los individuos, que a veces deben estar preparados para limitar algunas de sus libertades a fin de garantizar la mayor estabilidad del país en su conjunto (Véase *Refah Partisi (Partido del Bienestar) y otros*, § 99). Con respecto a la implementación de medidas destinadas a defender los valores democráticos, el Tribunal declaró en *Refah Partisi (el Partido del Bienestar) y otros* que no se puede exigir que un Estado espere, antes de intervenir, hasta que un partido político haya tomado el poder y haya comenzado a tomar medidas concretas para implementar una política incompatible con las normas de la Convención y la democracia. El Tribunal admite que, cuando los tribunales nacionales hayan comprobado la presencia de tal peligro, tras un examen minucioso y sujeto a una rigurosa supervisión europea, el Estado podrá razonablemente impedir la ejecución de dicha política, que es incompatible con las disposiciones de la Convención. En la *Revista Española de Derecho Constitucional* hay un comentario de García Roca a este caso. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "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*, 65, 2002, pp. 295-334.

⁴⁴⁹ Para el TC, la necesidad de individualizar una medida legislativa que allegadamente infringe la Convención, y el grado de esa individualización cuando así lo exige la Convención, depende de las circunstancias de cada caso particular, y para que una medida restrictiva cumpla con el art. 3.P1, un grado menor de individualización puede ser suficiente, a diferencia de las situaciones relativas a una presunta infracción de los artículos 8 a 11 del Convenio.

A su vez, en el caso *Labita contra Italia*, de 6 de abril de 2000, el TEDH analizó la suspensión temporal del derecho de sufragio pasivo de un candidato supuestamente involucrado con actividades mafiosas. En síntesis, la Corte firmó que la suspensión del derecho de sufragio como medida cautelar - sin una sentencia - era una restricción desproporcionada y por eso incompatible con el sistema del Convenio. En conclusión, la Corte admitió que impedir la influencia de la mafia en los órganos representativos representaba un fin legítimo, pero definió que esos graves indicios de culpabilidad deberían ser confirmados en un proceso penal.⁴⁵⁰

Ahora bien, el tribunal debería – a partir de *Labita* – profundizar la discusión en torno al alcance del principio de presunción de inocencia y su conflicto con el deber/poder de enjuiciamiento penal otorgado por el Estado, principalmente cuando la restricción del derecho de sufragio pasivo se perfecciona como consecuencia secundaria de la condena penal no definitiva. Una discusión que pone en tela los valores fundacionales del Convenio y del Estado democrático de derecho a partir de la evolución histórica de las garantías penales y procesales. Sin embargo, el TEDH no extendió sus reflexiones acerca de esta discusión y generó alguna incertidumbre acerca de los límites de una “*presunción de culpabilidad*” advenida a partir de la sentencia penal.

En *Albanese contra Italia*, de 3 de julio de 2006, el TEDH estimó violado el art. 3 del Protocolo Adicional por una previsión normativa italiana de 1967 que excluía el derecho de sufragio pasivo de los condenados en procesos civiles de quiebra, al considerarse que esta medida era obsoleta y no tenía un fin legítimo.

La presunción de inocencia y su conexión con restricciones electorales fue discutida en *Dicle y Sadak contra Turquía*, de 16 de junio de 2015. Para la Corte, el artículo 6 § 2 protege el derecho de todos a ser “*presuntos inocentes hasta que se pruebe su culpabilidad de acuerdo con la ley*”. Como la Corte ha reiterado⁴⁵¹, considerada como una garantía procesal en el contexto de un juicio penal en sí, la presunción de inocencia

⁴⁵⁰ Por cierto, merece la pena señalar que el art. 23.2, del Pacto de San José de Costa Rica permite que la ley regule el ejercicio de los derechos políticos, entre otras razones, debido a la “*condena, por un juez competente, en un proceso penal*”. Por lo tanto, para esta Convención de Derechos Humanos, no existe ningún problema con la inelegibilidad que surge como un efecto secundario de una sentencia penal condenatoria, a pesar de que no sea firme.

⁴⁵¹ Véase *Allen c. El Reino Unido* [GC], no 25424/09, § 93, ECHR 2013.

impone requisitos respecto de, entre otras cosas, la carga de la prueba⁴⁵²; presunciones de hecho o de derecho⁴⁵³; y declaraciones prematuras del tribunal de primera instancia o de cualquier otra autoridad⁴⁵⁴ sobre la culpabilidad de un acusado⁴⁵⁵. Así, el razonamiento de la mayoría para llegar a la constatación de una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 está íntimamente relacionado con su punto de vista sobre la aplicación del artículo 6 § 2 del Convenio a los hechos del caso, en particular la retención de información sobre la condena original en el registro criminal después de la reapertura del procedimiento.

A su vez, la legislación que establece requisitos de residencia doméstica para un candidato parlamentario fue debatido en *Melnychenko contra Ucrania, de 19 de octubre de 2004*. El TEDH reconoció que tal requisito es compatible con el artículo 3 del Protocolo nº 1.⁴⁵⁶ Al mismo tiempo, consideró que la decisión de las autoridades ucranianas de denegar la inscripción al solicitante como candidato parlamentario incumplía con el Convenio, dado que la legislación nacional que rige la prueba de la residencia del candidato carecía de la certeza y precisión necesarias para garantizar al solicitante la protección adecuada contra el tratamiento arbitrario. El Tribunal igualmente observó que se pueden imponer requisitos más estrictos sobre la elegibilidad para presentarse a las elecciones al Parlamento que en el caso del derecho a votar. De hecho, si bien la prueba relativa al aspecto "*activo*" del artículo 3 del Protocolo núm. 1 suele incluir una evaluación más amplia de la proporcionalidad de las disposiciones legales que descalifican a una persona o a un determinado grupo de personas del derecho de voto, la prueba del tribunal en relación con el aspecto "*pasivo*" de la disposición anterior se ha limitado principalmente a comprobar la ausencia de arbitrariedad en los procedimientos internos que conducen a la inhabilitación de un individuo para presentarse como candidato.

En Podkolzina y Melnychenko, ambas citadas anteriormente, la Corte afirmó que las restricciones impuestas para cumplir, respectivamente, el idioma y la residencia como

⁴⁵² Véanse Barberà, Messegué y Jabardo c. España, 6 de diciembre de 1988, § 77, serie A, nº 146, y Telfner c. Austria, nº 33501/96, § 15, 20 de marzo de 2001.

⁴⁵³ Véanse Salabiaku c. Francia, 7 de octubre de 1988, § 28, Serie A No. 141-A, y Radio France y otros c. Francia, no. 53984/00, § 24, ECHR 2004-II.

⁴⁵⁴ Véase Daktaras v. Lituania, Nº 42095/98, § 42, ECHR 2000-X, Butkevičius v. Lituania, Nº 48297/99, §49, ECHR 2002-II, y Gutsanovi v. Bulgaria, no.34529 / 10, §§191 y 193, ECHR 2013.

⁴⁵⁵ Véase Allenet de Ribemont contra Francia, 10 de febrero de 1995, §§ 35-36, y Nešťák v. Slovakia, Nº 65559/01, § 88, 27 de febrero de 2007.

⁴⁵⁶ Todos los opositores demócratas estaban en el extranjero exilados.

requisitos para ejercer el derecho de sufragio pasivo, son en sí mismos perfectamente aceptables desde el punto de vista de la Convención. No obstante, la exclusión de grupos o categorías de personas y la exigencia de gravosos y desproporcionados requisitos a las candidaturas pueden configurar elementos de arbitrariedad.

En *Rekvényi contra Hungría*, de 20 de mayo de 1999, la Corte no reconoció a una violación de la Convención porque consideró la legislación nacional suficientemente clara y precisa en cuanto a la definición de las categorías de personas afectadas por la restricción de sufragio pasivo (miembros de las fuerzas armadas, la policía y los servicios de seguridad) y en cuanto a el alcance de la aplicación de la restricción legal impugnada, el objetivo subyacente del estatuto de excluir a todo el grupo de las actividades políticas era compatible con los requisitos de proporcionalidad en virtud de los artículos 10 y 11 del Convenio.

Años más tarde, sin embargo, el TEDH superó la decisión adoptada en *Rekvényi contra Hungría* para afirmar, en *Ādamsons contra Letonia*, de 24 de junio de 2008⁴⁵⁷, que una legislación electoral restrictiva dirigida a ex "Oficiales" de la KGB, teniendo en cuenta las amplias funciones de esa agencia, era un concepto demasiado amplio y que una restricción de los derechos electorales de un miembro de ese grupo debería adoptar un enfoque caso a caso que permita tener en cuenta cada conducta efectivamente individualizada.

En *Krasnov y Skouratov contra Rusia* de 19 de julio de 2007, el TEDH resuelve las demandas de dos ciudadanos rusos que han visto rechazadas sus candidaturas electorales porque habían proporcionado informaciones imprecisas sobre sus actividades profesionales y pertenencia al Partido Comunista de la Federación Rusa.⁴⁵⁸ El TEDH anotó que la falta de un “clara base legal” para las decisiones de las autoridades nacionales - en el caso de la exclusión electoral del Sr. Skuratov - generó el incumplimiento del estándar de legalidad y previsibilidad del Convenio, un estándar que requiere que todas

⁴⁵⁷ El caso se refiere a la descalificación del solicitante de presentarse a las elecciones debido a su servicio anterior en las fuerzas de la Guardia Fronteriza de la Unión Soviética, que estaban subordinadas a la KGB, y su eliminación de la lista electoral del partido del que era entonces vicepresidente.

⁴⁵⁸ El sr. Krasnov había afirmado que era presidente de un consejo del distrito de Moscú - cuando ya había dejado de serlo - mientras que el Sr. Skuratov no había dicho que realizaba tareas docentes en la Universidad - sino sólo que era director del departamento de derecho Constitucional y no había añadido el boletín de afiliación al Partido Comunista (aunque sí había dicho que estaba afiliado a este partido).

las leyes sean lo suficientemente precisas para permitir a la persona, si es necesario, prever sus consecuencias.

En el caso *Partido Ruso Conservador de los Empresarios contra Rusia, de 18 de enero de 2007*⁴⁵⁹, el TEDH decidió que el requisito de enviar información sobre la propiedad, los ingresos y las fuentes de ingresos del candidato no es arbitraria ni irrazonable y sirve para permitir a los votantes una toma de decisión informada, promoviendo la imparcialidad general de las elecciones. A pesar de ello, la Corte observó que el artículo de la Ley Electoral rusa que preveía la descalificación de toda la lista de candidatos en caso de retiro de uno de los tres candidatos principales – por discrepancia sustancial en sus presentaciones financieras – era desproporcionada con respecto a los objetivos legítimos perseguidos, a saber, garantizar la veracidad de la situación financiera de los candidatos y promover la integridad de los bloques electorales. La Corte observó que la descalificación de candidatos y alianzas electorales enteras por razones no relacionadas con su conducta afectaba indebidamente el derecho de sufragio pasivo – nótese, independientemente de los motivos para la retirada de un candidato de los tres primeros - y era contrario al principio jurídico *nulla poena sine culpa*. De ello se desprende que ha habido una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 con respecto a la parte demandante y al segundo solicitante.

El tema de la proporcionalidad en la anulación total o parcial de listas de candidatos y la necesidad de la individualización de conductas volvió a Estrasburgo en diversos casos demandados contra el Reino de España presentadas ante la Corte en virtud del artículo 34⁴⁶⁰ del Convenio: Herri Batasuna y Batasuna contra España, de 30 de junio

⁴⁵⁹ El caso se originó en dos solicitudes (números 55066/00 y 55638/00) contra la Federación Rusa presentadas ante la Corte en virtud del artículo 34 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ("la Convención") por el Partido conservador ruso de empresarios ("la parte demandante") y dos ciudadanos rusos, el Sr. Aleksandr Anatolyevich Zhukov ("el segundo demandante") y el Sr. Viktor Sergeyevich Vasilyev ("el tercer solicitante"), los días 8 y 22 de febrero de 2000. Los solicitantes alegaron una violación del derecho del partido demandante y del segundo solicitante a presentarse a las elecciones y una violación del derecho del tercer demandante a emitir su voto para el partido de su elección. El partido demandante también se quejó de la negativa de las autoridades nacionales a devolver el depósito electoral. Finalmente, todos los solicitantes se quejaron de que no tenían un recurso efectivo respecto de las presuntas violaciones de sus derechos.

⁴⁶⁰ La Corte reitera que el artículo 34 de la Convención impone a los Estados contratantes la obligación de no obstaculizar el derecho de petición individual. Si bien la obligación impuesta es de naturaleza procesal, distinguible de los derechos sustantivos establecidos en la Convención y los Protocolos, de la esencia de este derecho procesal se desprende que las personas pueden presentar una queja por su presunta infracción en los procedimientos de la Convención. El Tribunal también subraya que el compromiso de no obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho de solicitud individual excluye toda injerencia en el derecho del individuo

de 2009; Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros contra España, de 30 de junio de 2009; Herriarren Zerrenda contra España, de 30 de junio de 2009; y Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) contra España, de 7 de diciembre de 2010.

Como es conocido, la aprobación de la LOPP en España condujo a la ilegalización de Batasuna y de sus antecesores Herri Batasuna y Euskal Herriarrok.⁴⁶¹ La disolución fue decretada⁴⁶² por el Tribunal Supremo (TS) y avalada por el TC⁴⁶³. Tanto Batasuna como Herri Batasuna presentaron una demanda ante el TEDH el 19 de julio de 2004, admitiéndose parcialmente las demandas el 11 de diciembre de 2007 y dictándose sentencia el 30 de junio de 2009, que devino definitiva el 6 de noviembre de 2009 al no aceptar el Tribunal el recurso presentado por los partidos ilegalizados para que conociera del asunto la Gran Sala.

En *Herri Batasuna y Batasuna contra España, de 30 de junio de 2009*, los partidos disueltos invocaron los artículos 10 (libertad de expresión) y 11 (derecho de asociación) del CEDH⁴⁶⁴ ya que entendían que la LOPP no era ni accesible ni previsible al ser una ley “*ad hoc*”, ser su aplicación retroactiva y carecer la disolución de fin legítimo al tener como objetivo la eliminación del debate político y la privación de la libertad de expresión de los demandantes. Entendían que la medida tampoco era necesaria para una sociedad democrática y vulneraba el principio de proporcionalidad.

a presentar y presentar su denuncia ante el Tribunal de manera efectiva (véase Chaykovskiy contra Ucrania, n. ° 2295/06, § 84, 15 de octubre de 2009, con más referencias).

⁴⁶¹ Para Pérez-Moneo, a pesar de la idoneidad para la consecución del fin, el iter procesal aquí resulta poco apropiado para el conocimiento de un asunto sumamente delicado en un Estado democrático de Derecho como es la participación en la contienda electoral. La recomendación del Tribunal Constitucional de encontrar un mejor camino legislativo para la impugnación de las agrupaciones de electores que persiguen suceder a un partido ilegalizado no deja de ser un *desideratum* en la práctica casi irrealizable, por la propia esencia de las agrupaciones de electores, que no existen si no es en el seno de los procesos electorales y que, difícilmente, podrían ser controladas de forma ajena a los mismos. Véase PÉREZ-MONEO, Miguel. "Aukera Guztiak y la sucesión de Batasuna: un nuevo episodio de la ilegalización de partidos: la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2005 y la STC 68/2005." *Revista española de derecho constitucional*, 25.74, 2005, pp. 395-414.

⁴⁶² STS de 27 de marzo de 2003.

⁴⁶³ Sentencias 5/2004, Batasuna, y 6/2004, Herri Batasuna, de 16 de enero.

⁴⁶⁴ La Corte observa desde el principio que, a pesar de su papel autónomo y ámbito particular de aplicación, el artículo 11 también debe considerarse a la luz del artículo 10. La protección de la opinión y la libertad de expresarla es uno de los objetivos de las libertades de asamblea y asociación consagradas en el Artículo 11. Esto se aplica aún más con relación a los partidos políticos en vista de su papel esencial para asegurar el pluralismo y el funcionamiento adecuado de la democracia. Véase Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu contra Romania, n. ° 46626 / 99, § 44.

Para el TEDH, todavía, la LOPP “definía de manera suficientemente precisa la organización y el funcionamiento de los partidos políticos, así como los comportamientos susceptibles de provocar su disolución o suspensión judicial”.⁴⁶⁵ Además, el TEDH acepta que existe una “necesidad social imperiosa”⁴⁶⁶ para disolver un partido si se dan las tres condiciones siguientes: si hay indicios que demuestren suficiente y razonablemente que el riesgo de atentar contra la democracia es próximo; si los actos y discursos de los dirigentes y miembros del partido político tomados en cuenta en la disolución son imputables al conjunto del partido; si los actos y discursos imputables al partido proporcionan una imagen clara de un modelo de sociedad concebido por el partido en contradicción con la concepción de una “sociedad democrática”. De lo anterior, el TEDH exige dos condiciones para que un partido propugne un cambio del ordenamiento constitucional y legal de un Estado: los medios para ello han de ser siempre legales y democráticos y el cambio propuesto debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales. De lo que se sigue “que un partido político cuyos líderes inciten a utilizar la violencia o propongan una política incompatible con una o más reglas de la democracia o tiene por objetivo la destrucción de la democracia y la vulneración de los derechos y libertades protegidos en una democracia, no puede reclamar la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por tales razones”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ En cuanto a la acusación de aplicación retroactiva para HB de la ley, se entendió que, si bien los hechos probados sólo afectan a Batasuna, al haber quedado probada por los tribunales españoles la continuación del mismo proyecto político a través de personas jurídicas sucesivas, la queja afecta a ambos demandantes. En todo caso, la retroactividad sólo estaría prohibida en los procesos penales y los hechos probados, además, eran todos posteriores a la entrada en vigor de la LOPP.

⁴⁶⁶ Concluyendo acerca de la existencia de una relación entre los partidos demandantes y ETA.

⁴⁶⁷ Por ello, en el caso del Partido del Bienestar, de 2001, el TEDH avaló la disolución, además de por otras causas relativas al intento de imponer límites a la libertad religiosa y de vulnerar el derecho a la igualdad, por entender que “aunque es cierto que los líderes de Refah [Partido del Bienestar] no han llamado, en documentos gubernamentales, al uso de la fuerza y de la violencia como arma política, tampoco han dado inmediatos pasos prácticos para distanciarse de aquellos militantes del partido que han aprobado públicamente la posibilidad de utilizar la fuerza contra los políticos que se opongan a ellos. Consecuentemente, los líderes de Refah no han aclarado la ambigüedad de tales declaraciones sobre la posibilidad de recurrir a métodos violentos para conseguir el poder y retenerlo”. De la misma forma, el TEDH tuvo en cuenta para avalar la disolución la difusión en las sedes del partido de vídeos con declaraciones que evidenciaban odio hacia los oponentes del régimen islámico, por lo que perdían el derecho a que la sociedad tolerara tales conductas. Un elemento final, que potenciaba los argumentos anteriores, es para el TEDH que los objetivos políticos del partido no eran teóricos ni ilusorios sino conseguibles por la influencia y fuerza electoral del partido, como el Partido del Bienestar en Turquía que tenía la tercera parte de los escaños parlamentarios, lo que hacía que el peligro de tales objetivos para el orden público fuera más tangible e inmediato. Incluso, el TEDH rechazó como prueba exculpatoria la expulsión de determinados militantes, pues entendió que lo fueron para intentar precisamente evitar la disolución. Véase VÍRGALA FORURIA, Eduardo. “El TEDH avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia).” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7.13, 2010, pp. 415-436.

Para RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, los recursos contra la prohibición en España de los partidos políticos Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Herritarrok fracasaron ante el TEDH por una razón muy clara: el derecho interno español dispensaba a los derechos fundamentales cuya vulneración fue alegada una protección claramente mayor que la que se desprende de la CEDH. Superado el control interno – sobre todo, el control de constitucionalidad – poco podía añadir un Tribunal como el de Estrasburgo, que debía aplicar un parámetro de control notablemente menos estricto.⁴⁶⁸

Aplicando esa misma jurisprudencia al caso *Etxebarria y otros contra España*, de 30 de junio de 2009, el TEDH confirma el entendimiento que la Ley española en ningún caso pretende la prohibición de ideas independentistas. Los demandantes planteaban que la previsión legal, en todo caso, iría dirigida a la prohibición de todas las expresiones políticas del independentismo vasco, de forma que la presencia de un solo miembro de los partidos disueltos contaminaría a toda la lista, no siendo la medida proporcionada al fin perseguido. La última alegación de los demandantes era la referida al art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) al afirmar que el procedimiento contencioso-electoral español no representaba un recurso efectivo – fundamentalmente por la brevedad de los plazos.⁴⁶⁹

El TEDH reconoce, por fin, que los plazos establecidos en la legislación electoral española son breves, pero recuerda que la situación actual en Europa es muy diversa. Por lo tanto, el plazo previsto en España no sería un ejemplo aislado o una solución manifiestamente irrazonable en relación con la mayoría de los demás Estados europeos. Por el contrario, el caso español – junto al de Portugal – constituye una excepción al permitir acudir en última instancia al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo electoral. Concluye que no hay vulneración del CEDH - como el TC dice que tampoco la hay de la Constitución – pero reconoce los graves problemas que plantea el contencioso-electoral español en la materia y que deberían corregirse de forma

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Ángel. "Batasuna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: protección «multinivel» de derechos en Europa y régimen de los partidos políticos en España." *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35, 2010, p. 216.

⁴⁶⁹ El problema fundamental es el escaso tiempo concedido para que el TS resuelva las impugnaciones de candidaturas (dos días) y para que los afectados recurran en amparo (dos días) y el TC sentencie finalmente (tres días).

inminente para garantizar una adecuada defensa a las candidaturas impugnadas por vinculación con bandas terroristas o partidos políticos ilegalizados.

La sentencia de *Herritarren Zerrenda contra España, de 30 de junio de 2009* tiene en su origen la anulación de la candidatura a las elecciones de 2004 al Parlamento europeo de una agrupación de electores. La candidatura fue anulada por el TS⁴⁷⁰, lo que fue posteriormente ratificado por el TC⁴⁷¹. La agrupación de electores demandó a España y alegaba el mismo tipo de vulneración de derechos que el planteado por *Etxeberria y otros*, resuelto en la sentencia antes comentada. El TEDH, por tanto, se limita a remitirse a dicha sentencia sin añadir ningún argumento adicional.

En el asunto *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) contra España, de 7 de diciembre de 2010*, el partido demandante se quejaba de haber sido privado de la posibilidad de presentar algunas de sus candidaturas electorales a las elecciones al Parlamento de la Comunidad foral de Navarra⁴⁷², lo que atentaría de manera arbitraria y desproporcionada a la libertad de expresión y de opinión⁴⁷³. El Tribunal constata que, del contexto político existente en España, resulta que la medida litigiosa no respondía a una intención de prohibir toda manifestación de ideas separatistas. Por lo tanto, considera que su propia jurisprudencia, según la cual la expresión de puntos de vista separatistas no implica *per se* una amenaza contra la integridad territorial del Estado y la seguridad nacional ha sido respetada⁴⁷⁴. Por consiguiente, la Tribunal estima que la restricción litigiosa es proporcionada al fin legítimo perseguido y que, en ausencia de arbitrariedad, no atentó contra la libre expresión de la opinión del pueblo. Por tanto, no hubo violación del artículo 3 del Protocolo nº 1.

⁴⁷⁰ Sentencia de 21 de mayo de 2004.

⁴⁷¹ Sentencia 99/2004, de 27 de mayo.

⁴⁷² El partido demandante observó, no obstante, que el Tribunal Constitucional no efectuó ningún análisis individualizado de las candidaturas para probar la materialización, en el seno de cada una de ellas, de la intención de defraudar las sentencias que declararon la ilegalidad de los partidos disueltos, dando continuidad a la actividad de dichos partidos. En efecto, para el partido demandante, ningún elemento objetivo entre los considerados por el TS y el TC en sus sentencias puede ser considerado como prueba de la existencia de una “*maniobra fraudulenta*”. Critica también la aplicación, en este caso, de otros elementos subjetivos tales como el “porcentaje significativo” de candidatos “contaminados” en una candidatura.

⁴⁷³ El Gobierno de modo a justificar la anulación de determinadas candidaturas remite al artículo 12 de la LOPP, relativo al fraude de ley cometido por la creación o la utilización de un partido que existe para suceder o dar continuidad a un partido declarado ilegal y disuelto. El Gobierno estimó, por fin, que no se trata de una restricción injustificada al derecho de voto susceptible de vulnerar su contenido esencial, sino de la aplicación de todas las consecuencias de la disolución de un partido político frente a las tentativas de darle continuidad a través de las candidaturas presentadas con este fin.

⁴⁷⁴ Véase Organización macedoniana unida Ilinden y otros contra Bulgaria, de 19 de enero de 2006, § 76.

La opinión disidente la juez Gyulumyan afirmó, sin embargo, que el Tribunal habría debido seguir la jurisprudencia establecida por los asuntos *Ādamsons* contra Letonia, de 24 de junio de 2008 y *Selim Sadak y otros* contra Turquía, de 11 de junio de 2002⁴⁷⁵, según la cual “*una restricción de los derechos electorales de sus miembros debe seguir un estudio individualizado que permita tener en cuenta su comportamiento real*”. Argumentó de igual forma que la necesidad de esta individualización es cada vez más importante y que la sentencia del Tribunal Constitucional español no comportó un análisis suficientemente detallado de las candidaturas electorales. Para la juez Gyulumyan, cada lista de candidatos presentada por EAE-ANV a las elecciones del 27 de mayo de 2007, constituye un caso diferenciado y debería ser considerada separadamente. En definitiva, el Tribunal Constitucional reconoció que EAE-ANV no es un partido político que sucede al partido Batasuna, declarado ilegal⁴⁷⁶ y, por tanto, antes de la disolución, la prohibición de participar en las elecciones atentó contra la libertad de reunión.

La opinión parcialmente disidente de la juez Power también hizo hincapié en el argumento de que la anulación de 133 candidaturas presentadas por el partido demandante ha “*afectado directamente*” a éste, y “*constituyó un importante atentado contra la*

⁴⁷⁵ En este caso, los demandantes se quejaron de que se habían visto obligados a abandonar sus escaños parlamentarios tras la disolución del Partido Demócrata (“DEP”) por parte del Tribunal Constitucional. El Gobierno turco sustentó que el artículo 3 del Protocolo núm. 1 se aplicaba únicamente a las elecciones legislativas y que la palabra “*legislatura*” debía interpretarse de acuerdo con la estructura constitucional del Estado. Reiteró que el decomiso de los escaños parlamentarios de los demandantes había sido consecuencia de la disolución del DEP de conformidad con las disposiciones de la Constitución. Esa medida persigue varios objetivos legítimos, a saber, la protección de la seguridad pública y la seguridad nacional, así como la preservación del sistema democrático y la integridad territorial. Al evaluar la proporcionalidad de esa medida, el TEDH consideró importante señalar que la confiscación automática de los escaños parlamentarios de los solicitantes fue consecuencia de la disolución del partido político del que formaban parte y se produjo independientemente de sus actividades políticas personales, concluyendo que la pena impuesta a los demandantes por el Tribunal Constitucional no puede considerarse proporcionada a ningún objetivo legítimo invocado por el Gobierno. Por lo tanto, considera que la medida en cuestión era incompatible con la esencia misma del derecho de los demandantes a ser elegido y a sentarse en el Parlamento de conformidad con el artículo 3 del Protocolo n.º 1.

⁴⁷⁶ También en España la reforma constitucional es ilimitada ya que no existen cláusulas de intangibilidad. Ello le ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que estamos en un modelo de democracia abierta y que, por tanto, «cualquier proyecto u objetivo [de un partido político] se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos» (STC 48/2003, de 12 de marzo, en relación a la ilegalización de Batasuna). Sin embargo, el hecho de que la Constitución admita su reforma total, y luego casi la imposibilite en las materias incluidas en el art. 168, no es sino un modo de negar su indiferencia ideológica y de mostrar su beligerancia en defensa del régimen democrático que establece, de sus valores, de sus opciones y de su pluralismo ideológico. Véase SAENZ ROYO, Eva. “¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referendums a la luz de la experiencia irlandesa.” *Revista de Derecho Constitucional Europeo, Granada*, año 10, 2013, p. 251.

comunicación práctica y efectiva de sus ideas en el marco de las elecciones públicas, así como a la utilidad de su contribución al debate político puesto que, en la práctica, la mayor parte de su programa ha sido desmantelado y la mayor parte de sus micrófonos han sido cerrados". Afirma que cualquiera que sea el ángulo desde el que se observe, el hecho de que el Estado llegue a "silenciar" prácticamente a un partido no violento y legal, procediendo a la anulación de la mayor parte de sus candidaturas, constituye una grave injerencia en la libertad de expresión de este partido. Por fin, visto el contexto global de este asunto – un partido político legalmente reconocido que apoya de manera justa, democrática y no violenta los fines separatistas vascos – afirmó que el nivel de "control" ejercido por la mayoría ha sido "verdaderamente mínimo", un deterioro preocupante del nivel de protección asegurado por el Tribunal en el marco de su examen de las alegadas vulneraciones del artículo 10.

En *Sukhovetsky contra Ucrania*, de 28 de marzo de 2006, el TEDH decidió si el requisito de pagar un depósito electoral para presentarse en las elecciones parlamentarias nacionales - que no era reembolsable a los candidatos no elegidos - era una interferencia desproporcionada con el derecho del Artículo 3 del Protocolo No 1 de la Convención.⁴⁷⁷ El TEDH observó que la introducción del depósito fue una medida general no dirigida específicamente al solicitante en este caso, aunque tuvo consecuencias obvias para él y otras personas en una situación similar. La Corte concluye, por lo tanto, que el depósito exigido al solicitante no pudo considerarse excesivo o que constituye una barrera administrativa o financiera insuperable para un candidato que desea ingresar a la contienda electoral, y aún menos un obstáculo para la aparición de corrientes políticas suficientemente representativas o una injerencia en el principio del pluralismo.

⁴⁷⁷ El Tribunal Constitucional ucraniano sostuvo que el depósito electoral no era una limitación directa o indirecta del derecho a presentarse a las elecciones, ya que no predeterminaba el derecho del ciudadano a elegir o ser elegido. El depósito no era más que una condición previa para el registro del candidato por parte de la comisión electoral. Todos los candidatos tenían que pagar la misma cantidad, independientemente de su situación financiera, y por lo tanto no podía considerarse discriminatoria por motivos de propiedad. El depósito electoral tenía por objeto alentar una actitud responsable hacia las elecciones por parte de los posibles candidatos y evitar un abuso de los derechos electorales. Además, su objetivo era evitar gastos excesivos o irrazonables de los fondos estatales asignados para cubrir los costos de los candidatos. No obstante, el solicitante sostuvo que el monto del depósito en el momento material privó al 80% de la población de Ucrania, que vivía por debajo del umbral de la pobreza, de la posibilidad de presentarse a las elecciones. Por lo tanto, en opinión del demandante, esta medida era desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos.

Otro importante precedente de la jurisprudencia de Estrasburgo trató acerca de la adopción tardía de enmiendas sustanciales a la ley electoral.

En *Ekoglasnost contra Bulgaria*, de 6 de noviembre de 2006, el TEDH sostuvo, por mayoría, que hubo una violación del artículo 3 del Protocolo No. 1 del Convenio. El caso se refería a la incapacidad de Ekoglasnost, un partido político búlgaro, de presentar dos documentos requeridos por una ley electoral, promulgada poco antes de las elecciones parlamentarias en junio de 2005, para viabilizar la participación de sus candidatos. El Tribunal determinó que, en este caso, el período de un año defendido por la Comisión de Venecia para la adopción de enmiendas sustanciales a la ley electoral no había sido observado. La adopción de nuevas condiciones para participar en una elección, justo antes de la fecha de la encuesta, tuvo el efecto de descalificar a las partes que disfrutaban apoyo popular y así beneficiar formaciones políticas que ya están en el poder.

En *Tănase contra Moldavia*, de 27 de abril de 2010, el TEDH analizó la Ley moldava que prohíbe a las personas con múltiples nacionalidades sentarse como miembro del Parlamento. Esta ley se introdujo un año antes de las elecciones generales y fue el tercer aspecto de un paquete de reforma electoral, cuyas otras medidas consistieron en elevar el umbral electoral y prohibir los bloques electorales. En su evaluación el TEDH consideró la práctica de otros Estados miembros del Consejo de Europa y otros métodos disponibles para el Gobierno para garantizar la lealtad de los parlamentarios, como exigirles tomar un juramento. Sostuvo, además, que la introducción de la prohibición, en el caso particular, poco antes de las elecciones, en un momento en que el porcentaje de votos del partido gobernante estaba en declive, militaba aún más en contra de la proporcionalidad de la medida.

A guisa de conclusión, el TEDH realiza un escrutinio más estricto sobre las medidas limitadoras que afectan el derecho de sufragio activo que cuando está en juego el derecho de sufragio pasivo. Es lo que GARCÍA ROCA⁴⁷⁸ ha llamado la “teoría de las escalas en el control europeo”: de una parte, para el sufragio activo considerará: (i) si las condiciones restrictivas vienen impuestas por la ley; (ii) si no menoscaban el derecho de

⁴⁷⁸ De más control a menos: sufragio activo, sufragio pasivo, procedimiento electoral, sistemas electorales. Véase GARCÍA ROCA, Javier. "Aportaciones fragmentarias a la representación política del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una teoría liberal-democrática." *op. cit.*, p. 281.

que se trata hasta el punto de afectar a su esencia y privarle de su efectividad; (iii) si persiguen un fin legítimo; y (iv) si las medidas empleadas no se revelan desproporcionadas. De otra parte, para el sufragio pasivo, el TEDH limitase se a verificar la ausencia de arbitrariedad de los procedimientos internos que conducen a la privación de la condición de elegible.⁴⁷⁹

De lo anterior, el TEDH utiliza estándares diferentes para determinar si otorga un margen de apreciación estrecho o amplio a las autoridades nacionales. Estas normas a veces se usan individualmente, a veces en combinación y a veces es difícil ver cómo el Tribunal ha combinado estos estándares para justificar su conclusión. Efectivamente, una forma de establecer estándares comunes es hacer comparaciones de lo que hacen los otros estados miembros, y permitir solo un estrecho margen de apreciación cuando existe un consenso sustancial. Este es el más claro de los estándares, tanto en términos de sus fundamentos teóricos y su efecto en los resultados de los casos.⁴⁸⁰

5.2.4 La inexistencia de un único modelo de Administración y procedimiento electorales

La Corte ha enfatizado que es importante que las autoridades a cargo de la administración electoral funcionen de manera transparente y que mantengan su imparcialidad e independencia de la manipulación política

En *Partido Laborista de Georgia contra Georgia*, de 8 de julio de 2008, la parte demandante alegó, en particular, violaciones de sus derechos en virtud del artículo 3 del Protocolo núm. 1 y el artículo 14 de la Convención durante las repetidas elecciones parlamentarias del 28 de marzo de 2004 como resultado de los mecanismos electorales nacionales y la privación de derechos de facto de unos 60.000 votantes en dos distritos electorales. Preocupó el TEDH el hecho de que la Comisión Electoral Central canceló los

⁴⁷⁹ PÉREZ ALBERDI, María Reyes. "La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos." ob. cit., p. 355.

⁴⁸⁰ Cuando el Tribunal se basa en estándares extraídos de la práctica común de los estados partes, lleva consigo el peso de la tradición legal de todo el sistema europeo. También proporciona una base para la evolución de los derechos que se incorporarán a las disposiciones generales de la Convención. Finalmente, proporciona una orientación relativamente objetiva para la interpretación de esas disposiciones. Véase O'DONNELL, Thomas A. "The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights." *op. cit.*, p. 479-484.

resultados del distrito electoral de Khulo y Kobuleti en su totalidad⁴⁸¹ sin escuchar testimonios, sin investigar las circunstancias en cada precinto y sin establecer si el número de votos en las casillas anuladas era suficiente para cumplir con los criterios descritos en el Código Electoral⁴⁸². Esto llevó a la Corte a concluir que, al anular los resultados electorales en los distritos señalados, la Comisión Electoral Central, no solo aparentemente excedió su autoridad, sino que también actuó de una manera a excluir la posibilidad acceso a recursos y medios de investigación legal⁴⁸³. Concluye, por fin, que la Comisión Electoral Central no adujo razones relevantes y suficientes para su decisión, ni proporcionó garantías procesales adecuadas contra el abuso de poder y, por consiguiente, consideró violado el derecho del partido solicitante a presentarse a las elecciones en virtud del artículo 3 del Protocolo núm. 1 debido a la privación de derechos de facto de los votantes de Khulo y Kobuleti.

Ahora bien, en *Namat Aliyev contra Azerbaijan*, de 8 de abril de 2010, el TEDH intensifica la formulación de necesidad de que las decisiones estén suficientemente razonadas a fin de garantizar el examen efectivo de las quejas y apelaciones individuales en asuntos electorales. El solicitante, basándose en el artículo 3 del Protocolo núm. 1 de la Convención y el artículo 13 de la Convención, se quejó de que en la circunscripción electoral donde se presentó como candidato en las elecciones parlamentarias, se habían producido una serie de irregularidades graves y violaciones de ley electoral que había hecho imposible determinar la verdadera opinión de los votantes y, por lo tanto, había infringido su derecho a presentarse como candidato en elecciones libres. También argumentó que el método de composición de las comisiones electorales supuestamente colocó la mayoría de los votos dentro de cada comisión bajo el control de las fuerzas políticas gobernantes e hizo que las comisiones fueran propensas a tomar decisiones políticamente motivadas que perjudican a los candidatos de la oposición.

⁴⁸¹ Para el TEDH, la exclusión de esos dos distritos del proceso de elección general carecía de una serie de requisitos legales y dio lugar a la privación de derechos de facto de un sector importante de la población (véase, *Matthews contra El Reino Unido* [GC]), n.º 24833/94, §§ 64-65, ECHR 1999-I).

⁴⁸² El Gobierno demandado tampoco explicó las razones por las cuales la Comisión Electoral Central, sin haber examinado el material electoral de cada comisión de las circunscripciones electorales y oído a los testigos, llegó a la conclusión de que todos los resultados proporcionados por las Comisiones Electorales Distritales de Khulo y Kobuleti merecían anulación.

⁴⁸³ Tras examinar la composición de las comisiones electorales, el Tribunal concluyó que esta composición en todos los niveles carecía de suficientes controles y garantías contra el poder del Presidente y que las comisiones difícilmente podían disfrutar de la independencia de la presión política externa. Sin embargo, el TEDH reconoció la ausencia de cualquier prueba de actos particulares de abuso de poder o fraude electoral cometidos dentro de las comisiones electorales en detrimento del partido solicitante.

El TEDH afirmó, inicialmente, que, debido a la naturaleza subsidiaria de su función, la tarea del Tribunal en virtud del artículo 3 del Protocolo núm. 1 era más bien verificar, desde un punto de vista más general, si el Estado demandado había cumplido su obligación de celebrar elecciones en condiciones libres y justas y ha garantizado que los derechos electorales individuales se ejercieron efectivamente. En particular, la Corte de Estrasburgo se quejó de la interferencia ilegal en el proceso electoral por parte de las autoridades ejecutivas locales, los inúmeros casos de relleno de urnas, acoso a los observadores, irregularidades en las listas electorales y discrepancias obvias en los protocolos. Tribunal concluyó que las quejas del solicitante sobre las irregularidades electorales no fueron atendidas efectivamente a nivel nacional, fueron desestimadas de manera arbitraria y fueron *potencialmente* capaces de frustrar la naturaleza democrática de las elecciones.

Conviene destacar, sin embargo, que el TEDH no estableció parámetros objetivos para la verificación de esta *potencialidad* en casos futuros. Elementos, por ejemplo, cómo la naturaleza, la forma, el propósito y el alcance del ilícito cometido, de hecho, pueden dar lugar a diferentes respuestas sancionatorias. La simple adición de este elemento en la jurisprudencia del TEDH, sin una pauta objetiva de verificación, generó más incertidumbre en el sistema del CEDH.

En *Gahramanli y Otros contra Azerbaiyán*, de 8 de Octubre de 2015 los solicitantes alegaron, en particular, que las elecciones en su circunscripción electoral no habían sido libres y equitativas debido a numerosos casos de fraude electoral y que su derecho a presentarse a las elecciones se había infringido debido a que las autoridades pertinentes no abordaron eficazmente sus reclamaciones sobre irregularidades electorales. Para el TEDH - aunque no exista un sistema ideal o uniforme que garantice los controles y equilibrios entre los diferentes poderes estatales o fuerzas políticas dentro de un cuerpo de administración electoral - la proporción de miembros del partido pro-gobierno en todas las comisiones electorales en Azerbaiyán era particularmente alta. Todavía, el Tribunal no consideró si el método aplicado para la estructuración de las comisiones electorales azerbaiyanas era, en sí, compatible con el compromiso del Estado demandado en virtud del artículo 3 del Protocolo núm. 1 ya que la vía de recurso disponible y perseguida por los solicitantes quedó inutilizada por el Tribunal

Constitucional ante la prematura confirmación definitiva por parte de la corte de los resultados de la elección - mientras la apelación de los solicitantes aún estaba pendiente. Por consiguiente, consideró violado el artículo 3 del Protocolo núm. 1 de la Convención.

En lo que atañe a la composición de la Administración electoral, no existen actualmente en la jurisprudencia de Estrasburgo parámetros objetivos, lo que conlleva a una utilización poco previsible de las diversas fuentes externas al Convenio para comprender la realidad europea: una Resolución de la Asamblea del Consejo de Europa sobre Georgia, el Código de buenas prácticas en materia electoral de la Comisión de Venecia, informes de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa y de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (OSCE/ODIHR). De hecho, en diversas oportunidades, el TEDH suele preferir huir del enfrentamiento de la ilegalidad de la composición en sí misma y plantea, muchas veces, otra solución jurídica para la hipótesis, a partir de otras violaciones del Convenio.

La renuencia del TEDH en no establecer estos parámetros mínimos comunes cuando se trata de la composición de la Administración electoral se traduce en el hecho de que estamos lejos de un procedimiento electoral europeo uniforme. Aun que el CEDH no sea un código electoral de procedimiento, y no lo es, la capacidad del TEDH de revisar las irregularidades de procedimiento más evidentes que afecten directamente a la validez y la efectividad del sufragio activo será reiteradamente verificada por una jurisprudencia *data venia* casi aleatoria.

5.2.5 El Convenio no impone un sistema electoral

Para DIETER NOHLEN, al analizar los efectos políticos de un sistema electoral, es menester estudiar los efectos de éste en su conjunto y, al mismo tiempo, los efectos de cada uno de sus elementos. Así, la modificación de un elemento puede alterar al sistema en su conjunto.⁴⁸⁴ En sentido similar opina BRUCE ACKERMAN, afirmando categóricamente que cambios pequeños en un sistema electoral pueden afectar profundamente, en verdad, el curso futuro de la vida democrática.⁴⁸⁵ De hecho, mismo

⁴⁸⁴ NOHLEN, Dieter. "Reforma del sistema electoral español: Conveniencias, fórmulas y efectos políticos." *Revista de estudios políticos*, 34, 1983, p. 61.

⁴⁸⁵ ACKERMAN, Bruce. "The new separation of powers." *Harvard law review*, 2000, p. 638.

una fórmula proporcionalista — la fórmula D'Hondt⁴⁸⁶ — queda neutralizada o deformada por la acción combinada de otros factores y demás componentes⁴⁸⁷ de la normativa electoral.⁴⁸⁸

En España, el TC afirma⁴⁸⁹ que el requisito de obtener un porcentaje mínimo de votos para acceder al reparto de escaños no puede ser considerado inconstitucional, dado que la intención de esta medida es evitar una excesiva fragmentación en la asamblea en términos de representación⁴⁹⁰, facilitando así el trabajo parlamentario y la gobernabilidad.⁴⁹¹

⁴⁸⁶ Para AREND LIJPHART la fórmula D'HONDT es la menos proporcional y favorece sistemáticamente a los partidos más grandes. En esto contrasta con la fórmula SAINTE-LAGUË que, en su forma original - con uso de la serie de divisores enteros impares, 1, 3, 5, 7, etc. - se aproxima mucho a la proporcionalidad y trata a los partidos, tanto grandes como pequeños, en forma enteramente equitativa. Véase LIJPHART, Arend. "Las consecuencias políticas de las leyes electorales." *Zona Abierta*, 100.111, 2006, p. 115.

⁴⁸⁷ Sobre el tema de la proporcionalidad en el modelo español, la doctrina de PABLO SANTOLAYA recuérdanos que los resultados de las elecciones de 2008 reabrieran en aquel momento el debate político y académico sobre el funcionamiento del sistema electoral español, en concreto su carácter no suficientemente proporcional dada la distorsión que origina entre votos y escaños, en especial en detrimento del tercer partido a nivel nacional. En aquella elección, en efecto, Izquierda Unida comprobó que sus aproximadamente 969.000 votos sólo le habían proporcionado dos escaños en el Congreso de los Diputados, frente a los diez obtenidos por Convergencia i Unió, con casi 200.000 sufragios menos. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. "Estudio Introductorio al Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión Constitucional sobre las posibles modificaciones del Régimen Electoral General, de 28 de junio de 2010." *Cuadernos de Derecho Público*, 36, 2009, pp. 221-230

⁴⁸⁸ MARIA VALLÈS, Josep. "Sistema electoral y democracia representativa: nota sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 y su función política." *Revista de Estudios Políticos*, 53, 1986, p. 17.

⁴⁸⁹ De hecho, en la STC 75/1985 el TC no solo adució que el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas, sino que, además, del derecho a ser elegido no deriva la exigencia de un determinado sistema electoral, sino que la configuración legal del artículo 23.2 de la CE compatibiliza derechos individuales e intereses públicos. El TC consideró que la indicada barrera del 6% estaba en el límite de lo constitucionalmente tolerable, pues, ese incremento porcentual y la correlativa reducción de posibilidades de acceso al escaño para las fuerzas políticas minoritarias se corrige, en cierto modo, en las islas menores, por el trato favorecedor de que son objeto las minorías político-territoriales mediante las otras cláusulas contenidas en el mismo precepto legal. En cuanto a las islas mayores, es cierto que la barrera electoral excede en un punto a la barrera del 5 por 100 de los votos válidos en la Comunidad Autónoma, cuya legitimidad el Tribunal ya ha reconocido; pero esta diferencia no fue suficiente para declarar la inconstitucionalidad de tal barrera electoral apreciada en el conjunto del sistema electoral canario.

⁴⁹⁰ Para María Garrote de Marcos, la estructura actual del voto en España, basado en las candidaturas de lista cerradas y bloqueadas, atribuyen un excesivo protagonismo a los partidos políticos y relegan al elector a un plano secundario, sin poder mostrar las preferencias personales por determinados candidatos. Para paliar esta restricción a la libertad de los votantes se han defendido algunas reformas para implantar alguna modalidad de votación más flexible. Véase GARROTE DE MARCOS, María. "La improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados." *InDret*, 4, 2009, p. 11.

⁴⁹¹ Objeto de examen en las SSTC 75/1985, 76/1989, 193/1989 y 45/1992.

El TEDH inadmitió, a su vez, una demanda de la Federación Nacionalista Canaria⁴⁹², partido político que no consiguió representación parlamentaria en las elecciones autonómicas de Canarias del año 1999, a pesar de haber cosechado en la circunscripción de Lanzarote un 28,13% de los votos, que, a su vez, suponía el 4,81% de los votos válidos en el conjunto de la Comunidad Autónoma. Y ello debido a la aplicación de la doble barrera electoral del 6% a nivel autonómico y del 30% a nivel insular, previsto en la Disposición Transitoria Primera del Estatuto de Autonomía de Canarias, que hizo que este partido político viese frustradas sus posibilidades de obtener un escaño.⁴⁹³

En *Yumak y Sadak contra Turquía*, de 8 de julio de 2008, los solicitantes alegaron que el umbral electoral del 10% impuesto a nivel nacional para las elecciones parlamentarias interfería con la libre expresión de la opinión de la gente en la elección de la legislatura. Los demandantes sostuvieron, además, que un umbral nacional tan alto hizo conducir a una crisis de legitimidad, ya que un Parlamento cuya composición reflejaba solo el 55% de los votos emitidos no era capaz de proporcionar la legitimidad representativa en la que se basa cualquier democracia.⁴⁹⁴ Los solicitantes también alegaron que el umbral del 10% no era compatible con el estándar europeo ordinario⁴⁹⁵.

⁴⁹² Decisión sobre la admisibilidad de la demanda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del 7 de junio de 2001 (Asunto Federación Nacionalista Canaria contra España).

⁴⁹³ Antes de llegar a Estrasburgo, los demandantes habían acudido, en primer lugar, al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias para impugnar los resultados de las elecciones debido a las elevadas barreras electorales previstas por el sistema electoral canario. Ante la negativa de admitir a trámite su demanda por parte del TSJ canario, los demandantes decidieron recurrir en amparo al Tribunal Constitucional español, alegando una vulneración de su derecho de sufragio pasivo, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución Española (CE). El Tribunal Constitucional también inadmitió el recurso de amparo, argumentando que el requisito de obtener un porcentaje mínimo de votos para acceder al reparto de escaños no puede ser considerado inconstitucional, dado que la intención de esta medida es evitar una excesiva fragmentación en la asamblea en términos de representación, facilitando así el trabajo parlamentario y la gobernabilidad. Véase FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos. "Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales." *op. cit.*, pp. 31-32.

⁴⁹⁴ En ese sentido, los solicitantes señalaron que en las elecciones parlamentarias de 1987, 1991, 1995 y 1999 la proporción de los votos emitidos a favor de los partidos no representados en el Parlamento fue, respectivamente, del 19,4% (alrededor de 4.500.000 votos), del 0,5% (aproximadamente 140.000 votos), 14% (aproximadamente 4.000.000 votos) y 18,3% (aproximadamente 6.000.000 votos). Los resultados de las elecciones de 2002 condujeron a una "crisis de representación", ya que el 45,3% de los votos, es decir, unos 14.500.000 votos, no se tuvieron en cuenta y no se reflejaron en la composición del Parlamento.

⁴⁹⁵ La organización no gubernamental Minority Rights Group International, que opinó como tercero interviniente, sostuvo que el umbral del 10% se introdujo sin estar acompañado de la más mínima medida correctiva que pudiera haber solucionado los problemas que causó. Debido al umbral, era absolutamente imposible que un partido que operaba a nivel regional estuviera representado en el Parlamento. En Turquía, eso significaba con mayor precisión que ninguno de los partidos kurdos podía ingresar al Parlamento a pesar de que en sus propias regiones estos partidos lograron puntajes comparables con los alcanzados por los solicitantes en 2002 (más del 45% de los votos emitidos). Estaba claro que todas las medidas adoptadas por el Gobierno, centradas en el umbral del 10%, eran el resultado de una política deliberada de exclusión.

El umbral nacional adoptado en Turquía fue el más alto en Europa, o posiblemente en el mundo.⁴⁹⁶

En su conclusión, el Tribunal consideró que, en general, un umbral electoral del 10% parece excesivo. A ese respecto, coincidió con los órganos del Consejo de Europa, que habían subrayado el nivel excepcionalmente alto del umbral y habían recomendado la reducción de este. En el presente caso, sin embargo, el Tribunal, a la luz del contexto político específico de las elecciones en cuestión, evaluó que el umbral no había tenido el efecto de menoscabar en esencia los derechos garantizados a los solicitantes por el Artículo 3 del Protocolo No. 1, porque los demandantes habían sorteado la barrera electoral por diversos medios.

Asimismo, como ha demostrado empíricamente DIETER NOHLEN, los sistemas europeos de leyes electorales no han sido reformados en sus líneas esenciales desde la consolidación del sufragio universal y la democracia de masas.⁴⁹⁷ Para SANTOLAYA MACHETTI, en el ámbito estatal, una consecuencia de esta permanencia es la tendencia a constitucionalizar los elementos más importantes de los sistemas electorales, haciéndolos indisponibles al poder constituido y desarrollables tan sólo mediante leyes formales.⁴⁹⁸ En el ámbito regional, ha ido emergiendo una especie de "*Derecho común*" de los derechos humanos, que permitió dar respuestas mínimamente uniformes a muchos de los problemas jurídicos que surgen en la práctica. La experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Convenio Europeo, es ejemplar a este respecto.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ Se afirma que, si ese umbral se hubiera aplicado en otros países, varias partes bien establecidas ya no participarían en el gobierno; eso se aplicaría, por ejemplo, a los demócratas libres en Alemania, los partidos centristas y cristianos en Escandinavia, los verdes en los Países Bajos y la centroizquierda y la derecha en Italia. En la mayoría de los países que habían introducido un umbral, el nivel elegido fue del 5% (en 2001, el promedio fue del 4,25% en Europa central y oriental). Incluso los países que estaban experimentando serios problemas con respecto a la integración y que necesitaban estabilizar la representación de los partidos, en vista de la existencia de partidos independientes o muy pequeños, no habían considerado apropiado imponer umbrales dos veces más altos. Los solicitantes señalaron, a modo de ejemplo, que en las elecciones de 2002 un umbral electoral del 5% habría permitido a ocho partidos (de los dieciocho que presentaron candidatos), incluido DEHAP, ganar escaños en el Parlamento turco, en lugar de solo los dos principales partidos nacionales.

⁴⁹⁷ NOHLEN, Dieter. "Los sistemas electorales entre la ciencia y la ficción: Requisitos históricos y teóricos para una discusión racional." *Revista de estudios políticos*, 42, 1984, pp. 7-32.

⁴⁹⁸ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. "Significado y alcance de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General." *Revista de estudios políticos*, 53, 1986, p. 53.

⁴⁹⁹ Díez-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. op. cit., p. 30.

En conclusión, la comprensión del problema por parte del TEDH consolida la tendencia europea hacia una revisión supranacional poco intensa (no hay nada peyorativo en ello). En el sistema del Convenio europeo, cada legislación puede regular libremente ambas modalidades de sufragio y los procedimientos y sistemas electorales⁵⁰⁰. No es un margen ilimitado, se exige un respeto al contenido esencial del derecho fundamental⁵⁰¹, pero suele interpretarse siguiendo el “particular” juicio de proporcionalidad del TEDH.

Finalmente, en relación con el sistema electoral, las normas que traducen votos o escaños son el corazón de la soberanía política de los Estados; existen numerosos sistemas que pueden cubrir distintos intereses contrapuestos entre sí —proporcionalidad, gobernabilidad, personalización...—, todos los cuales no pueden alcanzarse a un tiempo, y el TEDH debería detener su escrutinio y respetar un amplio margen de configuración a los Estados, salvo violaciones manifiestas del Derecho desprovistas de justificación.⁵⁰²

Ahora bien, en las páginas siguientes trataremos cómo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea va a adquirir una importante función como documento político-constitucional en el discurso político⁵⁰³, y ello no sólo desde la perspectiva de los órganos, sino también desde la de los ciudadanos. Veremos, en primer lugar, la significación inmediata de la Carta para los órganos de la Unión que interpretan y aplican los derechos fundamentales, la caracterización y valoración de la Carta en el plano judicial, para pasar luego a examinar el ámbito personal y el ámbito objetivo de vigencia en tema de sufragio pasivo.

5.3 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Actualmente, la vida económica, el entorno físico, la seguridad nacional y la

⁵⁰⁰ De acuerdo con la jurisprudencia de la corte, existen numerosas formas de organizar y administrar los sistemas electorales y una gran cantidad de diferencias, entre otras cosas, en el desarrollo histórico, la diversidad cultural y el pensamiento político en Europa, que corresponde a cada Estado contratante moldear su propia visión democrática. Véase *Hirst v. Reino Unido* (n. ° 2) [GC], n. ° 74025/01, § 61, ECHR 2005-IX, y *Scoppola v. Italia* (n. ° 3) [GC], n. ° 126/05, § 83, 22 Mayo de 2012.

⁵⁰¹ GARCÍA ROCA, Javier, y Alberto Ricardo DALLA VÍA. *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, op. cit., p. 81.

⁵⁰² GARCÍA ROCA, Javier. "Aportaciones fragmentarias a la representación política del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una teoría liberal-democrática." *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, 21.2, 2018, p. 281.

⁵⁰³ WEBER, Albrecht. "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64, 2002, p. 81.

supervivencia de un país dependen en gran medida y de manera creciente de actores y acciones que están fuera de los límites del país y no directamente sujetos a su gobierno.⁵⁰⁴ De hecho, una de las mayores transformaciones que ha sufrido el Derecho Público de finales del siglo XX es su adecuación a las exigencias de los procesos de integración supranacional y, en especial, y como es lógico, al proceso de integración europea que gira en torno a la Unión Europea.⁵⁰⁵ Para ilustrar, en Alemania, el Tribunal Federal Constitucional ha creado – como tantas cosas más – los términos “*apertura al Derecho Internacional*” y “*apertura al Derecho Europeo*” como principios pretorianos constitucionales no escritos.⁵⁰⁶ El hecho de que la UE haya existido durante tanto tiempo sin una constitución no significa que no haya tenido un marco jurídico básico, sino todo lo contrario. Ha tenido uno desde sus inicios. Sin embargo, en contraste con el marco legal básico de los Estados-nación, el marco legal de la UE se basa en tratados internacionales.⁵⁰⁷

5.3.1 Integración y derecho de la Unión

De lo anterior, deprendemos que la integración, desde el punto de vista jurídico, es un proceso “*constituido*” en el sentido de que se encuentra sometido a la Constitución, que tiene su cobertura interna en ésta y que, por tanto, también a ésta debe someterse.⁵⁰⁸ A todo esto, la apertura del ordenamiento que implica la integración supone la cesión de poder en favor de un nuevo ordenamiento jurídico⁵⁰⁹, y, en consecuencia, en favor de un sistema de ordenación y organización de poder. Es más, supone la cesión de poderes a un sistema que, aunque coordinado con el estatal, constituye un auténtico ordenamiento

⁵⁰⁴ DAHL, Robert Alan. "A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation." *Political science quarterly*, 109.1, 1994, p. 26.

⁵⁰⁵ Al mismo tiempo, parece también bastante claro que ese proceso no se ha cerrado sino que, por el contrario, sigue vivo y lleno de dinamismo: baste con resaltar los retos que suscita la necesidad de casar y acoplar Constitución interna y una – amplia y definitiva - Constitución Europea, lo que hará que la transformación abierta en el segunda parte del siglo XX deba prolongarse, al menos, durante los primeros años del siglo XXI. Véase PÉREZ TREMPES, Pablo. "El concepto de Integración Supranacional en la Constitución." *Op. cit.*, pp. 103-126.

⁵⁰⁶ HÄBERLE, Peter. "Palabras clave para el constitucionalismo de hoy-una perspectiva alemana." *Thēmis-Revista de Derecho*, 67, 2015, p. 17.

⁵⁰⁷ GRIMM, Dieter. "Integration by constitution." *Int'l J. Const. L.*, 3, 193, 2005, pp. 195-196.

⁵⁰⁸ PÉREZ TREMPES, Pablo. "Constitución española y Unión Europea." *op. cit.*, p. 104.

⁵⁰⁹ RUBIO LLORENTE considera que las únicas competencias que en el sistema español no pueden ser objeto de cesión o transferencia son, junto con aquellas mediante las que un órgano constitucional participa en la creación de otros órganos de la misma naturaleza, aquellas que estos órganos no tienen, es decir, las que comportan la facultad de hacer algo que la Constitución no autoriza o que expresamente prohíbe. RUBIO LLORENTE, Francisco. "La Constitución española y el Tratado de Maastricht." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992, p. 257.

jurídico.⁵¹⁰ Para RUIZ ROBLEDO, desde que en 1953 se creara la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), la técnica funcionalista de Jean Monet, Robert Schuman y otros padres fundadores ha logrado que la integración europea haya avanzado mucho en su vertiente normativa, tanto en la formación de un ordenamiento jurídico autónomo, una *Comunidad de Derecho*, como en la asunción de competencias estatales por parte de la Unión Europea.⁵¹¹

Ahora bien, la actual Unión es hoy el principal ejemplo de bloque en términos de integración económica, social y política, moneda común, libre circulación de personas y funcionamiento de un Parlamento Europeo formado por diputados de los países miembros y elegidos directamente por los propios ciudadanos. En realidad, la dimensión inicialmente económica del proceso integrador europeo, formalizado originariamente en las Comunidades Europeas, tuvo históricamente como consecuencia el silencio que los Tratados constitutivos de las Comunidades sobre la problemática de los derechos humanos.⁵¹² En aquel momento histórico, una integración de los derechos fundamentales no estaba verdaderamente intencionada.

Históricamente, sólo después del llamado Tratado de Maastricht⁵¹³, que entró en vigor sólo en 1993, se propuso una integración y cooperación más harmónica. Se inició políticas comunes de defensa, ciudadanía y de protección al medio ambiente, teniendo una preocupación por el cambio climático, la ayuda humanitaria y la protección civil. Con la UE se ha suprimido barreras físicas, jurídicas y burocráticas. La Unión Europea, de hecho, hace a Europa prácticamente como si fuera un país único. Ahora bien, ¿existe un espacio público europeo? ¿cómo se materializa este derecho común?

⁵¹⁰ PÉREZ TREMPES, Pablo. "El concepto de Integración Supranacional en la Constitución." *op. cit.*, pp. 120-121.

⁵¹¹ Por eso, el despliegue del ordenamiento jurídico europeo poco tiene que envidiar a cualquier ordenamiento federal: el efecto directo, la primacía, la aplicación uniforme, la interpretación pro Europea, etc, son principios y técnicas bien conocidas del federalismo. Véase RUIZ ROBLEDO, Agustín. "La creación de un sistema electoral uniforme para el Europarlamento." *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 8, 1999, p. 303.

⁵¹² ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. "La protección internacional de los derechos humanos." *Diez de Velasco Vallejo, Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, Tecnos*, 2009, p. 693.

⁵¹³ Para JÜRGEN HABERMAS, no deberíamos subestimar el peso simbólico de un hecho real: desde Maastricht un debate constitucional ya estaba en marcha. Véase HABERMAS, Jürgen. "Por qué Europa necesita una Constitución." *New Left Review*, 11, 2001, p. 6.

Un análisis preciso del espacio europeo muestra que muchos artículos de los Tratados en parte presuponen un espacio público europeo y en parte contribuyen a crearlo. Por ejemplo, los artículos 191⁵¹⁴, 193⁵¹⁵, 194⁵¹⁶ TCE; igualmente los artículos 1⁵¹⁷ (proximidad a los ciudadanos) y 6⁵¹⁸ (principios democráticos, derechos humanos) TUE relacionan esta idea.⁵¹⁹

De modo a ampliar la protección de los derechos humanos de diversos niveles, en el Consejo Europeo de Colonia, de 3 y 4 de junio de 1999, se adoptó la decisión de elaborar una carta de derechos en la que deberían consignarse con toda evidencia, la importancia primordial de tales derechos y su alcance para los ciudadanos de la Unión⁵²⁰.

⁵¹⁴ Artículo 191. Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

⁵¹⁵ Artículo 193. En cumplimiento de sus cometidos y a petición de la cuarta parte de sus miembros, el Parlamento Europeo podrá constituir una comisión temporal de investigación para examinar, sin perjuicio de las competencias que el presente Tratado confiere a otras instituciones u órganos, alegaciones de infracción o de mala administración en la aplicación del Derecho comunitario, salvo que de los hechos alegados esté conociendo un órgano jurisdiccional, hasta tanto concluya el procedimiento jurisdiccional. La existencia de la comisión temporal de investigación terminará con la presentación de su informe. Las modalidades de ejercicio del derecho de investigación se determinarán de común acuerdo entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

⁵¹⁶ Artículo 194. Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente.

⁵¹⁷ Artículo 1. Por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible. La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea

⁵¹⁸ Artículo 6. 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones; 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados; 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

⁵¹⁹ HÄBERLE, Peter. "Europa como comunidad constitucional en desarrollo." *Revista de derecho constitucional europeo*, 1, 2004, pp. 15-21.

⁵²⁰ ANEXO IV - DECISIÓN DEL CONSEJO EUROPEO RELATIVA A LA ELABORACIÓN DE UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El impulso para la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales⁵²¹ no vino en todo caso de ninguno de los Comités, sino del Gobierno alemán. De hecho, RUBIO LLORENTE afirma que ese propósito era parte de la oferta electoral de los Verdes.⁵²²

El 7 de diciembre de 2000 era solemnemente proclamada en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para RICARDO ALONSO GARCÍA, la Carta fue un paso más en la línea que comenzó a dibujarse en la década de los setenta.⁵²³ Sin embargo, la Carta proclamada en Niza no se incorporó al Tratado de la Unión Europea en esa ocasión. Sólo con el Tratado de Lisboa de 2007, en vigor desde 2009, es que se

La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales. La evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance.

A juicio del Consejo Europeo, esta Carta deberá incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. La Carta deberá contener asimismo los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión. Al redactar la Carta, se tendrán en cuenta también derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (artículo 136 TCE), en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión.

El Consejo Europeo considera que un proyecto de Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea debe ser redactado por un órgano en el que participen delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno y del Presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Deberían participar como observadores representantes del Tribunal de Justicia Europeo y habría de escucharse la opinión de representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos. Las funciones de secretaría correrán a cargo de la Secretaría General del Consejo.

Ese órgano presentará, con tiempo suficiente para el Consejo Europeo que tendrá lugar en diciembre del año 2000, un proyecto de Carta. A partir de ese proyecto, el Consejo Europeo propondrá junto con el Consejo, al Parlamento Europeo y a la Comisión, la proclamación solemne de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Posteriormente habrá que estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse. El Consejo Europeo encarga al Consejo de Asuntos Generales que inicie las actuaciones necesarias desde ahora y hasta el Consejo Europeo de Tampere.

⁵²¹ Observa MARIA DUARTE, que el contenido de la futura Carta debería señalar específicamente tres categorías de derechos: los relativos a la libertad e igualdad, completados por los derechos procesales fundamentales previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o derivados de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros; los derechos asociados al estatuto de ciudadanía de la Unión y, por esta razón, reservados a los ciudadanos de los Estados miembros; y, finalmente, los derechos de carácter económico y social que resultan de la Carta Social Europea y de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Véase DUARTE, Maria Luísa. "O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do "triângulo judicial europeu"" op. cit. pp. 1747-1768.

⁵²² RUBIO LLORENTE, Francisco. "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64, 2002, p. 27.

⁵²³ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea." *Cuadernos de derecho público*, 2001, p. 16.

convirtió en instrumento legalmente vinculante y asumió el mismo valor jurídico que los Tratados fundacionales⁵²⁴. En efecto, la Carta surge para evidenciar y reforzar el sistema de protección de los derechos humanos en el marco del derecho de la Unión Europea - dentro de sus competencias - incluso asumiendo claro protagonismo en ese ámbito.

De hecho, la Carta está llamada a desempeñar un papel esencial en la labor del Tribunal de Justicia a la hora de seguir configurando por vía pretoriana los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho de la Unión. Por cierto, la Carta supuso avanzar⁵²⁵ en la “*constitucionalización*” – en el sentido más amplio de la expresión – de la integración europea.⁵²⁶ La Carta acoge normas procedentes de las codificaciones internacionales de derechos, incorpora la jurisprudencia sobre derechos fundamentales elaborada por los Tribunales Europeos y tiene en cuenta tanto las regulaciones nacionales como la práctica desarrollada en estos ordenamientos.⁵²⁷ Así, se muestra de fundamental importancia en el sentido de viabilizar la armonía normativa y garantizar la eficacia y la efectividad de dichos derechos.

De lo dicho hasta aquí, ¿la Unión Europea ya es “*prefederal*”? Para PETER HÄBERLE, sí⁵²⁸. Técnicamente, en temas de elecciones para el PE es aconsejable que la

⁵²⁴ Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de Unión Europea (TFUE).

⁵²⁵ En el derecho internacional, como en la filosofía política, se avanza la idea de que la constitucionalización del derecho internacional podría ser capaz de proporcionar un orden constitucional unitario para todo el mundo. Véase TEUBNER, Gunther, et al. "Debate and dialogue: Constitutionalizing polycontextuality." *Social & Legal Studies*, 20.2, 2011, pp. 209-252.

⁵²⁶ A diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, la Carta se enmarca en un contexto, el de la Unión, construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora tendente a desplazar en aras a la uniformidad, a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros. Con otras palabras, mientras que los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos sirven para interpretar los sistemas de protección domésticos y, llegado el caso, suplir las carencias de éstos, la Carta, enmarcada en el sistema global de la Unión, adquiere de arranque el papel de protagonista e, investida de la autonomía conceptual propia del sistema, tiende no ya a relegar al papel de actores secundarios a otros instrumentos de protección, incluidos los de los Estados miembros, sino incluso a negar papel alguno, sobre la base de la primacía jurídica, a cualquiera que pretenda aportar ideas que se aparten del guión. Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.", *op. cit.*, pp. 18-38.

⁵²⁷ La sobrevenida de la Carta fue intensificando la sensación de que esa particular organización de Estados que es la Unión Europea iría más allá de la inicial consideración del individuo como mero factor de producción que rodeó los orígenes de la Europa comunitaria y haciendo progresivamente realidad la *unión más estrecha de los pueblos europeos* que ya vislumbraba en su preámbulo el Tratado CEE en 1957 y que impulsó el Tratado de Maastricht. Véase WEBER, Albrecht. "La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea." *op. cit.*, p. 81.

⁵²⁸ Los elementos prefederales son: la cláusula de homogeneidad de los artículos 6 y 7, el principio de subsidiariedad del art. 2 TUE y 5 TCE -con el control de alerta temprana previsto para los Parlamentos en el Tratado de Lisboa-, las obligaciones de solidaridad mutua, la concurrencia de derechos fundamentales garantizados pretorianamente por el Tribunal de Justicia y los Estados Miembros, la justicia constitucional

“federación europea” esté relativamente descentralizada y que sus unidades componentes (estados o provincias) sean relativamente pequeñas, tanto para aumentar las perspectivas de que cada unidad sea relativamente homogénea como para evitar el dominio de los estados grandes a nivel federal. Más allá de esto, es necesario tomar una gran cantidad de decisiones con respecto a los detalles que variarán de un país a otro (por ejemplo, dónde deben trazarse exactamente los límites del estado).⁵²⁹ Si bien, mientras que la primera generación de defensores de la integración europea no vacilaba en hablar del proyecto que tenían en mente como de unos “Estados Unidos de Europa”, evocando el ejemplo de los Estados Unidos de América, la discusión contemporánea se ha alejado del modelo del Estado federal, evitando incluso el término “federación”.⁵³⁰

5.3.2. El Título V de la Carta y el derecho de sufragio activo y pasivo

Del Título V de la Carta encontramos las referencias normativas cuanto a los derechos de sufragio:

TÍTULO V. CIUDADANÍA.

Artículo 39. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. 2. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto;

Artículo 40. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Para LIÑÁN NOGUERAS el Título V de la Carta se limita, sin embargo, al enunciado de los derechos de la ciudadanía, sin definir la ciudadanía ni calificarla de *estatuto*, ni,

ejercida por los Estados miembros y la propia Unión, el Comité de las Regiones, quizá como una suerte de segunda cámara, la armonización del art. 95 TCE y finalmente la ciudadanía europea como elemento del federalismo. Véase HÄBERLE, Peter. "Comparación constitucional y cultural de los modelos federales." *Revista de derecho constitucional europeo*, 8, 2007, p. 186

⁵²⁹ Sin embargo, los expertos no tienen un consejo claro para ofrecer acerca de la descentralización dentro de la federación, y no hay consenso entre ellos sobre si el modelo estadounidense, canadiense, indio, australiano, alemán, suizo o austríaco es más adecuado de ser emulado. Véase LIJPHART, Arend. "Constitutional design for divided societies." *Journal of democracy*, 15.2, 2004, p. 105.

⁵³⁰ HABERMAS, Jürgen. "Por qué Europa necesita una Constitución.", *op. cit.*, p. 5.

desde luego, aludir a las *competencias* de las Instituciones para su desarrollo normativo.⁵³¹

Por lo que se refiere a las relaciones entre la Carta y el CEDH, el artículo 52, apartado 3, de la Carta:

En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

Por su parte, el artículo 53 refuerza el sentido de esta garantía al disponer

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo Ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

Inequívocamente, las normas de derechos humanos contenidas en instrumentos jurídicos internacionales tienen una vocación complementaria a los ordenamientos jurídicos nacionales, con el fin de superar cualquier insuficiencia. Por esta razón, los derechos garantizados por la Carta funcionan como afirmación de un *estándar mínimo*⁵³² de tutela, que los diferentes ordenamientos nacionales se obligan a respetar, “*no habiendo ninguna objeción a la consagración de una tutela más elevada o más intensa de determinado derecho o de los derechos humanos en su totalidad en cualquier otro ordenamiento jurídico*”.⁵³³ De lo anterior, en las situaciones de competencia entre normas de derechos humanos de matrices diversas, no se podría más defender la supremacía de

⁵³¹ LIÑÁN NOGUERAS, Diego. "La ciudadanía europea: una cuestión abierta." *Teoría y realidad constitucional*, 32, 2013, p. 363.

⁵³² Para ALONSO GARCÍA, el Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004 sostiene que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “*se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno*”. Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo. “Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario.” *op. cit.*, p. 158.

⁵³³ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union." *European Law Journal*, 8.4, 2002, pp. 507-514.

una norma en relación a las demás, incluso la supremacía de la norma de la Unión Europea.

De esta manera, la Carta va más allá del tradicional ámbito personal de aplicación de las garantías nacionales de derechos y estamos pues ante lo que se podría denominar un “*modelo abierto*” de derechos fundamentales del que se derivan considerables implicaciones para una concepción constitucional abierta de la Comunidad Europea.⁵³⁴ Fenómeno denominado por RICARDO ALONSO GARCÍA de la “*encrucijada europea de los derechos fundamentales*”⁵³⁵.

Nadie contesta, además, que el Derecho de la Unión, a lo largo de las décadas, ha precisado adecuarse a las nuevas exigencias surgidas en el proceso de integración. Los Tratados Comunitarios, firmados en la década de los 50, no contenían ninguna previsión concerniente a la protección de los derechos humanos, ya que el proceso de construcción europea consistía en un proyecto meramente económico y también político.⁵³⁶ En consecuencia, a medida que la integración económica y, principalmente política se estrechaba, necesaria se mostraba la identificación de bases de cooperación en el ámbito de los derechos humanos.⁵³⁷

Veremos a continuación que la protección de derechos fundamentales en el sistema de la Unión se caracteriza por el respeto a los derechos fundamentales en cuanto elemento básico del patrimonio común de la Unión. Demostraremos que la protección del derecho de sufragio pasivo se realiza en la Unión a través de la vía pretoriana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la base de los principios generales de Derecho

⁵³⁴ WEBER, Albrecht. "La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea." *op. cit.*, p. 87.

⁵³⁵ Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo. *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Civitas, Thomson Reuters, 2014.

⁵³⁶ Subraya MARIA LUISA DUARTE, el texto originario de los Tratados institucionales omitía cualquier referencia al principio de la tutela de los Derechos Fundamentales y varias de sus disposiciones, en particular del Tratado de Roma, establecían reglas de conformación de las libertades económicas que, indirecta e instrumentalmente, repercutían en la esfera jurídica de los ciudadanos europeos en forma de derechos - v.g. el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad, la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, el derecho de libre circulación y de acceso al ejercicio de una profesión o actividad económica en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de nacionalidad, y otros. Véase DUARTE, Maria Luísa. "O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do "triângulo judicial europeu"." *op. cit.*, pp. 1747-1768.

⁵³⁷ HERMIDA DEL LLANO, Cristina. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Vol. 48. Anthropos Editorial, 2005, p. 85.

comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.⁵³⁸

5.3.3 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en temas electorales

Desde su creación en 1952, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tiene por misión garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados de la Unión. En el marco de esta misión, el TJEU controla la legalidad, vela por el respecto a las obligaciones establecidas en los Tratados y constituye la máxima autoridad judicial de la Unión Europea. En este contexto, es importante analizar el papel desempeñado por la corte supranacional, especialmente cuanto a la interacción de su jurisprudencia con la jurisprudencia del TEDH, ambas actuantes en el escenario europeo en materia de derechos políticos, especialmente el derecho de presentarse a cargos públicos representativos.

El ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía europea ha dado lugar a numerosos litigios ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que muchas veces se han visto obligados a recurrir al mecanismo de la cuestión prejudicial⁵³⁹. Efectivamente, en la Unión Europea, el control por el Tribunal de Justicia de las legislaciones de los Estados no se produce inmediatamente, en virtud de la impugnación ante él por la vía del recurso

⁵³⁸ DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales." *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1.2, 1997, p. 332.

⁵³⁹ Las cuestiones prejudiciales europeas están reguladas básicamente por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, cuyo tenor literal reproducimos a continuación: "*Artículo 267. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad*". De hecho, esta regulación ha sido desarrollada en otros textos normativos comunitarios, y de modo especial por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –ETJUE–, de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009, anexo al Tratado de Lisboa como Protocolo núm. 3, en particular en sus artículos 23 y 23 bis; y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia –RPTJ–, de 25 de septiembre de 2012 y en vigor desde el 1 de noviembre de 2012, cuya última modificación es de 26 de junio de 2013, fundamentalmente en sus artículos 93 a 118. Véase CIENFUEGOS MATEO, Manuel. "La Cuestión Prejudicial Comunitaria: Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea." Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series, Vol. 1, nº 1, 2014, p. 4.

directo o de modo incidental, sino a través de la cuestión prejudicial, dando ocasión al Tribunal de la Unión a que se pronuncie sobre la interpretación o validez de la norma comunitaria decisiva para el caso.⁵⁴⁰ Ello, unido a los recursos por incumplimiento⁵⁴¹ planteados por la Comisión o por algún Estado miembro, ha permitido al TJUE a desarrollar una importante jurisprudencia en la materia.⁵⁴²

Ahora bien, el objeto de este epígrafe es precisamente pasar revista a la jurisprudencia del TJUE que, si bien se ha ocupado principalmente del derecho de libre circulación y residencia, también se ha enfrentado a otras cuestiones como la titularidad de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. Procuraremos hacer un breve repaso general y nos centraremos en presentar y comentar los pronunciamientos del TJUE.

Así, dejando de lado antecedentes más remotos, los orígenes de la ciudadanía de la Unión enlazan tanto con el proyecto de Tratado de la Unión Europea de 1984 - proyecto Spinelli⁵⁴³ - como con un conjunto heterogéneo de iniciativas promovidas en los años 80

⁵⁴⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Constitución y orden constitucional en la Unión Europea." *Revista de estudios políticos*, 119, 2003, p. 61.

⁵⁴¹ Para REGÍ RODRÍGUEZ, el Recurso por Incumplimiento comprende tanto las acciones no conformes con las normas comunitarias, la constatación de la ineffectividad de las transposiciones defectuosas existentes y la ayuda a la depuración y mejora del ordenamiento interno, así como las omisiones cuando hay una obligación de hacer. Igualmente, la Comisión Europea cumple una importante misión, como garante de su cumplimiento, al seleccionar aquellas áreas o prácticas de los Estados miembros que van a ser perseguidas en los casos que se detecten infracciones del Derecho de la Unión disponiendo la Comisión de una atribución discrecional que le otorga un poder de apreciación para presentar o no la demanda de incumplimiento, aportando al TJUE los elementos necesarios para la prueba del incumplimiento que no podrán fundamentarse en presunciones (Public Policy Instrument), asegurándose la Comisión Europea la garantía y efectividad del Derecho de la Unión Europea "la última ratio que permite hacer prevalecer los intereses comunitarios consagrados por los Tratados contra la inercia y la resistencia de los Estados miembros" y la primacía de los Tratados acordados entre los socios de la Unión, velando porque estos no infrinjan la efectividad del Derecho de la Unión, elaborando normas contrarias a este (Security and the Rule of Law) y obteniéndose del TJUE una sentencia vinculante para el Estado miembro afectado donde se hubiere constatado el incumplimiento. Véase REGÍ RODRÍGUEZ, Jordi. "La tutela del Derecho de la Unión Europea: La cuestión prejudicial y el recurso por incumplimiento." *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 16, 2016, pp. 3-4.

⁵⁴² CRESPO NAVARRO, Elena. "La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad." *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 11.28, 2007, p. 885.

⁵⁴³ El proyecto de Tratado sobre la Unión Europea - **Proyecto Spinelli**, 14 de febrero 1984 - propone crear una ciudadanía de la UE sujeta a la nacionalidad de un Estado miembro. El proyecto, aprobado en la Eurocámara, fue tumbado por el Consejo. Según GARCÍA DE ENTERRÍA, el Proyecto Spinelli fue fruto del movimiento federalista. Este Proyecto se apoyaba en un hecho sumamente simple: por vez primera existía un Parlamento Europeo que había sido elegido directamente por todo el pueblo europeo mediante sufragio universal. Los propugnadores del Proyecto (principalmente Altiero Spinelli, un socialista italiano ya fallecido) entendieron que este simple hecho había alterado sustancialmente el equilibrio institucional de las Comunidades. Hasta entonces las Comunidades venían rigiéndose por un sistema intergubernamental,

en el seno de las instituciones comunitarias a raíz del Informe Adonnino⁵⁴⁴ sobre la Europa de los ciudadanos.⁵⁴⁵

El TJUE ha recordado continuamente el carácter propio, nuevo y autónomo del Derecho de la Unión, como un ordenamiento legal separado del derecho internacional y del derecho nacional, comenzando con las sentencias de *Van Gend & Loos contra Administración Fiscal holandesa*, de 5 de febrero de 1963, y *Flaminio Costa contra Enel*, de 15 de julio de 1964, en las cuales los jueces, describieron el Tratado de la Comunidad Europea como un tratado de naturaleza especial.⁵⁴⁶

En el Caso Van Gend & Loos el Tribunal de Justicia señaló:

*“Considerando que el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes; que esta concepción está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que, además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, mediante la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos; que, por otro lado, se ha de resaltar que los nacionales de los Estados reunidos en la Comunidad deben colaborar en el funcionamiento de ésta, a través del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social.”*⁵⁴⁷

En efecto, el sistema judicial previsto en dichos tratados reparte entre los tribunales nacionales y los tribunales de la Unión Europea la competencia de la tutela del derecho de sufragio pasivo, aunque corresponde al TJUE la última voz en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión. Es de subrayar que la competencia

esto es, a través de órganos cuyos titulares eran miembros de los Gobiernos de los Estados. Sin más, el hecho de la elección del Parlamento directa y libremente por el pueblo europeo daba a este órgano una base democrática nueva, sin necesidad de intermediación alguna de los Gobiernos nacionales. Sólo ese hecho, sigue la tesis, que hacía del Parlamento Europeo un genuino representante de los pueblos de Europa, venía a dotarle de un verdadero poder constituyente. Véase DE ENTERRÍA, Eduardo García. "El proyecto de Constitución europea." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45, 1995, pp. 11-12.

⁵⁴⁴ En el informe presentado en el Consejo Europeo de Milán, en junio de 1985, anticipa ya algunos derechos como la libre circulación generalizada a todos los ciudadanos, el derecho de voto activo y pasivo, y la protección diplomática y consular.

⁵⁴⁵ MARTÍNEZ CABALLERO, Juan. "La ciudadanía de la Unión Europea y sus derechos: un análisis crítico." *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 23, 2018, p. 427.

⁵⁴⁶ ORTIZ AHLF, Loretta. "Derecho comunitario y derecho internacional." *op. cit.*, p. 14.

⁵⁴⁷ Sentencia de 5 de febrero de 1963, en el asunto 26/62, p. 339.

entre los diversos tribunales plantea algunas cuestiones de suma importancia, concernientes, principalmente, a la delimitación de los respectivos ámbitos de jurisdicción, a los riesgos de divergencia jurisprudencial entre ellos y la insuficiente o inadecuada tutela judicial de los derechos de candidatura política.

Hace ya años sostiene ALONSO GARCÍA que éste es precisamente el reto que tiene ante sí el TJUE: ir definiendo y *convenciendo al hacerlo*, a la luz y para el marco europeo, situaciones en las que el ciudadano sea más libre y por tanto más ciudadano, en un proceso dialéctico permanente en el que éste, al tiempo que aparece como contrapuesto al concepto de colectividad, es también parte de la colectividad misma.⁵⁴⁸ De hecho, la Gran Sala, en 2006, ha tenido que tratar cuestiones relativas a la identidad de las personas que disfrutaran activamente y pasivamente del derecho a voto en las elecciones europeas, y ha emitido dos importantes fallos (*Eman & Sevinger*⁵⁴⁹ contra *College van burgemeester en wethouders van Den Haag* y *España contra Reino Unido*⁵⁵⁰).

De estos fallos surge una pregunta fundamental sobre los límites a la ciudadanía de la UE establecidos por la legislación primaria de la UE: ¿el Derecho de la Unión puede limitar la libertad de los Estados miembros de otorgar el derecho de sufragio en las elecciones europeas y tal vez, incluso, el derecho a ser elegido para el Parlamento Europeo?

⁵⁴⁸ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "Derechos fundamentales y comunidades europeas." *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Civitas, 1991, p. 837.

⁵⁴⁹ En *Eman y Sevinger*, el Raad van State of the Netherlands (en lo sucesivo, tribunal administrativo supremo holandés) solicitó al TJUE una resolución preliminar sobre la libertad de un Estado miembro para excluir a algunos de sus propios ciudadanos los derechos de voto cuando ellos se encuentren en países de ultramar (Aruba, en el caso).

⁵⁵⁰ En este caso, el TJCE resolvía el recurso presentado por España contra el Reino Unido por la infracción del ordenamiento comunitario derivada de la promulgación de la European Parliament Act 2003 (EPRA 2003). Los motivos alegados por España eran dos, sin embargo, nos ocuparemos únicamente del referido a la contradicción de la EPRA 2003 con lo dispuesto en los artículos 17, 19, 189 y 190 TCE, en la medida en que dicha norma permite reconocer el derecho de voto en las elecciones al PE a personas que no pueden ser consideradas nacionales británicos de acuerdo con la Declaración del Reino Unido de 1972, modificada en 1982, en concreto, a los Qualifying Commonwealth Citizen (QCC), residentes en Gibraltar. Recordemos que la EPRA 2003 fue adoptada por el Reino Unido después de que el TEHD declarara en su sentencia de 18 de febrero de 1999, asunto *Matthews c. Reino Unido*, que al no haber organizado elecciones al PE en Gibraltar, dicho Estado había violado el Art. 3 del Protocolo n. 1 a la CEDH, según el cual «Las altas partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo», pues entiende que las competencias del PE permiten considerar que constituye una parte del «cuerpo legislativo» de Gibraltar. Véase CRESPO NAVARRO, Elena. "La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad." *op. cit.* p. 892.

En *M. G. Eman y O. B. Sevinger contra College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, de 12 de septiembre de 2006, el TJUE siguió la tendencia del TEDH y sin dificultad aceptó la residencia como límite de los derechos de voto. La ley de la Unión no se aplica en Aruba y, por lo tanto, el Parlamento Europeo no puede considerarse como un órgano legislativo allí. Por lo tanto, ni la ley de la Unión ni el CEDH ni sus protocolos pueden otorgar directamente a Eman y Sevinger, que viven en Aruba, el derecho a votar y presentarse como candidatos en las elecciones europeas. El problema aquí era que la ley electoral holandesa excluía a sus propios ciudadanos de estas elecciones solo cuando residían en Aruba y las Antillas Holandesas, y no en otras partes del mundo. Se le pidió al TJUE que dictase sobre esta distinción.⁵⁵¹

Aún en tema de sufragio pasivo, el Tribunal de Justicia ha reconocido – en *España contra Reino Unido*, de 12 de septiembre de 2006⁵⁵² - el derecho de voto en las elecciones europeas a residentes en Gibraltar sin condición de nacionalidad.⁵⁵³ De lo anterior se desprende que el Reino Unido no ha infringido los artículos 189 CE, 190 CE, 17 CE y 19 CE al adoptar una ley que dispone, en lo que respecta a Gibraltar, que ciudadanos de la Commonwealth residentes en ese territorio, que no tienen la condición de nacionales comunitarios, tienen el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. Una postura que fue afirmada entonces por el Tribunal de Luxemburgo, dando la razón al Reino Unido, apoyado a su vez por la Comisión Europea.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ ADAM, Stanislas. "Electoral rights under the review of the European Court of Justice: judicial trends and constitutional weaknesses." *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 3.1, 2007, p. 416.

⁵⁵² El TJUE, consideró, de acuerdo con la tesis defendida por el Reino Unido y apoyada por la Comisión, que ni los preceptos mencionados por España, ni el Acta de 1976 determinan de forma expresa y precisa quienes son los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al PE, ni de ellos puede deducirse que los ciudadanos de la Unión sean los únicos beneficiarios de los derechos reconocidos en el Tratado. En particular, en relación con los artículos 189 CE y 190 TCE, entendió que no podía extraer ninguna conclusión clara de la referencia a la composición del PE por representantes de los pueblos de los Estados miembros, por considerar que el término «pueblos», no está definido y puede tener distintos significados según los Estados miembros y las lenguas de la Unión. Véase C-145/04, apartado 71.

⁵⁵³ La sentencia pone de manifiesto un intento de desconectar ciudadanía y nacionalidad. Afirma que las elecciones al Parlamento Europeo se organizan en cada Estado miembro para los representantes elegidos en dicho Estado y que la extensión hecha por un Estado miembro del derecho de voto en esas elecciones a personas distintas de sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión que residan en su territorio únicamente afecta a la identidad de los representantes elegidos en dicho Estado miembro y no tiene repercusión ni en la identidad ni en el número de los representantes elegidos en los demás Estados miembros.

⁵⁵⁴ GAROT, Marie-José. "La ciudadanía de la Unión Europea: novedades desde Lisboa y Luxemburgo." *Revista Direito GV*, 8.2, 2012, p. 760.

En el asunto *Thierry Delvigne contra Commune de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde*, de 6 de octubre de 2015, el TJUE trató de las elecciones al PE y del derecho de sufragio activo, más específicamente acerca de la retroactividad de la ley penal más favorable⁵⁵⁵. Según la legislación francesa, hasta el 1 de marzo de 1994, una persona condenada por un delito grave era privado de forma automática y permanente del derecho de sufragio activo y pasivo. Tras la reforma del Código Penal, esa prohibición dejó de ser automática. Sin embargo, esa nueva regla no se aplicaría a las condenas dictadas antes de la entrada en vigor del nuevo Código. El Sr. Delvigne, de hecho, impugnó el mantenimiento de esa prohibición y el Tribunal d'instance de Bordeaux preguntó al TJEU⁵⁵⁶ si, teniendo en cuenta el derecho de los ciudadanos de la UE que votarán en las elecciones al Parlamento Europeo, un Estado miembro puede disponer de una prohibición general, indefinida y automática del ejercicio de los derechos civiles y políticos.

Para el TJUE la prohibición era proporcionada en la medida en que llevó en cuenta la naturaleza, la gravedad del delito cometido y la duración de la pena. Los artículos 39, apartado 2, y 49, apartado 1⁵⁵⁷, última frase, de la Carta deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una legislación de un Estado miembro excluya⁵⁵⁸ de pleno derecho de entre los titulares del derecho de sufragio activo en las elecciones al

⁵⁵⁵ En 1988, el Sr. Thierry Delvigne, ciudadano francés, fue condenado mediante sentencia firme por un grave crimen en Francia. Sobre la base de la ley penal vigente en ese momento, fue automáticamente privado permanentemente de sus derechos de sufragio. No obstante la reforma del Código Penal en 1994, el señor Delvigne continuó siendo privado de sus derechos de ciudadanía debido a que esa privación resultó de una condena penal que se había convertido en firme antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Por tanto, el señor Delvigne ya no puede votar en Francia, ni siquiera en las elecciones al PE.

⁵⁵⁶ Cuestiones prejudiciales planteadas: 1) ¿Debe interpretarse el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el sentido de que impide que un artículo de una ley nacional mantenga la prohibición –por lo demás indefinida y desproporcionada– de que las personas condenadas antes de la entrada en vigor de la ley penal n° 94-89, de 1 de febrero de 1994, más benévola, se beneficien de una pena más liviana?; 2) ¿Debe interpretarse el artículo 39 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aplicable a las elecciones del Parlamento Europeo, en el sentido de que exige a los Estados miembros de la Unión Europea que no impongan una prohibición general, indefinida y automática al ejercicio de los derechos civiles y políticos, con el fin de no crear desigualdades de trato entre los nacionales de los Estados miembros?

⁵⁵⁷ *Artículo 49 Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.*

⁵⁵⁸ La prohibición en cuestión se aplicaba, en aquel momento, solo a las personas condenadas por un delito punible con al menos cinco años de prisión. Además, la ley francesa permite que una persona en la situación del Sr. Delvigne solicite y obtenga la reinstalación de los derechos de sufragio perdidos. El Tribunal concluye que es posible mantener una prohibición que, por operación de derecho, impide que las personas condenadas por un delito grave puedan votar en las elecciones Parlamento Europeo.

Parlamento Europeo a aquellas personas condenadas por un delito grave mediante sentencia firme antes del 1 de marzo de 1994. La Corte aclara, por fin, que esa conclusión en particular no es afectada por la regla de retroactividad de una ley penal más benéfica. Para la Corte, la reforma del Código Penal (que introdujo un régimen más benéfico con respecto a la pérdida de los derechos de sufragio que el que había aplicado anteriormente) no afecta la situación del Sr. Delvigne, ya que había sido condenado por sentencia firme antes de la entrada en vigor de la reforma.⁵⁵⁹

De hecho, el artículo 52, apartado 1⁵⁶⁰, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos como los consagrados en el artículo 39, apartado 2, de ésta, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, observando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás⁵⁶¹ (una técnica de decisión, desde luego, muy similar a la practicada por el TEDH en la lectura del CEDH).

Por fin, aunque para el TJUE esta limitación no pone en entredicho el referido derecho como tal, puesto que supone excluir a algunas personas, en determinadas circunstancias y debido a su comportamiento, se trata de un verdadero intento de responsabilidad penal objetiva, que va en contra los fundamentos del sistema penal de la Carta, basado en la culpabilidad (cúmplenos subrayar aquí que la prohibición de los derechos políticos se trata de mero conseqüencia de la condena principal)⁵⁶². Además, una

⁵⁵⁹ En otras palabras, la legislación francesa se limitó a mantener la privación permanente del derecho al voto sólo respecto a las condenas firmes por sentencia dictadas en última instancia en virtud del antiguo Código Penal, lo que no parece proporcionado.

⁵⁶⁰ *Artículo 52 Alcance de los derechos garantizados 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

⁵⁶¹ Para el TJUE, esta limitación no pone en entredicho el referido derecho como tal, puesto que supone excluir a algunas personas, en determinadas circunstancias y debido a su comportamiento, de entre los titulares del derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo, siempre que concurren tales circunstancias. Por último, tal limitación resulta proporcionada, dado que, por un lado, toma en consideración la naturaleza y la gravedad del delito cometido y la duración de la pena, y por otro lado, el Derecho nacional ofrece la posibilidad a aquellas personas objeto de una privación del derecho de sufragio activo a solicitar su restablecimiento.

⁵⁶² *Artículo 48 Presunción de inocencia y derechos de la defensa 1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*

prohibición general, indefinida y automática del derecho de sufragio viola los principios constitucionales del debido proceso legal, del contradictorio y amplia defensa y, en última instancia, el principio de la dignidad humana.⁵⁶³ Resulta manifiesto, sin embargo, que el fallo abre la puerta para que los condenados por delitos menos graves obtengan el derecho al voto, pero no existen otros criterios objetivos para una formulación teórica acerca del criterio de decisión.

En *Junqueras i Vies contra el Parlamento Europeo*, de 19 de diciembre de 2019, el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español relativas a la inmunidad prevista en el Protocolo n 7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea. El TJUE aclaró el alcance personal, temporal y material de las inmunidades de que disfrutaban los diputados al Parlamento Europeo.⁵⁶⁴ El Sr. Junqueras Vies resultó electo miembro del Parlamento Europeo en las elecciones del 26 de mayo de 2019, siendo así proclamado por el acuerdo de la JEC de 13 de junio de 2019.

El 14 de junio de 2019, el Tribunal Supremo denegó al Sr. Junqueras Vies una autorización extraordinaria de salida del centro penitenciario para prestar la promesa o el juramento de acatar la Constitución española que la ley española exige a las personas electas miembros del PE. El 20 de junio de 2019, ante la falta de acatamiento, la Junta Electoral Central declaró vacante el escaño correspondiente al Sr. Junqueras Vies y suspendidas todas las prerrogativas que le pudieran corresponder por razón de su cargo. El Sr. Junqueras Vies interpuso ante el TS un recurso de súplica contra el auto de 14 de

⁵⁶³ La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el *derecho* positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos. En concreto, los derechos humanos tienen la *forma* de derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas. Han sido efectivamente diseñados para ser *traducidos en términos concretos* en la legislación democrática; para ser *especificados*, caso a caso, en las decisiones judiciales, y para *hacerlos valer* en casos de violación. De este modo, los derechos humanos se circunscriben de manera precisa sólo en aquella parte de la moral que *puede* ser traducida al ámbito de la ley coercitiva y transformarse en una realidad política mediante la fórmula robusta de derechos civiles efectivos. Véase HABERMAS, Jürgen. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos.” *Diánoia*, 55.64, 2010, pp. 10-11

⁵⁶⁴ El Sr. Junqueras Vies era vicepresidente del Gobierno autonómico de Cataluña cuando el 1 de octubre de 2017 se celebró el referéndum de autodeterminación previsto por una ley - Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación - cuyas disposiciones habían sido suspendidas en virtud de una resolución del TC español. A continuación, fue promovido un proceso penal contra varias personas, entre ellas el Sr. Junqueras Vies, a quienes se reprochaba, en particular, haber participado en un proceso de secesión. La situación de prisión provisional para el Sr. Junqueras Vies se acordó desde el 2 de noviembre de 2017.

junio de 2019, recurso en el que invocaba la inmunidad establecida en el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea. El TS planteó al TJUE cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 9 del Protocolo nº 7⁵⁶⁵. El 14 de octubre de 2019, fecha en la que se celebró la vista ante el Tribunal de Justicia, el TS dictó una sentencia por la que condenó, en particular, al Sr. Junqueras Vies a trece años de prisión y a igual número de años de inhabilitación absoluta, a la vez que mantuvo la petición de decisión prejudicial.

El Sr. Maciej Szpunar – Abogado General del TJUE – consideró que, en la medida en que la sentencia de 14 de octubre de 2019 conllevaba la anulación del mandato del Sr. Junqueras Vies, el TJUE no sería competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. Además, propone al TJUE que declare que, desde el momento en que el Derecho nacional de un Estado miembro reconoce la inmunidad a los miembros del Parlamento nacional, el artículo 9 del Protocolo debe interpretarse en el sentido de que corresponde al Parlamento europeo pronunciarse sobre la oportunidad de suspender o de mantener la inmunidad de uno de sus miembros.⁵⁶⁶

En efecto, en virtud del Acta electoral,⁵⁶⁷ la anulación del mandato de un diputado, derivada de la aplicación de la legislación nacional, implica automáticamente la expiración del mandato del diputado de que se trate, así como la vacante del escaño de

⁵⁶⁵ Artículo 9. Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán: a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país; b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste. No podrá invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito ni podrá ésta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros.

⁵⁶⁶ Por fin, mediante acuerdo de 3 de enero de 2020, la JEC declaró la inelegibilidad del Sr. Junqueras i Vies por haber sido condenado a una pena privativa de libertad. Mediante auto de 9 de enero de 2020, el Tribunal Supremo Observó que, cuando el Sr. Junqueras i Vies fue proclamado electo, el proceso penal que le afectaba había concluido y se había iniciado el proceso de deliberación. Así, en la medida en que el Sr. Junqueras i Vies había obtenido la condición de diputado europeo con el proceso ya en fase de juicio oral, no podía ampararse en la inmunidad para obstaculizar la prosecución de su enjuiciamiento. En la sesión plenaria de 13 de enero de 2020, el Parlamento Europeo, por una parte, en virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019, tomó nota de la elección al Parlamento Europeo del Sr. Junqueras i Vies con efectos desde el 2 de julio de 2019 y, por otra parte, habida cuenta del acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 y tras el auto del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2020, hizo constar la vacante de su escaño con efectos desde el 3 de enero de 2020.

⁵⁶⁷ Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, aneja a la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 20 de septiembre de 1976 (DO 1976, L 278, p. 1), modificada, por última vez, por la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002 (DO 2002, L 283, p. 1).

ese diputado. El Parlamento Europeo es simplemente informado de la expiración del mandato por las autoridades nacionales y de la fecha de conclusión de este por su presidente. Llama la atención, sin embargo, que la anulación del mandato al PE resulte exclusivamente de una decisión de las autoridades nacionales competentes. De hecho, el Parlamento Europeo se limitó, esencialmente, a hacer constar la vacante del escaño, sin poder controlar la regularidad del procedimiento nacional que condujo a la anulación de su mandato y, por tanto, a la vacante de su escaño.

Ahora bien, el caso plantea la cuestión de la distribución de los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión y de la ley de los Estados miembros por lo que respecta al proceso de adquisición de la condición de miembro del Parlamento. Mientras que el procedimiento electoral se rige por el Derecho nacional, el estatuto de los diputados al PE sólo puede regirse por el Derecho de la Unión, so pena de menoscabar la independencia y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión. Además, la adquisición del mandato parlamentario no puede estar supeditada al ulterior cumplimiento de formalidad alguna.⁵⁶⁸ En definitiva, y lo más importante aquí, es que la prestación del juramento o de la promesa de acatar a la Constitución española no constituye una etapa del proceso de elección al Parlamento Europeo en España.⁵⁶⁹

Por otro lado, el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales quizá revele que internacionalmente se ha avanzado en la concepción de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías como parte integrante de los derechos humanos y se han consolidado la integridad territorial y la soberanía del Estado como límites que encauzan el disfrute de los derechos de las personas integrantes de las minorías.⁵⁷⁰ Pero seguimos sin alcanzar un consenso general sobre la definición de minoría y el reconocimiento de los derechos colectivos de las mismas, aún más en el caso de los nacionalistas que integran el Estado español.

⁵⁶⁸ El Abogado General Maciej Szpunar estima que, si bien el contenido sustantivo de la inmunidad derivada del Derecho nacional depende de ese Derecho, la duración de la protección se rige, no obstante, por el Derecho de la Unión, en pie de igualdad para todos los diputados del Parlamento.

⁵⁶⁹ Según el Sr. Szpunar, el mandato de un diputado europeo que no ha asumido efectivamente sus funciones por no haber cumplido todas las formalidades exigidas por el Derecho nacional también comienza con la apertura del primer período de sesiones del nuevo Parlamento electo. En consecuencia, a partir de ese mismo momento, ese diputado está amparado por la inmunidad parlamentaria establecida por el Protocolo.

⁵⁷⁰ BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel. “El Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías.” *Revista de Instituciones Europeas*, 22, 1995, p. 957.

De lo anterior, ¿cual es el papel de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del CEDH como especial fuente de inspiración en la configuración jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión?

Desde un punto de vista práctico, entre los instrumentos manejados por el TJUE como fuente de los derechos y libertades incorporados a la Carta, ajenos al contexto comunitario en sentido estricto, figuran, amén del Convenio Europeo y de la Carta Social Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto a Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, el Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Menor, y el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Políticos.⁵⁷¹ Con todo, mientras que las libertades de moverse y residir dentro de la Unión sean derechos naturales de la Comunidad e incluso pueden extenderse a nacionales de terceros países, los derechos de voto, debido a su sensibilidad política, siguen siendo esencialmente una cuestión de competencia nacional.⁵⁷²

En conclusión, merece la pena destacar que el TJUE trae consigo un nuevo sistema supranacional de control judicial. Todos los jueces nacionales están capacitados, es más, obligados, a controlar la conformidad de las leyes nacionales con las leyes de la Unión y a negarse a aplicar las primeras cuando consideren que violan la ley de la Unión aplicable en el caso. Este sistema de control judicial supranacional, en el que la ley comunitaria asume una función análoga a la de la ley federal respecto a la estatal en los Estados Unidos, está reforzado por la posibilidad y, en ciertos casos, la obligación que tienen los Tribunales nacionales de remitirse al TJUE para obtener una resolución vinculante acerca de la interpretación de las normas legales comunitarias que tengan relación con el caso *sub judice*.⁵⁷³

⁵⁷¹ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.", *op. cit.*, p. 17.

⁵⁷² ADAM, Stanislas. "Electoral rights under the review of the European Court of Justice: judicial trends and constitutional weaknesses." *op. cit.*, p. 439.

⁵⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. "El" formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado." *Revista de Estudios Políticos*, 13, 1980, p. 79.

En efecto, bien afirma, DEL VALLE GÁLVEZ y RODRÍGUEZ IGLESIAS⁵⁷⁴, los principios fundamentales que rigen las relaciones entre el Derecho de la Unión y los derechos internos de los Estados miembros no se encuentran expresados en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, sino que han sido identificados y formulados por el TJUE a través de una construcción jurisprudencial basada fundamentalmente en la especificidad de los caracteres y objetivos propios de las Comunidades Europeas⁵⁷⁵ y de su ordenamiento jurídico.

Veremos, a continuación, cómo las elecciones al Parlamento Europeo contribuyen igualmente para la identificación de principios y reglas aplicables al régimen de protección de las candidaturas políticas a cargos públicos representativos ante el derecho de la Unión.

5.3.4 La elección del Parlamento Europeo

⁵⁷⁴ DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales.", *op. cit.* p. 350.

⁵⁷⁵ La diversificación de las conductas de los individuos. A dicha diversificación es a la que responde el Derecho, que, justamente por eso, sólo existe real y efectivamente de forma múltiple. Véase PÉREZ ROYO, Javier. "El Derecho Constitucional en la formación del jurista." *Revista española de derecho constitucional*, 46, 1996, pp. 43-54.

La base jurídica para la elección es el artículo 14⁵⁷⁶ del Tratado de la Unión Europea (TUE) y artículos 20⁵⁷⁷, 22⁵⁷⁸ y 223⁵⁷⁹ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Además, súmanse a estos el Acta de 20 de septiembre de 1976⁵⁸⁰ relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo y la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002, por la que se modifica dicho Acto⁵⁸¹.

Históricamente, en marzo de 1982, el Parlamento Europeo, con su “*proyecto Seitlinger*”, recomendó que los Estados miembros concedan a sus propios ciudadanos el

⁵⁷⁶ Artículo 14 1. El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al Presidente de la Comisión. 2. El Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión. Su número no excederá de setecientos cincuenta, más el Presidente. La representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro. No se asignará a ningún Estado miembro más de noventa y seis escaños. El Consejo Europeo adoptará por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo conforme a los principios a que se refiere el párrafo primero. 3. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años. 4. El Parlamento Europeo elegirá a su Presidente y a la Mesa de entre sus diputados.

⁵⁷⁷ Artículo 20 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla; 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: (...) b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;

⁵⁷⁸ Artículo 22 1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 223 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.

⁵⁷⁹ Artículo 223 1. El Parlamento Europeo elaborará un proyecto encaminado a establecer las disposiciones necesarias para hacer posible la elección de sus miembros por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros.

⁵⁸⁰ Acta Relativa a la Elección de los Representantes en el Parlamento Europeo por Sufragio Universal Directo, aneja a la Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976 (DO L 278 de 8.10.1976) (76/787/CECA, CEE, Euratom).

⁵⁸¹ La Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo introdujo a su vez los principios de representación proporcional (utilizando una lista o un solo voto transferible) y la incompatibilidad entre los mandatos nacionales y europeos (por ejemplo, un miembro del Parlamento Europeo no podrá ser miembro del gobierno de un país de la UE). Esta Decisión aún regula el procedimiento ante la dificultad de llegar a un acuerdo sobre la armonización de las tradiciones nacionales.

derecho de voto en las elecciones europeas donde sea que residan en la Comunidad. Sin embargo, esta recomendación no era vinculante⁵⁸². Por fin, la Directiva (CE) 93/109 del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, estableció disposiciones detalladas para el ejercicio del derecho de voto y de candidatura en las elecciones al Parlamento Europeo para los ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro del que no sean nacionales.⁵⁸³ Los procedimientos para la elección del Parlamento Europeo se rigen tanto por la legislación de la Unión, que define normas comunes para todos los Estados miembros, como por disposiciones nacionales específicas que varían de un Estado a otro.⁵⁸⁴

De lo anterior, los Estados miembros pueden optar por dividir su territorio en varias circunscripciones regionales a los fines de las elecciones al Parlamento Europeo. Casi todas las normas técnicas que regulan esta elección se elaboran a nivel de los Estados miembros. Aunque los Estados miembros aceptaron recientemente compartir el principio de representación proporcional para la organización de las elecciones europeas, son casi libres de darle cualquier contenido práctico. De hecho, hoy en día existen casi tantos regímenes de representación proporcional como Estados miembros. Por ejemplo, algunos Estados aplican listas bloqueadas, mientras que otros autorizan al votante a dar preferencia a varios candidatos en listas diferentes (*panachage*)⁵⁸⁵.

⁵⁸² El Proyecto Seitlinger contó con el importante voto en contra de la mayoría de los diputados británicos. El nuevo Proyecto permitía a los Estados que no siguieran la normativa uniforme cuando ésta no tuviera «en cuenta las particularidades geográficas o étnicas reconocidas por la Constitución de los Estados miembros», con la intención de poder acoger las opiniones británica (contrarias al sistema proporcional) y francesa (contraria a circunscripciones inferiores al Estado, que pudieran suponer la puesta en peligro del «principio de indivisibilidad de la República»). A pesar de eso, el hecho de que el Proyecto propusiera circunscripciones plurinominales de un mínimo de 3 y máximo de 15 escaños elegidos por el sistema proporcional en su variante D'Hondt, originó en el seno del Consejo la oposición tanto del Reino Unido como de Francia, por lo que el Consejo rechazó el Proyecto Seitlinger. Véase RUIZ ROBLEDÓ, Agustín. "La creación de un sistema electoral uniforme para el Europarlamento." *op. cit.*, p. 307.

⁵⁸³ ADAM, Stanislas. "Electoral rights under the review of the European Court of Justice: judicial trends and constitutional weaknesses." *op. cit.*, pp. 418-420.

⁵⁸⁴ Las normas comunes establecen el principio de representación proporcional y ciertas incompatibilidades con el mandato de diputado al Parlamento Europeo. Muchas otras cuestiones importantes, como el sistema electoral específico que se emplea o el número de circunscripciones, están reguladas por las leyes nacionales.

⁵⁸⁵ Un repaso a los sistemas de personalización del voto en el derecho comparado pone de manifiesto que hay una tendencia general a la personalización del voto en los sistemas proporcionales. En unos se combina la representación proporcional con elementos propios de un sistema mayoritario. En otros se actúa sobre la estructura de voto, estableciendo sistemas de voto personal o de listas desbloqueadas e incluso abiertas. En el sistema de voto personal, cada elector indica su orden de preferencia entre los candidatos presentados en su circunscripción, con independencia de su filiación política. En el modelo de listas desbloqueadas, el elector puede votar a favor de tantos candidatos como escaños tiene asignados la circunscripción, alterando el orden de presentación de la lista de partido. En el modelo de listas abiertas, el elector escoge candidatos de diferentes partidos. España, junto a Portugal e Italia - tras la reforma de 2005 - son los únicos países europeos con sistemas proporcionales que siguen utilizando listas cerradas y bloqueadas. Véase DE

Además, la mayoría de los ciudadanos también tienen nociones restrictas o ambiguas sobre el papel y las actividades del Parlamento Europeo, y aún menos el trabajo de grupos de partidos o de miembros individuales del Parlamento Europeo. Por todos estos motivos, pocos argumentarían que el modelo de gobierno de los partidos refleja la realidad de las elecciones parlamentarias europeas. Sin embargo, dado que comúnmente suponemos que la democracia moderna se basa en el gobierno de partidos, esto justifica un análisis detallado de su desempeño en el contexto de la UE. En realidad, la investigación sobre las elecciones europeas ha confirmado que los votantes tienen poco interés en cuestiones constitucionales de gobernanza europea, y los partidos tienen pocos incentivos para alterar esta situación.⁵⁸⁶

Así, hace falta un nuevo modelo para la uniformación del procedimiento electoral al Parlamento Europeo. Hasta hoy, no parece haber existido una auténtica voluntad política para su establecimiento, presentándose por diversos Estados una serie de obstáculos que parecen insalvables. En suma, la cuestión no parece ser prioritaria y presenta no pocas dificultades, como es la necesidad de que sea aprobada por unanimidad del Consejo, previo acuerdo adoptado por la mayoría del Parlamento Europeo.⁵⁸⁷

En la medida, además, en que la representación política lo es de interés general, la función legitimadora del sufragio se manifiesta al mismo tiempo como función de integración. Proclamar que el pueblo ejerce la soberanía mediante el sufragio impone dos exigencias que el ordenamiento ha de atender: por una parte, garantizar un sufragio activo universal, libre y secreto y, por otra, garantizar el general y libre acceso del pueblo al

MARCOS, María Garrote. "La improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados." *InDret*, 4, 2009, p. 23.

⁵⁸⁶ Las elecciones tienen poca relevancia para los votantes, mientras que la relevancia para los partidos se deriva de su impacto en los asuntos nacionales no europeos. El resultado es que los problemas de la gobernanza europea cuentan poco para la decisión del electorado. De hecho, podemos concluir desde luego que el crecimiento de los poderes de la UE significa que la vida de los ciudadanos europeos está cada vez más influenciada por las decisiones que se toman en Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo, y no en los gobiernos nacionales. A pesar de los recientes cambios en los poderes del Parlamento Europeo, los mecanismos directos para la responsabilidad pública siguen siendo débiles mientras los partidos no ofrezcan a los votantes alternativas políticas claras sobre la gobernanza europea en las elecciones europeas. Las otras formas de representación política – en términos de delegados nacionales, representación social, representación funcional y responsabilidad del servicio – tampoco están lo suficientemente desarrolladas en el Parlamento Europeo. Véase MARSH, Michael, y Pippa NORRIS. "Political representation in the European Parliament." *European Journal of Political Research*, 32.2, 1997, pp. 156-161.

⁵⁸⁷ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, y Enrique ÁLVAREZ CONDE. "De nuevo sobre el procedimiento electoral uniforme." *Revista de estudios políticos*, 86, 1994, p. 63.

sufragio pasivo.⁵⁸⁸ Al final, la mayor demanda de legitimidad del sistema de la Unión pasa inevitablemente por el *discurso jurídico de la ciudadanía como factor esencial de legitimación del poder*, algo que la concepción actual de la ciudadanía de la Unión no parece aún albergar.⁵⁸⁹ Para parte de la doctrina, la actual ciudadanía europea es un estatuto al servicio de los fines del Tratado y nada más.⁵⁹⁰

En realidad, la UE no constituye un sistema de gobierno en sentido estricto, sino un complejo entramado de redes de gobernanza en el que la coordinación interinstitucional, intergubernamental y multinivel juega un papel fundamental.⁵⁹¹ De momento, los Gobiernos parecen huir de las propuestas maximalistas de convertir al Consejo en un Senado y a la Comisión en un Gobierno elegido por el Parlamento. Sin embargo, la búsqueda de un procedimiento uniforme ha desembocado en una propuesta del Parlamento que puede tener un efecto general sobre todo el sistema institucional de la Unión: la creación de una circunscripción europea.⁵⁹²

Y, ¿por qué muchos cambios ya implementados no han cambiado la naturaleza de las elecciones al Parlamento Europeo como elecciones nacionales de “*segundo orden*”? Para HERMANN SCHMITT, algunos ciudadanos no se dan cuenta de lo importante que es la Unión para una multitud de decisiones políticas que afectan su propia vida y qué papel debe desempeñar el Parlamento Europeo en estas decisiones. Además, muchos no pueden relacionar las políticas de la UE con los grupos del PE, y mucho menos con los partidos nacionales y sus posiciones y ambiciones en esos procesos. Además, el defecto más básico del sistema de partidos, y por lo tanto de la competencia de partidos de la UE,

⁵⁸⁸ ARAGÓN REYES, Manuel. "Derecho de sufragio: principio y función." *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, FCE, México*, 1998, p. 176.

⁵⁸⁹ LIÑÁN NOGUERAS, Diego. "La ciudadanía europea: una cuestión abierta.", *op. cit.*, p. 359.

⁵⁹⁰ La aportación de la ciudadanía europea al proceso de integración europea se manifestaría entonces sólo en relación con los derechos de libre circulación, de los cuales, recordémoslo, hacen uso sólo unos 10 millones de ciudadanos europeos. Véase GAROT, Marie-José. "La ciudadanía de la Unión Europea: novedades desde Lisboa y Luxemburgo." *op. cit.* pp. 761-763.

⁵⁹¹ MORATA, Francesc. *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, 2004, p. 1.

⁵⁹² . Si miramos la cadena de proyectos fallidos que ha presentado el Parlamento para desarrollar el artículo 138 del TCE, no podemos hacernos muchas ilusiones sobre el eco que esa propuesta va a tener en el seno del Consejo. Claro que siempre hay un hueco para los sueños de eurooptimismo y los pronósticos descabellados. Con permiso, evidentemente, de la aceleración histórica y de las Conferencias Intergubernamentales para reformar los Tratados que se convoquen en el futuro. Véase RUIZ ROBLEDO, Agustín. "La creación de un sistema electoral uniforme para el Parlamento." *op. cit.*, pp. 304-317.

es la ausencia de un antagonismo dominante entre el gobierno y la oposición que es tan característico de la mayoría de los sistemas parlamentarios.⁵⁹³

La más grave consecuencia del actual modelo es que la política nacional dispone de un punto difuso de referencia partidista dentro del sistema político de la Unión Europea. Las estructuras partidistas existentes todavía siguen débilmente ancladas y aun flojamente institucionalizadas.⁵⁹⁴

En lo referente a las normas relativas al voto municipal y europeo, así como la posibilidad del Consejo de establecer excepciones a la aplicación del derecho de sufragio, causa alguna perplejidad la aún modesta función que ejerce el Parlamento Europeo, como quedó reflejado en el artículo 12 de la Directiva 94/80/CE del Consejo, al permitir a los Estados miembros fijar reservas al derecho de sufragio cuando la proporción de ciudadanos de la Unión en edad de votar residentes en un Estado miembro sin ostentar la nacionalidad del mismo fuese superior al 20% del conjunto de ciudadanos de la Unión en edad de votar y residentes en él.⁵⁹⁵ Bien afirma HANS-PETER SCHNEIDER, que la democracia debe realizarse por el camino de la formación independiente y abierta de la voluntad política y de la toma de decisiones, descansando, por tanto, en una discusión⁵⁹⁶ libre de todas las fuerzas reales y del espíritu bajo la participación lo más activa, independiente e igualitaria posible de todos los individuos.⁵⁹⁷ Por fin, bien afirma

⁵⁹³ La comunicación de masa, en particular la rama televisiva, requiere caras, es decir, la personalización de los reclamos políticos. Pero no hay tal confrontación a la vista. Bush contra Gore, Blair contra Howard, Schröder contra Merkel: tal confrontación de personalidades sin duda sería fundamental para la comunicación de las alternativas políticas de la UE a los votantes. Por el momento, sin embargo, esto es o parece ser impensable en la política de la UE. Véase SCHMITT, Hermann. "The European Parliament elections of June 2004: still second-order?" *West European Politics*, 28.3, 2005, pp. 650-679.

⁵⁹⁴ Además, el refuerzo de los partidos podría contribuir a elevar la participación de los ciudadanos europeos. Una paradoja a este respecto es notable: a medida que crecen las competencias del Parlamento Europeo, única institución europea elegida directamente por los ciudadanos europeos desde 1976, baja la participación en las elecciones al Parlamento Europeo. Lo que significa que quizás uno de los problemas de la falta de interés por la cosa pública europea no sea sólo el famoso déficit democrático sino otros factores, como podrían ser por ejemplo la "nacionalización" de esas elecciones. Véase GAROT, Marie-José. "La ciudadanía de la Unión Europea: novedades desde Lisboa y Luxemburgo." *op. cit.*, pp. 748-751.

⁵⁹⁵ MARTÍNEZ CABALLERO, Juan. "La ciudadanía de la Unión Europea y sus derechos: un análisis crítico." *Op. cit.*, pp. 439-440.

⁵⁹⁶ Existe, por lo tanto, un profundo desacuerdo sobre cómo los valores de libertad e igualdad se realizan mejor en la estructura básica de la sociedad. Véase RAWLS, John. "Justice as fairness: Political not metaphysical." *Equality and Liberty*. Palgrave Macmillan, London, 1991, p. 227.

⁵⁹⁷ El orden democrático de las constituciones europeas está inseparablemente unido a la libertad e igualdad reales, que precisamente la Constitución no puede generar por sí misma, pero que puede impulsar en virtud de la ley — hasta donde alcanza su fuerza normativa — y garantizar con ayuda de los derechos fundamentales Véase SCHNEIDER, Hans-Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático." *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979, pp. 7-27.

ALONSO GARCÍA, tanto el derecho público europeo como los derechos públicos nacionales hoy se inspirarían en la misma filosofía, que no es otra que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre las prerrogativas de las autoridades y la esfera jurídica inviolable de los individuos.⁵⁹⁸

⁵⁹⁸ ALONSO GARCÍA, Ricardo. "Treinta años de" ius publicum commune" europeo en España." *Revista de administración pública*, 200, 2016, p. 343.

6. Conclusiones

1. La democracia abarca a miles de millones de personas de diferentes historias y culturas. Si bien todavía no se practica universalmente, existe el reconocimiento de la democracia como un sistema universalmente relevante, que se mueve en la dirección de un valor universal.
2. En efecto, la tradicional forma de estudiarse el constitucionalismo ha sufrido innumerables cambios. Este nuevo constitucionalismo se basa en el reconocimiento de efectivo respecto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, sin olvidar que existen diferentes escenarios, reglas y autoridades constitucionales que se relacionan sin cualquier sumisión jerárquica. Fueran innovaciones profundas, que hicieran evolucionar la tradicional mirada hacia el Derecho.
3. La interacción tras el derecho nacional y el derecho internacional también cambió. En verdad, el actual y múltiple escenario jurídico de normas de protección del sujeto ha logrado establecer una forma racional de diálogo institucional. Actualmente, en el modelo europeo los sistemas nacionales conceden parte de su capacidad de regular la vida del individuo dentro del Estado y es evidente que los derechos políticos son ahora universales en casi todos los países.
4. Verificamos que el proceso de integración mundial, y más específicamente la integración europea, ha desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a la soberanía estatal, modulando su capacidad de decisión. Hoy la decisión se genera en buena medida fuera de los confines de los Estados nacionales, a partir de una compleja articulación normativa y judicial de los tres sistemas de protección coexistentes en Europa: el nivel nacional, el nivel internacional y el nivel de la Unión, traducida en la competencia y, principalmente, en la complementariedad de las matrices normativas.
5. Aunque los sistemas constitucionales y políticos de los países democráticos efectivamente varíen mucho, todos son similares en tener un conjunto básico de instituciones políticas. De igual forma, los ciudadanos tienen un derecho efectivo a expresarse sobre asuntos políticos, sin peligro de reprimenda, y existen reglas claras,

formales y accesibles para la judicialización de la elección. De aquí que, al menos en Europa, lo más correcto sea concluir que unos mismos derechos son protegidos por distintos ordenamientos, que persiguen unos mismos fines en un mismo espacio europeo, y por eso están llamados, en conclusión, a colaborar.

6. Es verdad que no es tarea fácil describir la relación entre los tres niveles judiciales europeos en el ejercicio de la competencia común de protección de los derechos políticos, desde luego, porque el criterio jerárquico no nos sirve para comprender su funcionamiento. De hecho, los derechos humanos, hoy, contrariando cualquier intento erróneo de limitación o restricción de ellos, son tutelados en diversos niveles y por diversos sistemas, justamente debido a la necesidad de crear mecanismos jurídicos más eficaces y efectivos de protección.
7. Independientemente de la inexistencia de un acabado sistema jurídico que integre y regule los fundamentos y principios de articulación entre los diferentes ordenamientos europeos, es necesario resaltar la existencia de importantes interacciones, tanto entre las Constituciones y Tratados, como de las jurisprudencias respectivas de los Tribunales Constitucionales, del TJUE y del TEDH.
8. La integración y progresiva armonización de los derechos fundamentales es regla en España, donde el art. 10.2 CE obliga a interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales “*de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. El primer efecto auténticamente modificador de la CE se ha venido producido como consecuencia de la ya reiteradamente citada antinomia entre el Tratado de la Unión Europea y el art. 13.2 de la CE, que condujo, siguiendo el pronunciamiento de la Declaración de 1 de julio de 1992, a la reforma de este precepto constitucional en los términos señalados previamente.
9. El sistema de restricciones del ordenamiento jurídico español consta de cuatro institutos: los requisitos generales de elegibilidad electoral, la incapacidad electoral pasiva, las inelegibilidades y las incompatibilidades. Todos tienen distintos objetivos y funciones.

10. En particular, es problemática en el contencioso electoral español la cuestión de las *agrupaciones de electores*. Además de la brevedad de los plazos de la legislación, es cuestionable que quien ha mantenido una relación determinada en el pasado con un partido disuelto, quede para siempre defenestrado por ese vínculo y se le impida presentarse en una lista como candidato. La presencia en una lista, por ejemplo, de un inhabilitado para ocupar un cargo público implicara la privación del derecho de sufragio pasivo del resto de candidatos. Supone extender una privación personal de derecho fundamental a otros sujetos en los que en principio no se dan las circunstancias que legitimarían dicha restricción. De hecho, la limitación de los derechos políticos sin la necesaria individualización de las conductas afecta igualmente a la democracia representativa y evita injustificadamente que determinados individuos participen en la formación de la voluntad política, además de violar el principio de proporcionalidad, pues puede configurar una indebida privación de derechos políticos.
11. Por otra parte, en España se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y se establece el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, basado en la presunción de inocencia. No obstante, los efectos inmediatos de la supresión del derecho de sufragio y la pérdida del escaño por inelegibilidad/incompatibilidad sobrevenida por sentencias no definitivas por delitos contra la Administración Pública cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal, han de ser analizados desde una sencilla perspectiva procesal: aquí los hechos analizados por una única y singular sentencia condenatoria no se encuentran definitivamente plasmados ante el Poder Judicial, que solamente ocurrirá con el agotamiento de las instancias ordinarias de jurisdicción.
12. De hecho, gracias al renovado papel de los jueces en el Derecho europeo, principalmente por parte de los Tribunales Constitucionales, el Poder Judicial y los Tribunales Internacionales (como el TEDH y el TJUE) han adquirido un papel aún más relevante a la hora de determinar la base, el contenido y el alcance de los derechos fundamentales, sobre todo al diseñar e implementar la interpretación final de los actuales mecanismos de protección disponibles al individuo. Hemos visto que este

fortalecimiento de la actuación judicial ha requerido una nueva comunicación entre los diversos niveles judiciales.

13. Como hemos visto, en el proceso de reorganización institucional y económica que viene desarrollándose en Europa es posible identificar elementos constitucionales que hacen referencia a la reordenación del poder público y a la defensa de una serie de valores políticos y sociales compartidos por los Estados europeos. Esos elementos aparecen incorporados como principios o normas del máximo rango en las Constituciones nacionales y en ordenamientos regionales de base convencional, en especial en los Tratados de la Unión y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sistemas jurídicos cuya naturaleza materialmente “*constitucional*”- no así formal o en jerarquía - ha sido expresamente subrayada tanto por el TJUE como por el TEDH.
14. El proceso de constitucionalización de Europa debe ser comprendido desde su pluralidad y unidad como *cultura*, pues que ya en el Preámbulo del CEDH se habla de “*el mismo espíritu*” por referencia a los “*estados europeos*” e igualmente de “*un patrimonio común de bienes espirituales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho*”. Los excesos nacionalistas en la II Guerra Mundial facilitaron la transición hacia una democracia transnacional fundada en el reconocimiento mutuo de las diferencias existentes entre culturas nacionales.
15. La selección de jurisprudencia del TEDH que hicimos fue inevitablemente breve, aleatoria y restringida: una simple muestra, ya que sería imposible hacerlo con exhaustividad. Si bien evidenció dos cosas. Primero, el impreciso uso de la doctrina jurisprudencial del *margen de apreciación nacional*, que no es una construcción muy precisa en vez de un juicio del pretor caso a caso. Es más, el Convenio Europeo, por su naturaleza compleja, parece estar condicionado a operar como un sistema de principios, lo que resultará un sistema incomprensible a largo plazo por la falta de previsibilidad e incoherencia.
16. Hemos demostrado que la doctrina del *margen de apreciación nacional* vale para casi todo. No parecer ser un criterio de interpretación fiable. De hecho, el margen de apreciación está en ineludible desacuerdo con el concepto de la universalidad de los derechos humanos. Esta doctrina puede socavar seriamente la interpretación y

aplicación armónica de los derechos electorales, a partir de una homogeneidad que supere las fronteras nacionales, por lo menos en temas de garantías jurídicas. Además, su uso puede comprometer la credibilidad del TEDH, debido a que una jurisdicción inconsistente en casos aparentemente similares, debido a los diferentes márgenes permitidos por el tribunal, puede generar preocupación sobre la efectividad de los derechos garantizados por el convenio.

De hecho, el TEDH estableció, en el caso *Hirst*, que la restricción general, automática e indiscriminada al derecho de voto debe considerarse fuera de cualquier margen de apreciación aceptable, aunque ese margen sea amplio. El TEDH admitió que en este tema no existía un consenso normativo europeo - un *common background* - pero concluyó que la privación automática del sufragio de los presos con independencia del tipo de delito no tiene eficacia disuasoria y dificulta la posterior inserción de los presos en la comunidad, así como la función resocializadora de la pena.

En *Melnychenko* el Tribunal igualmente observó que se pueden imponer requisitos más estrictos sobre la elegibilidad para presentarse a las elecciones al Parlamento que en el caso del derecho a votar. De hecho, si bien la prueba relativa al aspecto "activo" del artículo 3 del Protocolo núm. 1 suele incluir una evaluación más amplia de la proporcionalidad de las disposiciones legales que descalifican a una persona o a un determinado grupo de personas del derecho de voto, la prueba del tribunal en relación con el aspecto "pasivo" de la disposición anterior se ha limitado principalmente a comprobar la ausencia de arbitrariedad en los procedimientos internos que conducen a la inhabilitación de un individuo para presentarse como candidato.

En el caso *Podkolzina* el Tribunal reconoció que una decisión que determinaba el idioma de trabajo del parlamento era, en principio, una facultad del Estado, algo a ser determinado por las consideraciones históricas y políticas propias del país. Sin embargo, se constató una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 porque el procedimiento aplicado a la solicitante para determinar su competencia en el idioma oficial era incompatible con los requisitos de equidad procesal y seguridad jurídica, por lo que la conclusión negativa alcanzada por las autoridades nacionales a este respecto podría considerarse deficiente.

En *Ždanoka* la demandante fue excluida, junto a otros ciudadanos, de unas candidaturas al Parlamento Nacional y a las elecciones locales en virtud de las previsiones legales que permitían, durante un período transitorio tras la independencia del país, excluir a los *antiguos líderes del régimen político comunista*. En el fallo, el TEDH reafirma que la democracia es el único modelo político contemplado en la Convención y, en consecuencia, el único compatible con ella. Determina que la ley doméstica es clara y precisa al singularizar las personas excluidas y subraya que prevé la vigencia temporal de la medida y su revisión parlamentaria. Así, amparándose en el margen de apreciación nacional, no se entiende violado el derecho de sufragio pasivo.

17. La comprensión del problema por parte del TEDH consolida la tendencia europea hacia una revisión supranacional poco intensa del derecho de sufragio pasivo. En el sistema del Convenio europeo cada legislación puede regular libremente ambas modalidades de sufragio y los procedimientos y sistemas electorales. No es un margen ilimitado, pero suele interpretarse siguiendo el “particular” juicio de proporcionalidad del TEDH.
18. Los tratados de la Unión Europea y las normas a partir de ellos generadas por sus instituciones responden a una naturaleza especial a partir de la primacía y de la cesión de soberanía operada *ex art. 93 CE*.
19. A su vez, la CDFUE está llamada a desempeñar un papel esencial en la labor del TJUE a la hora de seguir configurando por vía pretoriana los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho de la Unión. La Carta concreta las fuentes de inspiración tradicionalmente manejadas por el TJEU y constitucionalmente impuestas desde Maastricht. Por cierto, la Carta supuso avanzar en la “*constitucionalización*” de la integración europea, pues acoge normas procedentes de las codificaciones internacionales de derechos, incorpora la jurisprudencia sobre derechos fundamentales elaborada por los Tribunales Europeos y tiene en cuenta tanto las regulaciones nacionales como la práctica desarrollada en estos ordenamientos. Así, se muestra de fundamental importancia en el sentido de viabilizar la armonía normativa y garantizar la eficacia y la efectividad de dichos derechos.

20. De hecho, el artículo 52, apartado 1, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos como los consagrados en el artículo 39, apartado 2, de ésta, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, observando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.
21. Nada obstante, una auténtica unión política habría requerido garantías procedimentales suficientemente armonizadas para las elecciones al Parlamento Europeo, pero no es así.

En *Thierry Delvigne*, el TJUE permitió que persona condenada por un delito grave, fuera privada de forma automática y permanente del derecho de sufragio activo y pasivo. Aunque la regla francesa suponga excluir a algunas personas, en determinadas circunstancias y debido a su comportamiento, el hecho de que no existan límites al juez en la consideración de la privación de los derechos políticos quizá sea un convite a la arbitrariedad. Algo que tampoco llegará al TJUE, pues que no hay consenso continental y el tema estará a cargo de las particularidades de cada país.

En *Junqueras i Vies* el hecho de que Parlamento Europeo se limitó, esencialmente, a hacer constar la vacante del escaño, sin poder controlar la regularidad del procedimiento nacional que condujo a la anulación de su mandato y, por tanto, a la vacante de su escaño, es comprensible, pero genera riesgos. Conviene adoptar un umbral mínimo para que sean garantizadas todas las medidas necesarias para la protección de las prerrogativas e inmunidades del parlamentar electo, así como su derecho fundamental al ejercicio y manutención de su condición de miembro del Parlamento Europeo. En definitiva, y lo más importante aquí, es que la prestación del juramento o de la promesa de acatar a la Constitución española no constituye una etapa del proceso de elección al Parlamento Europeo en España. Es una regla de Derecho parlamentario, no es una regla electoral, algo que debería haber correspondido al TJUE diferenciar.

22. Por lo menos, en el actual marco normativo europeo en tema de derechos políticos, sea a partir del derecho de la Unión, sea a partir del Convenio Europeo, tenemos el derecho de acceso directo del ciudadano a los tribunales internacionales en caso de presunta violación de derechos. A su vez, los sistemas jurídicos nacionales – especialmente el español – constitucionalizaran cláusulas de apertura y de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, así como de las normas sobre el cumplimiento de tratados y juicios internacionales. Todas estas disposiciones sirven para reforzar el deber de cooperación y de coordinación entre los dos ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, proporcionan la justificación necesaria para la comunicación entre sus operadores, jueces nacionales e internacionales.
23. Hemos igualmente buscado en la jurisprudencia del TJUE y del TEDH estándares comunes y objetivos que permitiesen la articulación cohesiva y coherente de los sistemas y su desarrollo de modo estable y con seguridad jurídica. Estas dos visiones jurídicas, entabladas por las Cortes de Luxemburgo y Estrasburgo, añaden más complejidad a la necesidad de armonización del derecho de protección a las candidaturas políticas. A partir de este necesario diálogo entre cortes, concluimos por la actual inexistencia de una unidad jurídica europea en tema de sufragio pasivo, inexistiendo en concreto una estructura de protección multinivel en la que se articulan mecanismos nacionales e internacionales para ofrecer la mejor protección posible a las candidaturas políticas presentadas en Europa.
24. En este sentido, aunque el derecho nacional, el derecho internacional y el de la Unión Europea presenten bases legales firmadas en valores comunes y, en materia de fuentes compartan una amplia área relativamente indivisa de derechos, la interpretación y la aplicación de las normas de protección al derecho de sufragio pasivo en Europa todavía no constituyen un modelo europeo único, principalmente en el contexto de la máxima efectividad del principio de igualdad de oportunidades en las competencias electorales, alimentado por el objetivo de la uniformidad o, al menos, de la coherencia y seguridad jurídica.
25. Un mejor control y una más amplia transparencia en la determinación de los límites al derecho de sufragio pasivo por parte de los Estados objetiva precisamente ajustar la infraestructura del espacio público europeo para garantizar una más consistente

protección a la libertad política del individuo y de la colectividad. En este sentido, el reconocimiento y la protección de algunos valores democráticos comunes y, al mismo tiempo, la organización y la limitación de la autoridad – desde el plano específico de competencias electorales libres y justas – solamente encontrará máximo nivel de adecuación mediante la concreción de mínimas garantías europeas a las candidaturas político-electorales, lo que representará un avance en la estabilidad de la democracia en el continente.

26. El derecho de sufragio pasivo es fruto de una progresiva expansión de la esfera pública de los derechos: de los derechos de libertad de las primeras declaraciones a su internacionalización en los sucesivos pactos y convenciones internacionales. El derecho de sufragio pasivo es un *derecho democrático fundamental* en el orden público europeo. Así, es permanente y necesaria la discusión sobre las posibilidades de limitación de los derechos políticos democráticos, ya sea en relación con la capacidad electoral activa - para votar - o con la capacidad electoral pasiva – de ser votado.
27. En Europa, el derecho común que fue erigido en tema de sufragio pasivo no se presenta como un derecho único, monolítico, algo que impida por ejemplo la institución de diferentes matices políticas por parte de los Estados.
28. A la luz de estas ideas, este trabajo tuvo por objeto demostrar que la protección del derecho de presentarse como candidato en elecciones libres es una pieza clave y fundamental en la consolidación de la democracia como un valor global armónicamente estructurado. La mejora en la efectividad de la protección otorgada a los candidatos y, además, la definición de reglas más claras aptas a establecer un espacio legal equilibrado, con características globales, facilitará la comprensión del derecho y la integración final de los sistemas jurídicos europeos. Esto nos permite afirmar, desde una perspectiva conclusiva, que la unión electoral es la frontera final de la integración europea. Su desarrollo, de hecho, deberá ayudar en el desarrollo de la protección jurídica de las candidaturas políticas a cargos públicos representativos a nivel global, así como podrá determinar o dar forma a su futuro.

7. Bibliografía

ACKERMAN, Bruce. "The new separation of powers." *Harvard law review*, 2000.

ADAM, Stanislas. "Electoral rights under the review of the European Court of Justice: judicial trends and constitutional weaknesses." *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 3.1, 2007.

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco, y Antonio MUÑOZ ÁLVAREZ. "Hacia una ley electoral uniforme para las elecciones al Parlamento Europeo: problemas que suscita." *Revista de Instituciones Europeas*, 13.3, 1986.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. "El consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales)." *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. "La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español." *Revista de administración pública*, 121, 1990.

_____ y José María BAÑO LEÓN. "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29, 1990.

_____ "Derechos fundamentales y comunidades europeas." *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Civitas, 1991.

_____ "Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)." *Revista de administración pública*, 151, 2000.

_____ "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea." *Cuadernos de derecho público*, 2001.

_____ "El soft law comunitario." *Revista de Administración Pública*, 154, 2001.

_____ "The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union." *European Law Journal*, 8.4, 2002.

_____ "Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía." *Revista española de derecho constitucional*, 73, 2005.

_____ "Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario." *Foro, Nueva época*, 2, 2005.

_____ *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Civitas, Thomson Reuters, 2014.

_____ "Treinta años de" *ius publicum commune*" europeo en España." *Revista de administración pública*, 200, 2016.

ARAGÓN REYES, Manuel. "Derecho de sufragio: principio y función." *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, FCE, México*, 1998.

_____. "Derecho electoral: sufragio activo y pasivo." *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, FCE, México*, 1998.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, y Enrique ÁLVAREZ CONDE. "De nuevo sobre el procedimiento electoral uniforme." *Revista de estudios políticos*, 86, 1994.

_____. y Manuel DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO. *Código electoral*. El Consultor, 2007.

ÁVILA, Humberto. "Teoría de la seguridad jurídica" trad. L. Criado Sánchez, Madrid: Marcial Pons, 2012.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco José. "Ley electoral y garantías judiciales." *Revista de las Cortes Generales*, 1986.

BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel. "El Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías." *Revista de Instituciones Europeas*, 22, 1995.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. "Acerca de la privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo como consecuencia, directa o indirecta, del delito." *Cuadernos de política criminal*, 120, 2016.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "El derecho humano a la participación política." *Derecho PuCP*, 59, 9, 2006.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29, 1990.

BLAIS, André, Louis MASSICOTTE, y Antoine YOSHINAKA. "Deciding who has the right to vote: a comparative analysis of election laws." *Electoral studies*, 20.1, 2001.

BORETTO, Mónica M. "Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad intelectual." *Ars Boni et Aequi*, 8.2, 2012.

BOROWSKI, Martín. "La restricción de los derechos fundamentales." *Revista española de derecho constitucional*, 59, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva." *Diario La Ley*, 7873, 2012.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. "Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación «constitucionalmente adecuada»)." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992.

_____. *El derecho de sufragio pasivo. Prontuário de jurisprudência constitucional 1981-1999*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos." *SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. "El" formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado." *Revista de Estudios Políticos*, 13, 1980.

CIENFUEGOS MATEO, Manuel. "La Cuestión Prejudicial Comunitaria: Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea." Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series, Vol. 1, nº 1, 2014.

CLEVELAND, Sarah H. "Our international constitution." *Yale J. Int'l L.*, 31, 2006.

CRESPO NAVARRO, Elena. "La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad." *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 11.28, 2007.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales." *Revista española de derecho constitucional*, 25, 1989.

DAHL, Robert Alan. "Myth of the presidential mandate." *Political Science Quarterly*, 105, 3, 1990.

_____. "A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation." *Political science quarterly*, 109.1, 1994.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. "Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales." *Cuaderno de capel*, 57, 2011.

DE LONDRAS, Fiona, y Kanstantsin DZEHTSIAROU. *Great Debates on the European Convention on Human Rights*. Macmillan International Higher Education, 2018.

DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales." *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1.2, 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea." *Revista de instituciones europeas*, 20, 1993.

_____. *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas, 2013.

DUARTE, Maria Luísa. "O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do "triângulo judicial europeu"." *Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques*, 2004.

_____. *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*. AAFDL, 2006.

DWORKIN, Ronald. "Law as interpretation." *Critical Inquiry*, 9.1, 1982.

_____. "Equality, democracy, and constitution: we the people in court." *Alta. L. Rev.*, 28, 1989.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. "Prisoner Voting and Power Struggle: a Never-Ending Story?" *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2017.

EK, Collí, y Víctor MANUEL. "Derecho de voto y su negación, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y México." *Cuestiones constitucionales*, 29, 2013.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. "La protección internacional de los derechos humanos." *Diez de Velasco Vallejo, Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2009.

FARALDO CABANA, Patricia. "La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014.

FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos. "Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales." *Revista de Derecho Electoral*, 25, 2018.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional." *Revista española de derecho constitucional*, 39, 1993.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. "Reflexiones sobre una improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados." *Revista de Derecho Político*, 74, 2009.

_____. "Incompatibilidades parlamentarias." *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado*. Civitas, 2011.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. "Notas acerca del recurso de amparo electoral." *Revista española de derecho constitucional*, 25, 1989.

FOX, Gregory H. "The right to political participation in international law." *Yale J. Int'l L.*, 17, 1992.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis Álvarez. "El derecho de sufragio en el siglo XX." *Revista Derechos y Libertades*, 31, 2014.

GARCÍA-ESCUADERO, Pilar Baselga. "Garantías internacionales y derechos electorales: una aproximación bibliográfica." *Revista de las Cortes Generales*, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El proyecto de Constitución europea." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45, 1995.

_____. "El valor normativo de la Constitución española." *Revista de derecho político*, 44, 1998.

GARCÍA ROCA, Javier. *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Aranzadi, Pamplona, 1999.

_____. "Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia." *Parlamento y Constitución. Anuario*, 4, 2000.

_____. "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*, 65, 2002.

_____. "Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad." *Revista de estudios políticos*, 119, 2003.

_____. "La consolidación de la democracia y justicia constitucionales." *Special Volume 2 Rev. Juridica Castilla & Leon*, 2004.

_____ y Pablo SANTOLAYA MACHETTI. "Transfuguismo y medidas de regeneración democrática." *Debates constitucionales*, 6, 2004.

_____. "Del compromiso internacional de los estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1)." *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2005.

_____. "La experiencia de 25 años de jurisdicción constitucional en España." *Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2006.

_____. "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración." *Teoría y realidad constitucional*, 20, 2007.

_____. "Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo" en Serrano García, Ignacio (coord.), *La protección jurídica del discapacitado. II congreso regional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

_____. "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo." *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012.

_____ y Alberto Ricardo DALLA VÍA. *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, La Ley, 2013.

_____ y Encarna CARMONA CUENCA. *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Aranzadi, Madrid, 2017.

_____ "Aportaciones fragmentarias a la representación política del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una teoría liberal-democrática." *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, 21.2, 2018.

_____ *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

GARCÍA SORIANO, María Vicenta. "Sobre la viabilidad de la participación política de los extranjeros en las elecciones municipales." *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 60, 2007.

GAROT, Marie-José. "La ciudadanía de la Unión Europea: novedades desde Lisboa y Luxemburgo." *Revista Direito GV*, 8.2, 2012.

GARROTE DE MARCOS, María. "La improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados." *InDret*, 4, 2009.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. "Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem." *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, 82, 1, 2006.

_____ "Principios y "nuevos constitucionalismos": el problema de los nuevos principios." *Revista de derecho constitucional europeo*, 14, 2010.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. *Derecho electoral español: normas y procedimiento*. Tecnos, 1996.

GRIMM, Dieter. "Integration by constitution." *Int'l J. Const. L.*, 3, 193, 2005.

HABERMAS, Jürgen. "Paradigms of law" *Cardozo L. Rev.* 17, 1995.

_____ "Por qué Europa necesita una Constitución." *New Left Review*, 11, 2001.

_____ "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos." *Diánoia*, 55.64, 2010

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, 2000.

_____ "Europa como comunidad constitucional en desarrollo." *Revista de derecho constitucional europeo*, 1, 2004.

_____ "Comparación constitucional y cultural de los modelos federales." *Revista de derecho constitucional europeo*, 8, 2007.

_____ "Palabras clave para el constitucionalismo de hoy-una perspectiva alemana." *Thēmis-Revista de Derecho*, 67, 2015.

HENKIN, Louis. "International human rights as rights." *Cardozo L. Rev.*, 1, 1979.

HERMIDA DEL LLANO, Cristina. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Vol. 48. Anthropos Editorial, 2005.

JACKMAN, Robert W: "Political institutions and voter turnout in the industrial democracies." *The American Political Science Review*, 1987.

KELSEN, Hans. "Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law." *Int'l LQ*, 1, 1947.

LEÃO, Anabela Costa. "A carta dos direitos fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional." 2006.

LEÓN ALONSO, Marta. "Las agrupaciones de electores como forma de participación política en el sistema electoral español: garantías y límites del derecho de sufragio pasivo." *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, 21, 2010.

LIJPHART, Arend. "Constitutional design for divided societies." *Journal of democracy*, 15.2, 2004.

_____ "Las consecuencias políticas de las leyes electorales." *Zona Abierta*, 100.111, 2006.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego. "La ciudadanía europea: una cuestión abierta." *Teoría y realidad constitucional*, 32, 2013.

LÓPEZ GUERRA, Luis María. "Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional." *Parlamento y Constitución. Anuario*, 12, 2009.

LUCAS VERDÚ, Pablo. "Algunas consideraciones sobre los partidos políticos y grupos de presión en la comunidad internacional." *Revista Española de Derecho Internacional*, 6.3, 1953.

_____ "Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho político." *Revista de estudios políticos*, 188, 1973.

_____ "Idea, concepto y definición de apertura constitucional." *Pensamiento Constitucional*, 6, 1996.

MANGAS MARTIN, Araceli, y Manuel DIEZ DE VELASCO. "La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos." *Instituciones de derecho internacional público*, 2003.

MANIN, Bernard, y Adam PRZEWORSKI. "Elections and Representation" *Democracy, accountability and representation* 2, 1999.

MARIA VALLÈS, Josep. "Sistema electoral y democracia representativa: nota sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 y su función política." *Revista de Estudios Políticos*, 53, 1986.

MARSH, Michael, y Pippa NORRIS. "Political representation in the European Parliament." *European Journal of Political Research*, 32.2, 1997.

MARTÍNEZ CABALLERO, Juan. "La ciudadanía de la Unión Europea y sus derechos: un análisis crítico." *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 23, 2018.

MARTÍNEZ PÉREZ, Álvaro, y Kerman CALVO. "Un análisis del efecto de la Ley de igualdad en la representación electoral, parlamentaria y el comportamiento electoral de las mujeres en las elecciones generales de 2008." *Estudios de Progreso*, 48, 2010.

MIRANDA, Jorge. "A recepção da Declaração Universal dos direitos do Homem pela Constituição Portuguesa-Um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito Constitucional." *Revista de direito administrativo*, 199, 1995.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. "El derecho internacional como fuente del derecho constitucional." *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 1, 2010.

MORATA, Francesc. *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, 2004.

MORENO CATENA, Víctor. "La prisión provisional de los condenados del proceso." *Teoría y Derecho*, 26, 2019.

MOTA DE CAMPOS, João Mota. João Luiz MOTA DE CAMPOS. António PINTO PEREIRA. *Direito Comunitário*. I Vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NOHLEN, Dieter. "Reforma del sistema electoral español: Conveniencias, fórmulas y efectos políticos." *Revista de estudios políticos*, 34, 1983.

_____. "Los sistemas electorales entre la ciencia y la ficción: Requisitos históricos y teóricos para una discusión racional." *Revista de estudios políticos*, 42, 1984.

_____. *Sistemas electorales y reforma electoral: Una introducción*. Internacional Idea, 2004.

_____. *¿Cómo estudiar ciencia política?: una introducción de trece lecciones*. Marcial Pons, 2012.

O'DONNELL, Thomas A. "The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights." *Hum. Rts. Q.* 4, 1982, 474.

ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Orbis, 1983.

ORTIZ AHLF, Loretta. "Derecho comunitario y derecho internacional." *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1.4, 2003.

PALACIOS, Agustina, y Francisco BARIFFI. "La discapacidad como una cuestión de derechos humanos." *Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Derechos fundamentales." 1987.

_____ "Los deberes fundamentales." *Doxa*, Alicante, 4, 1987.

_____ "Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y derecho." *Debate*, 1989.

_____ "Ética, política y Derecho: El paradigma de la modernidad." *Revista de Derecho Público*, 61, 1999.

PEGORARO, Lucio. "Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes." *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 17, 2013.

PÉREZ-MONEO, Miguel. "Aukera Guztiak y la sucesión de Batasuna: un nuevo episodio de la ilegalización de partidos: la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2005 y la STC 68/2005." *Revista española de derecho constitucional*, 25.74, 2005.

PÉREZ ALBERDI, María Reyes. "La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos." *Revista de Derecho Político*, 1.88, 2013.

PÉREZ ROYO, Javier. "El Derecho Constitucional en la formación del jurista." *Revista española de derecho constitucional*, 46, 1996.

PÉREZ TREMPES, Pablo. "El concepto de Integración Supranacional en la Constitución." *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 13, 1992.

_____ "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales." *Anuario de la Facultad de Derecho*, 10, 1992.

_____ "Constitución española y Unión Europea." *Revista española de derecho constitucional*, 71, 2004.

PITKIN, Hanna Fenichel. "Representation and democracy: uneasy alliance." *Scandinavian Political Studies*, 27.3, 2004.

_____ "Representação: palavras, instituições e idéias." *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 67, 2006.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. "El Tribunal Constitucional como segunda instancia electoral en los amparos interpuestos por las agrupaciones de electores a las que se refiere el artículo 44.4 LOREG: la STC 85/2003, de 8 de mayo." en *Teoría y realidad constitucional*, 12, 2003.

PRZEWORKI, Adam. "Minimalist conception of democracy: a defense." *Democracy's value*, 23, 1999.

_____ "Freedom to choose and democracy." *Economics and Philosophy*, 19.2, 2003.

_____. "Democracy, equality, and redistribution." *Political judgement: essays for John Dunn*, 2009.

_____. "Conquered or granted? A history of suffrage extensions." *British Journal of Political Science*, 39.2, 2009.

_____. "Constraints and choices: Electoral participation in historical perspective." *Comparative Political Studies*, 42.1, 2009.

PUNSET BLANCO, Ramón. "Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni." *Teoría y realidad constitucional*, 39, 2017.

RAWLS, John. "Justice as fairness: Political not metaphysical." *Equality and Liberty*. Palgrave Macmillan, London, 1991.

RAZ, Joseph. "Reasoning with Rules." *Current Legal Problems*, 54, 2001.

REBATO PEÑO, María Elena. "El derecho de sufragio pasivo." *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2, 1998.

REGÍ RODRÍGUEZ, Jordi. "La tutela del Derecho de la Unión Europea: La cuestión prejudicial y el recurso por incumplimiento." *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 16, 2016.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando. "Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión." *Actualidad penal*, 45, 2003.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. "Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución." *Revista de Derecho Político*, 15, 1982.

RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Ángel. "Batasuna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: protección «multinivel» de derechos en Europa y régimen de los partidos políticos en España." *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35, 2010.

ROEMER, John. E. "Igualdad de oportunidades." *Isegoría*, 18, 1998.

RUBIO, Rafael, y Miguel PÉREZ-MONEO. "Teoría y práctica: 30 años de experiencia electoral." *Revista de las Cortes Generales*, 2008.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "La Constitución española y el Tratado de Maastricht." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992.

_____. "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64, 2002.

RUIZ ROBLEDO, Agustín. "La creación de un sistema electoral uniforme para el Europarlamento." *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 8, 1999.

SÁENZ ROYO, Eva. "¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referéndums a la luz de la experiencia irlandesa." *Revista de Derecho Constitucional Europeo, Granada*, año 10, 2013.

_____. "La regulación del referendo en el derecho comparado: aportaciones para el debate en España/The Regulation of the Referendum in Comparative Law: Contributions to the Debate in Spain." *Revista española de derecho constitucional*, 108, 2016.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. "La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos: Comentario a las SSTs de 3 de mayo ya la STC 85/2003, de 8 de mayo." *Revista de estudios políticos*, 122, 2003.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "El principio de participación en la Constitución española." *Revista de administración pública*, 89, 1979.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competencias electorales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. "Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada." *Tópicos electorales: un diálogo judicial entre América y Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2011.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. "En torno al principio de cooperación." *Revista de Derecho Político*, 21, 1984.

_____. "Significado y alcance de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General." *Revista de estudios políticos*, 53, 1986.

_____. "La delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia electoral." *Revista de Derecho Político*, 24, 1987.

_____. *Manual de procedimiento electoral*. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 1991.

_____. "Estudio Introductorio al Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión Constitucional sobre las posibles modificaciones del Régimen Electoral General, de 28 de junio de 2010." *Cuadernos de Derecho Público*, 36, 2009.

_____. *Procedimiento y garantías electorales*. Civitas-Thomson Reuters, 2013.

SANZ, Rafael, y André FOLLONI. "El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad." *Revista de Direito Internacional*, 14.3, 2017.

SARTORI, Giovanni. "El pluralismo polarizado en los partidos políticos europeos." *Revista de estudios políticos*, 147, 1966.

_____. "En defensa de la representación política." *Claves de razón práctica*, 91, 1999.

SEN, Amartya. "Democracy as a universal value." *Journal of democracy*, 10.3, 1999.

SCHMITT, Hermann. "The European Parliament elections of June 2004: still second-order?" *West European Politics*, 28.3, 2005.

SCHNEIDER, Hans-Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático." *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979.

SCORDIA, Viola. *Prisoner voting rights on a European perspective: the cases of McHugh & others v. The United Kingdom and Thierry Delvigne v. Commune de Lesparre Médoc*, National Research Council, Institute for Research on Population and Social Policies, 2017.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Sobre el principio de la separación de poderes." *Revista de estudios políticos*, 24, 1981.

_____. "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30, 1990.

_____. "Constitución y orden constitucional en la Unión Europea." *Revista de estudios políticos*, 119, 2003.

_____. "El Tratado Constitucional europeo y la reforma de la Constitución española." *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 57, 2005.

TAJADURA TEJADA, Javier. "La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos." *Boletín mexicano de derecho comparado*, 41.123, 2008.

TEUBNER, Gunther, et al. "Debate and dialogue: Constitutionalizing polycontexturality." *Social & Legal Studies*, 20.2, 2011.

TIERNEY, Stephen. "Legal issues surrounding the referendum on independence for Scotland." *EuConst*, 9, 2013.

TORRES DEL MORAL, Antonio. "Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional." *Revista de estudios políticos*, 203, 1975.

TRIBE, Laurence H., y Michael C. DORF. "Levels of Generality in the Definition of Rights." *The University of Chicago Law Review*, 57.4, 1990.

TRUJILLO, Isabel. "Coercion and non-state law". *Società e diritti*, 1, 2016.

TUORI, Kaarlo. "Transnational law: on legal hybrids and legal perspectivism." *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*. Cambridge University Press, 2014.

TURÉGANO MANSILLA, Isabel. "Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica Transnational." *Derecho PUCP*, 79, 2017.

TWINING, William. "A cosmopolitan discipline? Some implications of 'globalisation' for legal education." *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, 1.1, 2001.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo. "El TEDH avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)." *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7.13, 2010.

WALDRON, Jeremy. "Foreign law and the modern ius gentium." *Harv. L. Rev.*, 119, 2005.

WEBER, Albrecht. "La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64, 2002.

WEINGAST, Barry R. "The political foundations of democracy and the rule of the law." *American political science review*, 91.2, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "¿Qué es ser juez constitucional?" *Dikaion*, 15.2, 2006.

_____. "El juez constitucional en el siglo XXI." *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo de España

- STS 78/1987, de 26 de mayo.
- STS 1140/2006, 21 de noviembre.
- STS 1060/2019, de 4 de abril.

Tribunal Constitucional de España

- STC 16/1982, de 28 de abril.
- STC 5/1983, de 4 de febrero.
- STC 10/1983, de 21 de febrero.
- STC 29/1983, de 26 de abril.
- STC 34/1983, de 6 de mayo.
- STC 38/1983, de 16 de mayo.
- STC 45/1983, de 25 de mayo.
- STC 75/1983, *de 3 de agosto*.
- STC 21/1984, de 16 de febrero.
- STC 72/1984, de 14 de junio.
- STC 57/1985, de 29 de abril.
- STC 50/1986, de 23 de abril.
- STC 71/1986, de 31 de mayo.
- STC 73/1986, de 3 de junio.
- STC 19/1987, de 17 de febrero.
- STC 59/1987, de 19 de mayo.
- STC 60/1987, de 20 de mayo.
- STC 61/1987, de 20 de mayo.
- STC 68/1987, de 21 de mayo.
- STC 71/1987, de 23 de mayo.
- STC 73/1987, de 23 de mayo.
- STC 76/1987, de 25 de mayo.
- STC 78/1987, de 26 de mayo.
- STC 79/1987, de 26 de mayo.
- STC 80/1987, de 27 de mayo.
- STC 81/1987, de 27 de mayo.
- STC 82/1987, de 27 de mayo.
- STC 86/1987, de 1 de junio.
- STC 169/1987, de 29 de octubre.
- STC 85/1988, de 28 de abril.
- STC 24/89, de 2 de febrero.
- STC 79/1989, de 4 de mayo.
- STC 160/1989, de 10 de octubre.
- STC 167/1989, de 16 de octubre.
- STC 193/1989, de 16 de noviembre.
- STC 24/1990, de 15 de febrero.
- STC 26/1990, de 19 de febrero.
- STC 107/1990, de 6 de junio.

- STC 28/1991, de 14 de febrero.
- STC 106/1991, de 13 de mayo.
- STC 113/1991, de 20 de mayo.
- STC 157/1991, de 15 de julio.
- STC 158/1991, de 15 de julio.
- STC 168/1991, de 19 de julio.
- STC 170/1991, de 19 de julio.
- STC 174/1991, de 16 de septiembre.
- STC 220/1991, de 25 de noviembre.
- STC 7/1992, de 16 de enero.
- STC 25/1992, de 24 de febrero.
- DTC 1/1992, de 1 de julio.
- STC 1/1993, de 13 de enero.
- STC 166/1993, de 20 de mayo.
- STC 209/1993, de 28 de junio.
- STC 71/1994, de 3 de marzo.
- STC 47/1995, de 14 de febrero.
- STC 74/1995, de 12 de mayo.
- STC 75/1995, de 17 de mayo.
- STC 114/1995, de 6 de julio.
- STC 119/1995, de 17 de julio.
- STC 115/1996, de 25 de junio.
- STC 144/1999, de 22 de julio.
- STC 85/2003, de 8 de mayo.
- DTC 1/2004, de 13 de diciembre.
- STC 109/2016, de 7 de junio.
- STC 11/2017, de 10 de enero.
- STC 139/2017, de 29 de noviembre.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- *Van Gend & Loos contra Administración Fiscal holandesa*, de 5 de febrero de 1963.
- *Flaminio Costa contra Enel*, de 15 de julio de 1964.
- *España contra Reino Unido*, de 12 de septiembre de 2006.
- *Thierry Delvigne contra Commune de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde*, de 6 de octubre de 2015.
- *Junqueras i Vies contra Parlamento Europeo*, de 19 de diciembre de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *X contra Alemania*, de 4 de enero de 1960.
- *X contra Bélgica*, de 18 de septiembre de 1961.
- *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.
- *Glimmerveen y Hagenbeek contra los Países Bajos*, de 11 de octubre de 1979.
- *X contra Islandia*, decisión de la Comisión de 11 de octubre de 1979.
- *Lithgow y otros contra Reino Unido*, de 8 de julio de 1986.
- *Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica*, de 28 de enero de 1987.

- *Gitonas y otros contra Grecia*, de 1 de julio de 1997.
- *Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía*, de 30 de enero de 1998.
- *Bowman contra Reino Unido*, de 19 de febrero de 1998.
- *Ahmed y otros contra Reino Unido*, de 2 de septiembre de 1998.
- *Matthews contra Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999.
- *Rekvényi contra Hungría*, de 20 de mayo de 1999.
- *Labita contra Italia*, de 6 de abril de 2000.
- *Py contra Francia*, de 15 de diciembre de 2000.
- *Podkolzina contra Letonia*, de 9 de abril de 2002.
- *Sadak y otros contra Turquía*, de 11 de junio de 2002.
- *Partido de la Prosperidad de Turquía contra Turquía*, de 13 de febrero de 2003.
- *Victor-Emmanuel de Saboya contra Italia*, de 24 de abril de 2003.
- *Aziz contra Chipre*, de 22 de junio de 2004.
- *Melnychenko contra Ucrania*, de 19 de octubre de 2004.
- *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu contra Rumania*, de 3 de febrero de 2005.
- *Hirst contra Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005.
- *Ždanoka contra Letonia*, de 16 de marzo de 2006.
- *Sukhovetsky contra Ucrania*, de 28 de marzo de 2006.
- *Albanese contra Italia*, de 3 de julio de 2006.
- *Ekoglasnost contra Bulgaria*, de 6 de noviembre de 2006.
- *Krasnov y Skouratov contra Rusia*, de 19 de julio de 2007.
- *Partido Ruso Conservador de los Empresarios contra Rusia*, de 18 de enero de 2007.
- *Ādamsons contra Letonia*, de 24 de junio de 2008.
- *Partido Laborista de Georgia contra Georgia*, de 8 de julio de 2008.
- *Yumak y Sadak contra Turquía*, de 8 de julio de 2008.
- *Herri Batasuna y Batasuna contra España*, de 30 de junio de 2009.
- *Herritarren Zerrenda contra España*, de 30 de junio de 2009.
- *Etxeberria y otros contra España*, de 30 de junio de 2009.
- *Chaykovskiy contra Ucrania*, 15 de octubre de 2009.
- *Sedjic y Finci contra Bosnia y Herzegovina*, de 22 de diciembre de 2009.
- *Rantsev contra Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010.
- *Frodl contra Austria*, 8 de abril de 2010.
- *Namat Aliyev contra Azerbaiyán*, de 8 de abril de 2010.
- *Tănase contra Moldavia*, de 27 de abril de 2010.
- *Sitaropoulos y Giakoumopoulos contra Grecia*, de 8 de julio de 2010.
- *Greens y M.T. contra Reino Unido*, de 23 de noviembre de 2010.
- *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) contra España*, de 7 de diciembre de 2010.
- *Scoppola contra Italia*, del 22 de mayo de 2012.
- *Dicle y Sadak contra Turquía*, de 16 de junio de 2015.
- *Gahramanli y Otros contra Azerbaiyán*, de 8 de Octubre de 2015.

Resumen

Controversias sobre el derecho de sufragio pasivo: límites y garantías

El objetivo de esta tesis es comprender el papel de cada uno de los sistemas normativos y órganos jurisdiccionales involucrados en la protección al derecho de presentarse como candidato a cargos públicos representativos, a fin de postular caminos para un futuro reconocimiento de un derecho común a las candidaturas políticas. Moverse en el terreno de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a fin de “concretizar” o especificar un marco de referencia sobre los límites y garantías de las candidaturas políticas en ámbito europeo. Desde esta lógica particular, dos elementos esenciales emergen: el gobierno representativo (nacional y europeo) y los derechos fundamentales o derechos humanos a nivel continental. La identificación de una política electoral común o, si se quiere, un método de integración europeo por medio de los derechos políticos y electorales es la perspectiva que guía la investigación. Por lo tanto, la tesis tratará del derecho de sufragio pasivo, centrándose en el desarrollo y la aplicación de la Constitución Española y de los tratados y principios internacionales y regionales, especialmente los derivados del Derecho de la Unión y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Propone investigar los límites y garantías de un derecho común a la participación política entre los Estados signatarios. Buscaremos las evidencias jurídicas de la existencia de un derecho de sufragio pasivo europeo, que, de hecho, puede asumir una variedad de formas. Verificamos que el proceso de integración mundial, y más específicamente la integración europea, ha desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a la soberanía estatal o cuando menos modulado su capacidad de decisión. Hoy la decisión final acerca de temas fundamentales se genera en buena medida fuera de los confines de los Estados nacionales, a partir de una compleja articulación normativa y judicial de los tres sistemas de protección coexistentes en Europa: el nivel nacional, el nivel internacional y el nivel de la Unión, traducida en la competencia y, principalmente, en la complementariedad de las matrices normativas. Es verdad que no es tarea fácil describir la relación entre los tres niveles judiciales europeos en el ejercicio de la competencia común de protección de los derechos políticos, desde luego, porque el criterio jerárquico no nos sirve para comprender su funcionamiento. De hecho, los derechos humanos, hoy, contrariando cualquier intento erróneo de limitación o restricción de ellos, son tutelados en diversos niveles y por diversos sistemas, justamente debido a la necesidad de crear mecanismos jurídicos más eficaces y efectivos a la protección de tales derechos. Independientemente de la inexistencia de un acabado sistema jurídico que integre y regule los fundamentos y principios de articulación entre los diferentes ordenamientos europeos, es necesario resaltar la existencia de importantes interacciones, tanto entre las Constituciones y Tratados, como de las jurisprudencias respectivas de los Tribunales Constitucionales, del TJUE y del TEDH. En este sentido, el derecho nacional, el derecho internacional y el de la Unión Europea presenten bases legales firmadas en tradiciones y valores comunes, y en materia de fuentes comparten una amplia área relativamente indivisa de derechos. El actual arreglo normativo europeo, que impone el diálogo institucional entre las Cortes Constitucionales y los Tribunales Internacionales es la prueba y el motor de una mudanza aún mayor en la estabilización y armonización de los derechos políticos en el continente.

Controversies over the right of passive suffrage: limits and guarantees

The objective of this thesis is to understand the role of each of the normative systems and jurisdictional bodies involved in the protection of the right to stand as a candidate for representative public office, in order to propose ways for a future recognition of a common right to political candidacies. Move in the field of jurisprudence of the Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights in order to “concretize” or specify a frame of reference on the limits and guarantees of political candidacies in Europe. From this perspective, two essential elements emerge: representative government (national and European) and fundamental rights or human rights at the continental level. The identification of a common electoral policy or a method of European integration through political and electoral rights is the perspective that guides the present research. Therefore, the thesis will deal with the right to passive suffrage, focusing on the development and application of the Spanish Constitution and international and regional treaties and principles, especially those derived from Union Law and the European Convention on Human Rights. It proposes to investigate the limits and guarantees of a common right to political participation among the signatory States. We will look for legal evidence of the existence of a European passive suffrage right, which, in fact, can take a variety of forms. We verify that the process of world integration, and more specifically European integration, has displaced the decision centers traditionally reserved for state sovereignty or at least modulated its decision-making capacity. Today the final decision on fundamental issues is generated to a large extent outside the confines of national states, from a complex normative and judicial articulation of the three coexisting protection systems in Europe: the national level, the international level and the Union level, translated into competence and, mainly, in the complementarity of regulatory matrices. It is true that it is not an easy task to describe the relationship between the three European judicial levels in the exercise of the common competence of protection of political rights, of course, because the hierarchical criterion does not help us to understand their operation. In fact, human rights today, contrary to any erroneous attempt to limit or restrict them, are protected at various levels and by various systems, precisely due to the need to create more efficient and effective legal mechanisms for the protection of such rights. Regardless of the lack of a complete legal system that integrates and regulates the foundations and principles of articulation between the different European legal systems, it is necessary to highlight the existence of important interactions, both between the Constitutions and Treaties, as well as the respective jurisprudence of the Constitutional Courts, the CJEU and the ECHR. In this sense, national law, international law and that of the European Union present legal bases signed in common traditions and values, and in terms of sources they share a relatively wide area of undivided rights. The current European regulatory arrangement, which imposes institutional dialogue between the Constitutional Courts and the International Courts, is the test and the engine of an even greater change in the stabilization and harmonization of political rights in the continent.