

# Límites y garantías del derecho de sufragio pasivo

## Reflexiones en torno a la LO 3/2011 de reforma de la Ley Orgánica del régimen electoral general

**ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA**

Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca

**MARTA LEÓN ALONSO**

Ayudante de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca

### Resumen

La última reforma de la Ley electoral pretende subsanar las deficiencias detectadas en la aplicación de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos. Para ello se amplía la prohibición de presentar candidaturas a los partidos, federaciones y coaliciones que de hecho vengán a suceder a un partido ilegalizado. En segundo lugar, se permite la impugnación de candidaturas también durante la campaña electoral, ampliando los plazos de presentación y resolución de recursos. Así mismo, se regula la suspensión cautelar de la proclamación de electos pertenecientes a candidaturas presentadas por agrupaciones de electores o por partidos contra los que se vaya a iniciar un procedimiento de ilegalización o un incidente de ejecución de sentencia de ilegalización. Por último, se introduce una nueva causa de incompatibilidad sobrevenida de carácter político, que concurrirá en los representantes electos de partidos políticos declarados posteriormente ilegales por sentencia judicial firme, o por agrupaciones de electores vinculadas a ellos, salvo que voluntariamente y de modo expreso e indubitado rechacen las causas que motivaron la ilegalización de la formación bajo cuya lista concurrieron a las elecciones. Con este trabajo tratamos de explicar en qué medida estas modificaciones afectan al derecho de sufragio pasivo, con especial atención al caso de las agrupaciones de electores.

### Resum

L'última reforma de la Llei electoral pretén esmenar les deficiències detectades en l'aplicació de la Llei orgànica 6/2002, de partits polítics. Per a això s'amplia la prohibició de presentar candidatures als partits, les federacions i les coalicions que de fet succeeixen un partit il·legalitzat. En segon lloc, es permet la impugnació de candidatures també durant la campanya electoral, i s'amplien els terminis de presentació

i resolució de recursos. Així mateix, es regula la suspensió cautelar de la proclamació d'electes pertanyents a candidatures presentades per agrupacions d'electors o per partits contra els quals s'iniciï un procediment d'il·legalització o un incident d'execució de sentència d'il·legalització. Finalment, s'introdueix una nova causa d'incompatibilitat sobrevinguda de caràcter polític, que concorrerà en els representants electes de partits polítics declarats posteriorment il·legals per sentència judicial ferma o per agrupacions d'electors vinculades a ells, llevat que voluntàriament i de mode exprés i indubtable rebutgen les causes que van motivar la il·legalització de la formació sota la llista de la qual van concórrer a les eleccions. Amb aquest treball tractem d'explicar en quina mesura aquestes modificacions afecten el dret de sufragi passiu, amb atenció especial al cas de les agrupacions d'electors.

### Abstract

The latest reform of electoral law aims to rectify the deficiencies identified in the application of Organic Law 6/2002 of Political Parties. To this end there is a widening of the ban on the presentation of candidates from parties, federations and coalitions that in fact carry on from an illegal party. Secondly, lists of candidates can be challenged during the electoral campaign itself, lengthening the timeframe for the presentation and judgement of allegations. There is also regulation of the precautionary delaying of the declaration of results in the case of candidate lists formed by groups of voters or by parties against whom illegalisation proceedings will be brought, or when a sentence is to be passed. Finally, there is a new cause of retrospective political incompatibility, which affects those elected representatives from political parties which are subsequently declared illegal by an unappealable legal judgement, or groups of voters linked to them, unless they voluntarily, expressly and unequivocally denounce whatever caused the illegalisation of the formation with which they stood at the election. This paper will analyse how these modifications affect citizens' right to stand for office, paying particular attention to associations of voters.

### Sumario

- I. Antecedentes políticos y jurídicos de la reforma
- II. El derecho de sufragio pasivo de las agrupaciones de electores
- III. La actual regulación del control jurisdiccional de las candidaturas: el contencioso electoral y el recurso de amparo electoral
- IV. La incompatibilidad política sobrevenida como causa de la pérdida de la condición de representante electo

## I. Antecedentes políticos y jurídicos de la reforma

El pasado 29 de enero de 2011 se publicaron en el BOE las Leyes Orgánicas 2/2011 y 3/2011, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Estas dos normas son el fruto de un largo proceso de estudio que se inició con la IX Legislatura por una subcomisión creada a tal efecto en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Han sido tres años de intenso trabajo que concluyeron de forma precipitada en vísperas de las elecciones locales y autonómicas. Desde algunos sectores de la doctrina se advierte que apenas ha habido tiempo para el desarrollo reglamentario, ni tampoco para poder conocer las múltiples novedades introducidas en la LOREG o para salvar las lagunas y omisiones del legislador.<sup>1</sup>

Llama la atención, desde el punto de vista formal, el hecho de que la reforma se haya aprobado mediante dos leyes orgánicas diferentes. La razón que subyace es la siguiente. El informe elaborado por la subcomisión constaba de dos partes. En la primera, que posteriormente se transformó en la LO 2/2011, se abordaban asuntos tales como el censo electoral, el voto de los españoles residentes en el extranjero, la publicidad durante la campaña electoral o la adopción de medidas para evitar el transfuguismo. La segunda parte del informe de la subcomisión se refería a modificaciones *en* la LOREG, pero que afectaban directamente a la Ley Orgánica, 6/2002 de Partidos Políticos (LOPP). Modificaciones que no fueron debatidas en el seno de la subcomisión y que son el resultado de la negociación entre el Partido Popular y el Partido Socialista, que presentaron un texto en la última sesión de trabajo de la subcomisión, de manera que no pudo ser objeto de deliberaciones internas ni de modificaciones por parte del citado órgano parlamentario.<sup>2</sup> Como consecuencia de este desacuerdo, la proposición de ley que dio

1 Un estudio pormenorizado de estas reformas ha sido realizado por Delgado-Iribarren García-Campero, M., «Las reformas de la legislación electoral realizadas por las Leyes Orgánicas 2/2011 y 3/2011 de especial incidencia en las elecciones locales y autonómicas de 22 de mayo de 2011», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, Sección Actualidad, Quincena del 15 al 29 Abr. 2011, Ref. 842/2011, p. 842, tomo 1, Editorial La Ley. Del mismo autor puede consultarse también el trabajo «La reforma electoral en ciernes: a propósito del informe sobre la reforma electoral aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados el 30 de junio de 2010», publicado en *Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 24, 2011, pp. 43-62.

2 Son esclarecedoras al respecto las palabras de Aitor Esteban Bravo del PNV en su comparecencia en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados: «He de señalar sin embargo que no puedo mostrar el apoyo de mi grupo a la segunda parte de ese informe y voy a intentar explicarlo. Por un lado, yo creo que en esta segunda parte, que es la que atañe a modificaciones en la LOREG pero relativas a la Ley de Partidos Políticos, una vuelta de tuerca más a esta ley, no se ha intentado ni siquiera el consenso, consenso que evidentemente en el caso de mi partido iba a ser complicado

—nuestra posición con respecto a la Ley de Partidos Políticos quedó explicada en su momento y voy a intentar resumirlo de nuevo muy brevemente—, ni siquiera se ha llegado a explorar la posibilidad de consenso o de introducir algún matiz, puesto que es conocido por todos los miembros de la subcomisión que el texto de esta segunda parte se nos explicó veinte minutos antes de cerrar la última sesión y se nos entregó diez minutos antes de cerrar esa última reunión de la subcomisión este lunes pasado. Mientras tanto, este tema ha estado ausente de todas las deliberaciones que hemos llevado a cabo en la subcomisión; ha podido ser tratado —parece que es así, por lo que a uno le llega en manifestaciones de compañeros parlamentarios y también por lo que se refleja en los medios—, pero ha sido una negociación entre Partido Popular y Partido Socialista ajena en todo caso a las deliberaciones internas de la subcomisión. Y, como digo, un texto que, anunciado con mucho tiempo de antelación por el ministerio, a nosotros se nos entrega, y ya lo he dicho, diez minutos antes de cerrar la subcomisión. Por tanto, creo que no ha habido una voluntad de extender el consenso más allá de los partidos mayoritarios.» (*Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados*, núm. 588, de 30 de junio de 2010, p. 6.)

lugar a la Ley Orgánica 3/2011 sólo fue suscrita por los Grupos Socialista y Popular en el Congreso.

En el preámbulo de esta Ley se hace mención expresa a la LOPP como un instrumento de fortalecimiento democrático y como un ejemplo de compromiso en defensa y consolidación del sistema constitucional de derechos y libertades, cuya aplicación ha permitido la ilegalización de «partidos que justificaban la violencia como método y que estaban en connivencia o servían de instrumento a organizaciones terroristas para prolongar política y socialmente el terror, la amenaza, la intimidación o la extorsión». El legislador considera que es conveniente reformar determinados preceptos de la Ley electoral para evitar así que formaciones políticas ilegales o quienes justifican o apoyan la violencia terrorista puedan utilizar nuevas vías para, fraudulentamente, concurrir a futuros procesos electorales y obtener representación institucional.

La prohibición *no penal* de partidos políticos es, en palabras de Cruz Villalón, una de las decisiones constitucionales más relevantes adoptadas desde 1978. Ahora bien, la principal dificultad de la LOPP reside en su pretensión de ser eficaz y de pretender serlo a ultranza. El legislador de 2002, aún siendo consciente de las dificultades que entraña la ilegalización de un partido, con el único objetivo de obtener una modificación de la estructura política de una población determinada, se muestra decidido a superar dichos obstáculos, a coste, si ello fuera necesario, de los derechos y libertades.<sup>3</sup> Como escribió en su día Pérez Royo «[...] no estamos hablando de cualquier cosa, sino del núcleo esencial del Estado democrático. El fin no puede justificar los medios, aunque el fin sea la lucha contra el terrorismo».<sup>4</sup>

Las secuelas, políticas y jurídicas, de la aplicación de la LOPP sobre el derecho de sufragio pasivo, lejos de atenuarse se multiplican.<sup>5</sup> El propio Cruz Villalón vaticinó que la ilegalización judicial de HB, seguiría teniendo consecuencias, con ocasión de cada nueva convocatoria electoral, al generar una mayor presión sobre el derecho de sufragio así como sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>6</sup>

Antes de abordar los elementos de la reforma efectuada por la LO 3/2011 en la LOREG, y de explicar su repercusión en el derecho de sufragio pasivo, es necesario hacer un breve repaso de los hitos políticos y jurídicos más significativos que han ido jalando la aplicación de la LOPP, y que marcan los puntos de inflexión que sirvieron a las Cortes Generales para modificar la propia Ley electoral.

El punto de partida se ha de fijar en el 29 de junio de 2002, fecha en la se aprueba con el apoyo de los dos partidos mayoritarios, PP y PSOE, la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos.<sup>7</sup> La Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Nacionalista Vasco, que se resolvió con la STC 48/2003, de 12 de marzo, en la que el Tribunal Constitucional declara que la citada norma no vulnera la Constitución española (CE). Tal y como se afirma en su preámbulo, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos del entorno europeo, esta norma considera que cual-

3 Cruz Villalón, P., «Normalidad y excepción», en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 71, 2004, p. 196.

4 Véase Pérez Royo, J., «El fin y los medios», en *El País*, 29 de mayo de 2004.

5 Sobre esta cuestión, puede consultarse el trabajo de Álvarez Conde, Enrique y Català i Bas, Alexandre H. «Los efectos directos y colaterales de la disolución de Herri Batasuna», en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 2, 2005, pp. 131-151.

6 Cruz Villalón, P., «Normalidad y excepción», *op. cit.*, p. 196.

7 Para una aproximación al estudio de esta Ley, pueden consultarse, dentro de la amplia bibliografía existente, los trabajos de Tajadura Tejada, J., *Partidos políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 2004; Virgala Foruria, E., «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11 (2 semestre 2002, 1. semestre 2003), pp. 203-262; Fernández Segado, F., «Algunas consideraciones sobre la Ley 6/2002, de Partidos Políticos, al hilo de la interpretación del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 125 (2004); o el reciente trabajo de Iglesias Báñez, M., *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento español*, Granada, Comares, 2008.

quier proyecto u objetivo 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. No se trata de prohibir la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, sino de hallar una posición de equilibrio, dice la LOPP, entre la libertad inherente al máximo grado de pluralismo y el respeto a los derechos humanos y la protección de la democracia. La Ley evita la ilegalización por conductas aisladas, salvo las de naturaleza penal, «exigiéndose por el contrario una reiteración o acumulación de acciones que pongan de manifiesto inequívocamente toda una trayectoria de quiebra de la democracia y de ofensa a los valores constitucionales, al método democrático y a los derechos de los ciudadanos».

La primera vez que la Sala especial del Tribunal Supremo aplica la LOPP es en el mes de abril de 2003, cuando ordena la ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna (HB-EH-Batasuna). Un mes más tarde, el 3 de mayo, el Tribunal Supremo anula 241 candidaturas presentadas por varias agrupaciones de electores en el País Vasco y Navarra, en los comicios del 25 de mayo de 2003, al entender que formaban parte de la estrategia de sucesión de Batasuna. Ante esta decisión, las agrupaciones de electores recurren ante el Tribunal Constitucional, por considerar que se habían vulnerado sus derechos de sufragio activo y de tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional, en la STC 85/2003 de 8 de mayo, otorga el amparo a parte de las agrupaciones recurrentes, impidiendo al resto de formaciones participar en la elecciones, ya que se había probado su vinculación con los partidos políticos que habían sido anteriormente ilegalizados.

Por otro lado, en ejecución de la Sentencia de ilegalización de HB-EH-Batasuna, el Tribunal Supremo determina, el 21 de mayo de 2003, la disolución del grupo parlamentario vasco Sozialista Aberzaleak (SA). La negativa de la Mesa de la presidencia del Parlamento vasco de disolver el citado grupo, alegando para ello el principio de separación de poderes y la prerrogativa de la autoorganización que ampara a cualquier asamblea legislativa, concluyó, en enero de 2008, con la condena del ex presidente del Parlamento Juan María Atutxa y de los ex miembros de la Mesa de esta Cámara por un delito de desobediencia. Uno de los episodios más lamentables de la democracia española.

La segunda de las ilegalizaciones desde el año 2002 se produce el 17 de septiembre de 2008, cuando la Sala del 61 del Tribunal Supremo acuerda la ilegalización y disolución de Acción Nacionalista Vasca (ANV), al estimar por unanimidad las demandas presentadas por el Gobierno y por la Fiscalía. La ilegalización del Partido Comunista de las Tierras Vascas (EHAK-PCTV), ordenada el 19 de septiembre de 2008 por el Tribunal Supremo, fue la tercera ilegalización decretada por este órgano desde la entrada en vigor la Ley de Partidos Políticos.

Una de las últimas intervenciones de la Sala especial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha tenido lugar con ocasión de las elecciones al Parlamento vasco, celebradas el 1 de marzo de 2009. El 8 de febrero de este mismo año, se anulan las candidaturas presentadas por Demokrazia Hiru Milioi (D3M) y Askatasuna al considerar que ambas eran sucesoras del entramado HB-EH-Batasuna.<sup>8</sup> Finalmente, el Tribunal Constitucional ratificó la sentencia del Tribunal Supremo el 13 de febrero de 2009.<sup>9</sup>

En fechas recientes, en concreto el 9 de febrero de 2011, se solicitó la inscripción de una nueva organización bajo la denominación de Sortu en el Registro de Partidos Políticos, dependiente del Ministerio del Interior. La Sala Especial del artículo 61 del Tribunal Supremo acordó el 30 de marzo de 2011 denegar dicha inscripción, al considerar que Sortu sólo persigue fraudulentamente la continuación de las actividades de la ilegalizada Batasuna. Sin embargo, la decisión no ha sido unánime ya que, de los dieciséis magistrados que componen la Sala Especial, siete se opusieron formulando un voto particular conjunto en el que expresan los fundamentos jurídicos de su parecer discrepante con el auto.<sup>10</sup>

Como hemos apuntado, desde la entrada en vigor en 2002 de la LOPP se viene utilizando en un intento de burlar la ley y así poder continuar con la actividad de los partidos políticos ilegalizados la institución conocida como agrupación de electores. Se trata de una forma de participación política, no prevista en la Constitución e introducida por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG),

8 En el caso de D3M, las investigaciones de la Guardia Civil, recogidas en la sentencia, constataron que de las ochenta y cuatro personas que integraban las candidaturas de D3M, ochenta y dos de ellas guardaban «vinculación estrecha con formaciones políticas o agrupaciones de electores ilegalizadas o anuladas, así como en algunos casos como pertenecientes a ETA».

9 Si las listas con las que quiso concurrir Demokrazia Hiru Milioi (D3M) y Askatasuna no hubiesen sido anuladas, habrían obtenido siete escaños en el Parlamento vasco. De haber sido así, el panorama político en el País Vasco no habría experimentado cambio alguno, ya que probablemente el hasta entonces lehendakari Juan José Ibarretxe, habría pactado con las otras fuerzas del arco nacionalista (EB, EA, Aralar y D3M), para convertirse por cuarta vez en el jefe del ejecutivo vasco.

10 Los firmantes de este voto particular sostienen que: «[...] (i) la resolución mayoritaria sustituye la valoración de la prueba por la construcción de un relato de identificación entre los miembros de la Izquierda Abertzale, la banda terrorista ETA y la creación de Sortu como producto de una instrucción directa de ETA; (ii) la resolución mayoritaria extrae este relato de un prolijo documento de ETA de hace más de un año y medio y lo justifica con citas parciales y conjeturas incompatibles con innumerables elementos probatorios que lo contradicen, documentales, periodísticos y de testimonio de los agentes policiales que declararon en el proceso; (iii) la resolución mayoritaria desconoce totalmente el valor decisivo que la jurisprudencia otorga a la terminante renuncia de la violencia formulada en los Estatutos

del nuevo partido.» Los firmantes consideran, por el contrario, que (i) la prueba practicada no ha logrado desmentir que la creación del nuevo partido político constituye un intento de una parte al menos del mundo abertzale de que en el País Vasco sean defendidas determinadas aspiraciones políticas independentistas por vías estrictamente políticas abandonando la violencia y toda connivencia con ella, como exige el Estado constitucional; (ii) esta conclusión se acredita por la existencia de innumerables indicios de la existencia de discrepancias graves en el seno de la Izquierda Abertzale sobre el abandono de la violencia y por el carácter terminante de la renuncia a la violencia formulada en los Estatutos del nuevo partido, referida a la organización terrorista ETA, como sujeto de conductas que vulneran los derechos humanos; (iii) por ello, resulta obligado, según los principios del Estado de Derecho, tal como se concretan en la jurisprudencia constitucional y europea de derechos humanos, admitir la actividad política del nuevo partido en tanto no se demuestre cualquier tipo de connivencia del nuevo partido con el terrorismo, momento en que la ley española permite su ilegalización inmediata.» Al final del voto concluyen los Magistrados discrepantes que «[...] resulta obligado según los principios del Estado de Derecho admitir la actividad política del nuevo partido cuando menos en este periodo, pues la prueba practicada no ha logrado desmentir que se trata de un intento de una parte al menos del mundo abertzale de que en el País Vasco sean defendidas determinadas aspiraciones políticas independentistas por vías estrictamente políticas abandonando la violencia y toda connivencia con ella, como exige el Estado constitucional.»

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. Al no estar sometidas a requisitos similares a los previstos en la LOPP para la creación de un partido político, el único modo de comprobar la legalidad constitucional de dichas agrupaciones es mediante el contencioso electoral, cuya regulación en la LOREG se ha visto alterada primero en 2002 por la LOPP y, recientemente, tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2011 de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

La primera de las reformas que acabamos de mencionar introdujo dos medidas: la prohibición de presentar candidaturas por las agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido (artículo 44.4 LOREG); y la legitimación del Gobierno y del Ministerio Fiscal para hacer efectiva esta prohibición, mediante el recurso contra la proclamación de tales candidaturas ante la Sala del artículo 61 del Tribunal Supremo (artículo 49.5 LOREG). Esta modificación en la normativa electoral ha permitido la intervención del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional para anular un gran número de candidaturas presentadas por agrupaciones de electores relacionadas con el entorno de HB-EH-Batasuna en las elecciones municipales, forales, autonómicas, generales y al Parlamento europeo celebradas en España desde el año de 2003.

Como es bien sabido, varias de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en las que se decidió que no se había conculcado ningún derecho fundamental, quitando la razón a los partidos políticos y agrupaciones de electores, fueron impugnadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), alegando que el Estado español había violado derechos recogidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, aprobado en el seno del Consejo de Europa en 1950. El 30 de junio de 2009 el TEDH dictó tres sentencias que resolvían los recursos presentados por los partidos políticos HB y Batasuna contra España, así como las referidas a los recursos planteados por varias agrupaciones de electores, creadas con ocasión de las elecciones municipales y forales de 2003 y los comicios al Parlamento Europeo del año 2004. En todas sus resoluciones el Tribunal de Estrasburgo absuelve a España al considerar que no se había vulnerado el Convenio de 1950.

Tras los pronunciamientos del TEDH se tenía la sensación de estar ante una cuestión jurídicamente zanjada. Pérez Royo, uno de los autores más críticos con la LOPP y su influencia sobre la LOREG, describió la situación como el «fin de trayecto».<sup>11</sup> Sin embargo, la experiencia acumulada tras nueve años de aplicación de la LOPP y de las consecuentes reformas de la LOREG, ha puesto sobre la mesa algunas cuestiones que estaban aún por resolver. En primer lugar, y citamos literalmente a Tajadura Tejada, el

11 Véase Pérez Royo, J., «Fin de trayecto», en *El País*, 4 de julio de 2009.

artículo 44.4 LOREG al referirse de forma exclusiva a las agrupaciones de electores, no preveía la posibilidad de que el Gobierno y la Fiscalía pudieran plantear un recurso también contra las candidaturas de partidos o coaliciones que continuaran la actividad de otro partido ilegalizado; en segundo lugar, porque el plazo de dos días establecido en el artículo 49 LOREG para interponer el recurso, impedía impugnar aquellas candidaturas cuyo carácter fraudulento se hubiera desvelado con posterioridad a los dos días de su presentación; por último, y este era el tema de mayor gravedad, porque no existía en nuestra legislación un expediente concreto para privar de su mandato al cargo representativo electo vinculado a un partido declarado ilegal.<sup>12</sup> Cuestiones que tampoco han recibido, en nuestra opinión, una solución del todo satisfactoria tras las recientes modificaciones de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG).

Para dar solución a estos flecos sueltos, la Ley Orgánica 3/2011 de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en primer lugar, amplía a los partidos, federaciones y coaliciones la prohibición de presentar candidaturas que de hecho sean sucesoras o continuadoras de la actividad de un partido ilegalizado y, en consonancia con ello, se amplía también la legitimación del Gobierno y del Ministerio Fiscal en el recurso contencioso-electoral para impugnar candidaturas presentadas por partidos, federaciones o coaliciones, además de las presentadas por agrupaciones de electores, actualmente previstas en la Ley (artículo 44.4 LOREG). En segundo lugar, se permite la impugnación de candidaturas también durante la campaña electoral (artículo 49.5 LOREG), ampliando tanto el plazo de presentación del recurso (hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria de las elecciones), como el plazo para que el Tribunal Constitucional resuelva los eventuales recursos (que coincidirá con el último día de la campaña electoral). En tercer lugar, se regula la posibilidad de que, desde la votación hasta la proclamación de electos, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal soliciten, ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ, la suspensión cautelar de la proclamación de electos pertenecientes a candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones integradas por partidos contra los que vayan a promover un procedimiento de ilegalización o un incidente de ejecución de sentencia de ilegalización en los quince días siguientes (artículo 108.4 *bis* LOREG). En cuarto lugar, se modifica el artículo 6 LOREG y se introduce, en todas las modalidades de procesos electorales, una nueva causa de incompatibilidad sobrevenida, que concurrirá en los representantes electos de candidaturas presentadas por partidos, o por federaciones o coaliciones de partidos declarados posteriormente ilegales por sentencia judicial firme, salvo que voluntariamente y de modo expreso e indubitado rechacen las causas que motivaron la ilegalización de la formación bajo cuya lista concurrieron a las elecciones.

12 Tajadura Tejada, J., «Ilegalización de partidos y régimen electoral», en *Ciudadanía y valores*, abril 2010, p. 14.

Estas son, grosso modo, las nuevas medidas recogidas en la LOREG. Como ha indicado el TC en su reciente Sentencia de 5 de mayo de 2011 en el *caso Bildu* «[...] La posible apreciación de que determinadas candidaturas electorales, presentadas por partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos o por agrupaciones de electores, pretendan continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido *no se constriñe temporalmente*, como antes de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, *al momento electoral de presentación de candidaturas o de su impugnación, sino que, sin perjuicio de que dicha apreciación también continúe siendo posible en ese momento electoral*, tras las reformas introducidas por la citada Ley Orgánica la concurrencia o no del supuesto previsto en el artículo 44.4 LOREG *puede apreciarse también, en las circunstancias, condiciones y con las consecuencias antes señaladas, durante la campaña electoral* [(artículo 49.5.c) LOREG], *desde el día de la votación hasta la proclamación de electos* (artículo 108.4 bis LOREG) *e incluso durante el mandado electoral* (artículo 6.4 LOREG)» FJ 5).

Ahora bien, siendo la defensa de la democracia un fin legítimo en sí mismo, lo cierto es que la aplicación de algunos de los instrumentos previstos en la legislación electoral puede llegar a limitar en exceso el derecho de sufragio pasivo, como exponemos en las páginas que siguen. El clásico principio constitucional «máxima libertad posible, mínima restricción necesaria», que rige la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, se ha visto desplazado en nuestro Derecho electoral por una suerte de espada de Damocles que pende no sólo sobre los candidatos, sino también sobre las cabezas de quienes ya han adquirido el estatus de parlamentario, a través de una nueva causa de incompatibilidad sobrevenida, de naturaleza estrictamente política, que deja en manos de la Administración electoral, y no de los tribunales de justicia, la decisión de privar a sus titulares del derecho fundamental recogido en el artículo 23 CE.

El propio TC recuerda que «[...] *Esta panoplia de instrumentos de control a posteriori de que se ha dotado nuestro ordenamiento* tras las indicadas reformas legales a fin de apreciar o no la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 44.4 LOREG y evitar, de este modo, la posible defraudación de la Sentencia de ilegalización y disolución de un partido político, *impone*, desde una perspectiva constitucional y en atención a la relevancia de los derechos fundamentales en juego, en todos los supuestos que puedan activarse dichos instrumentos, pero también, sin duda, en lo que ahora importa, en el momento electoral de presentación de candidaturas y de su impugnación, *una suficiente solidez y cualidad de los elementos probatorios sobre los que se sustenta la decisión judicial de anular las candidaturas presentadas por partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos o agrupaciones de electores que incurran en la causa prevista en el artículo 44.4 LOREG y un mayor rigor en su valoración*» (Sentencia de 5 de mayo de 2011, FJ 5).

## II. El derecho de sufragio pasivo de las agrupaciones de electores

Una agrupación de electores es un tipo de formación política que nace a partir del apoyo de una parte del electorado con la única finalidad de poder presentar una candidatura en un proceso electoral concreto y para una circunscripción determinada. La Constitución española de 1978 no hace referencia alguna a esta institución, aunque su existencia se deriva del principio democrático.<sup>13</sup> Así lo ha entendido el legislador al prever en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), que además de los partidos políticos, puedan presentar candidaturas las agrupaciones de electores que reúnan los requisitos establecidos por las disposiciones especiales. Una primera lectura de esta Ley nos permite constatar que tampoco en ella se hace un tratamiento completo y sistemático de la institución. Los silencios de la LOREG han hecho necesaria la intervención de la Junta Electoral Central que, a través de sus instrucciones y resoluciones de carácter vinculante, ha ido completado su estatuto.<sup>14</sup> Veamos, pues, cuál es su régimen jurídico.

Por lo que se refiere a los requisitos formales, la iniciativa para crear una agrupación de electores la toman los promotores, que son quienes impulsan o promueven la presentación de candidaturas y figuran como tales en el escrito de designación de los candidatos ante las correspondientes Juntas Electorales. Para presentar candidaturas, las agrupaciones de electores necesitan estar avaladas por un número determinado de firmas debidamente acreditadas de personas inscritas en el censo electoral.<sup>15</sup> El número de firmas exigido varía según el tipo de elección de que se trate.<sup>16</sup> Dado su carácter

13 En este punto es obligada, por oportuna, la referencia que García Pelayo hace al postulado democrático, que en palabras textuales «genera un conjunto de normas constitucionales, entre las que podemos considerar como más relevantes el principio de la soberanía nacional y el del pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, así como el de igual acceso a la representatividad y a los cargos públicos; la constitucionalización de los partidos políticos –pues sabido es que en nuestro tiempo todo Estado democrático es un Estado de partidos– así como de las organizaciones sindicales y empresariales, pues también el Estado democrático de nuestra época se caracteriza por ser un *Verbondertaat*, un Estado en cuyas decisiones toman parte las organizaciones sociales afectadas.» Aunque la forma democrática en España es, fundamentalmente representativa, no obstante, y como recuerda García Pelayo, existen «algunas formas de democracia directa, como la iniciativa legislativa popular, el referéndum para decisiones políticas de especial trascendencia, así como para la elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía y para la reforma constitucional. Teniendo en cuenta la naturaleza del sistema político de nuestro tiempo, el postulado democrático se expresa también en la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de ciertas instituciones y organizaciones que afecten no tanto a objetivos políticos generales cuanto a intereses sectoriales o particularizados.» Véase García Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1980.

14 El contenido de las intervenciones de la Junta Electoral Central pueden consultarse en <[www.juntaelectoralcentral.es](http://www.juntaelectoralcentral.es)>.

15 Se señala en la LOREG, como regla de aplicación general, que ningún elector puede dar su firma para la presentación de varias candidaturas. Las candidaturas presentadas por agrupaciones de electores deben acompañarse de los documentos acreditativos del número de firmas legalmente exigido para su participación en las elecciones. La acreditación de la identidad de todos y cada uno de los electores, que con sus firmas avalen la presentación de una candidatura independiente, ha de realizarse mediante acta notarial o por el Secretario de la Corporación municipal, que darán fe de su autenticidad. A tal efecto se exige la comparecencia personal de los firmantes ante dichos fedatarios. Los documentos conteniendo las firmas autenticadas de los electores han de presentarse junto con la propia candidatura, dentro del plazo para la presentación de la misma, ante la Junta Electoral de Zona correspondiente. La doctrina de la Junta Electoral Central ha establecido que es subsanable la irregularidad de presentación de las firmas sin autenticar, así como la de presentación de un número inferior de firmas al legalmente exigido.

16 En las elecciones del Congreso de los Diputados y del Senado las agrupaciones de electores necesitarán, para presentar candidaturas, al menos, la firma del 1 por ciento de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción provincial (artículo 169.3 LOREG). Para las elecciones municipales, el número de firmas requerido variará dependiendo de la población

temporal, las agrupaciones se constituyen única y exclusivamente cuando se convoca un proceso electoral concreto. Cada vez que se quiera presentar una candidatura se habrá de proceder a una nueva recogida de firmas, que no se podrá hacer antes de la convocatoria oficial de las elecciones, por cuanto la validez de las actuaciones requiere que las mismas se realicen dentro del período electoral.

La agrupación de electores quedará formalmente constituida con la presentación de la candidatura ante la Administración electoral, no necesitando ser registrada como asociación. No existe, por lo tanto, un registro público de agrupaciones de electores en el que la inscripción otorgue protección de su denominación o símbolo frente a terceros.

Por último, en el artículo 127 LOREG<sup>17</sup> se establece que el Estado subvencionará, de acuerdo con las reglas establecidas por la Ley, los gastos ocasionados a las agrupaciones de electores por su concurrencia a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, Parlamento Europeo y elecciones municipales.

En cuanto a los requisitos de carácter material, el artículo 44.4 LOREG<sup>18</sup> hace referencia a una serie de condiciones que determinan la existencia de las agrupaciones de electores en los siguientes términos, «[...] no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengan a continuar o suceder 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.»

Como ya se ha dicho, esta prohibición se amplía por la Ley Orgánica 3/2011 a los partidos, federaciones y coaliciones y, en consonancia con ello, también la legitimación del Gobierno y del Ministerio Fiscal en el recurso contencioso-electoral para impugnar sus candidaturas. Hasta el momento de la reforma, el control sobre sus listas de candidatos se llevaba a cabo mediante el procedimiento de ejecución de la sentencia que hubiera declarado la ilegalidad de un partido político.

Este precepto, junto con el artículo 49.5 LOREG, al que nos referiremos más adelante, son consecuencia directa de la LOPP que vino a modificar entre otros aspectos la normativa electoral reguladora de las agrupaciones de electores. Para Pulido Quecedo este es uno de los *punctuns dolens* de la Ley 6/2002, introducido por el legislador ante las

de cada municipio y se determinará conforme a los criterios previstos en el artículo 187.3 LOREG. Para las elecciones del Parlamento Europeo será necesario el apoyo de 15.000 electores inscritos en la circunscripción electoral, en este caso, todo el territorio del Estado (artículo 220.3 LOREG). Por último, en las elecciones autonómicas se deja en manos de cada Comunidad fijar ese número, aunque la regla general que se viene aplicando es la del 1 por ciento de los electores de la correspondiente circunscripción electoral.

17 Modificado por artículo 5 de Ley Orgánica 1/2003, de 10 marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2003).

18 Apartado 4 añadido por la Disposición Adicional 2.1 de Ley Orgánica 6/2002, de 27 junio, de Partidos Políticos (BOE núm. 154, de 28 de junio de 2002) y modificado por la LO 3/2011.

sospechas fundadas de que la ilegalizada Batasuna trataría de sortear la ley recurriendo a la figura de las agrupaciones de electores.<sup>19</sup> La 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 porque el derecho de participación es el derecho constitutivo de la ciudadanía y, por tanto, constitutivo de la igualdad. 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.<sup>20</sup> Y como subraya SALAZAR BENÍTEZ esta limitación podría incluso afectar al 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.<sup>21</sup>

Hay que insistir, como lo hace el propio Tribunal Constitucional, en que partidos políticos y agrupaciones de electores son entidades difícilmente equiparables.<sup>22</sup> Así, por ejemplo en la STC 85/2003 (FJ 24) se afirma que «no son realidades equivalentes; ni siquiera equiparables. Unos y otras son instrumento de participación política. Pero, el primero lo es de participación política de ciudadanos que le son ajenos, en tanto que éstas lo son de ciudadanos que las constituyen [...]». El Tribunal Constitucional no ignora «[...] las dificultades que conlleva todo intento de equiparación conceptual entre los partidos políticos y las agrupaciones electorales. Por tratarse de realidades que no son equivalentes, ni siquiera equiparables (STC 68/2005, FJ 10). Su existencia se deriva del ejercicio de dos derechos fundamentales diferentes. Los partidos políticos gozan de la “[...] doble condición de instrumentos de actuación del derecho subjetivo de asociación, por un lado, y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático” (STC 48/2003, FJ 5). Las agrupaciones de electores son “verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la actualización del ejercicio

19 Cfr. Pulido Quecedo, M., «Las agrupaciones de electores (la interpretación del artículo 44.4 de la LOREG)», en *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 2 (2003), pp. 2455-2457. Sobre esta cuestión véase también Esparza Oroz, M. A., «Las agrupaciones de electores como forma eventual de sucesión en la actividad de un partido político», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo II, mayo-junio, 2003.

20 Pérez Royo, J., «Callejón sin salida», en *El País*, 17 de junio de 2003. Como acertadamente nos recuerda el autor que en el ordenamiento jurídico únicamente se contempla la privación del ejercicio del derecho de participación de manera individualizada y mediante sentencia judicial firme. La condena por determinados delitos lleva aparejada la pérdida del ejercicio del derecho de participación política durante el tiempo que indique la sentencia. O la verificación, también por vía judicial, de que una persona se encuentra incapacitada para el ejercicio del derecho. Ésos son los únicos supuestos en que puede verse privado un ciudadano del ejercicio del derecho de participación. Insiste Pérez Royo en que cualquier otro que pre-

tendiera imponerse sería radicalmente anticonstitucional. Supondría la negación del fundamento en el que descansa la legitimación democrática del Estado. Ni siquiera mediante la reforma de la Constitución podría imponerse. Es uno de los pocos casos imaginables de anticonstitucionalidad de una ley de reforma de la Constitución. De opinión parecida es Salazar Benítez, O., en «La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por la LO 6/2002, de partidos políticos. Comentarios a las SSTs de 3 de mayo y a la STC 85/2003, de 8 de mayo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122 (2003), pp. 109-140.

21 Véase Salazar Benítez, O., «La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo...», *op. cit.*, p. 112.

22 Véase Serrano Mañlo, I., «Agrupaciones de electores y la posible continuidad de partidos políticos ilegalizados por parte de éstas. (Comentario a la STC 68/2005, de 31 de marzo)», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 16 (2005), p. 437.

de sufragio pasivo por parte de los particulares que en ellas se agrupan” (STC 85/2003, FJ 25); formaciones cuya existencia está temporalmente limitada, pues “con su prolongación en el tiempo, la agrupación electoral perdería la naturaleza efímera que es común a las agrupaciones de electores y pasaría a asimilarse a un partido político, [...]” (STC 85/2003, FJ 25 y STC 99/2004, FJ 15).»

Siendo esto así, cabe preguntarse qué interpretación ha hecho el Tribunal Constitucional del artículo 44.4 LOREG para salvar las dudas sobre una posible vulneración del derecho de participación política, al incluir lo que parece ser, a primera vista, una causa de inelegibilidad. El propio Tribunal Constitucional reconoce que la sola idea de que el partido pueda prolongarse o continuarse en algo que no sea un partido político y el hecho de que esa posibilidad se anude a una restricción, si quiera parcial, del libre ejercicio del derecho de sufragio puede plantear algunas dudas de constitucionalidad.<sup>23</sup> Esta cuestión se aborda extensamente en la STC 85/2003, de 8 de mayo.<sup>24</sup> En esta «macro-sentencia» –así denominada por Pulido Quecedo<sup>25</sup>– el TC consigue salir de este «laberinto constitucional» haciendo una interpretación del artículo 44.4 LOREG según la cual no estamos ante una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, lo que sí sería del todo inconstitucional, sino ante el mecanismo de protección conocido como garantía institucional,<sup>26</sup> que trata de evitar que las agrupaciones de electores se desnaturalicen.<sup>27</sup> Su reconocimiento por el Derecho constitucional asegura su conservación y la preservación de sus rasgos esenciales frente al legislador ordinario, que podrá disponer sobre su funcionamiento y su estructura, pero en ningún caso eliminarlas del ordenamiento jurídico o alterar su imagen maestra. En esto consiste la garantía institucional, si bien nosotros preferimos utilizar la expresión «institución garantizada constitucionalmente», acuñada por Gallego Anabitarte.<sup>28</sup>

Como subraya Iglesias Báñez lo que plantea el artículo 44.4 LOREG no es la prohibición de una sucesión de dos figuras políticas distintivas –la sucesión sólo sería posi-

23 STC 85/2003, FJ 24.

24 Que, recordemos, resuelve varios recursos de amparo electoral promovidos por diversas agrupaciones de electores que se presentaron a las elecciones municipales y a las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y al Parlamento de Navarra en las elecciones del 25 de marzo de 2003, contra la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2003

25 Pulido Quecedo, M., «Las agrupaciones de electores (la interpretación del artículo 44.4 de la LOREG)», *op. cit.*, p. 2455.

26 La Teoría de las garantías institucionales surge en las primeras décadas del siglo pasado, de la mano del jurista alemán Carl Schmitt. Observó Schmitt que en la Constitución de Weimar de 1919 existía un conjunto de instituciones que, a diferencia de los derechos fundamentales, sí estaban protegidas contra la arbitrariedad del legislador. La formulación inicial de esta teoría va a experimentar importantes transformaciones a raíz de las corrientes de pensamiento surgidas tras la Segunda Guerra Mundial. Al observar la especial resistencia de las instituciones frente a la acción del legislador,

y en el afán por dotar de una mayor protección a los derechos fundamentales, se propone la «institucionalización» de estos últimos mediante dos mecanismos: bien a través de la inclusión de la garantía institucional en su contenido objetivo, o bien mediante su concepción como instituciones. En este sentido, se ha hablado de la «tentación institucional» de la teoría de los derechos fundamentales. Véase Solozábal Echavarría, J.J., «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32 (1991), p. 83.

27 En concreto el TC señala que el artículo 44.4 LOREG «considerado en el conjunto del sistema normativo en el que se integra, su sentido no es el propio de una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, sino el de un mecanismo de garantía institucional con el que pretende evitarse, justamente, la desnaturalización de las agrupaciones de electores como instrumentos de participación política» (STC 85/2003, FJ 24).

28 Cfr. Gallego Anabitarte, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, *passim*.

ble si se tratase de formaciones idénticas, es decir, de dos partidos políticos—, sino de una sucesión en la actividad de un partido, es decir, una sucesión «de hecho». Porque, en opinión de la autora, no resulta tan «metafísicamente» imposible que una agrupación de electores pueda servir *de facto* para que un partido participe políticamente, aunque circunscrita la participación a un proceso electoral concreto.<sup>29</sup> Con el objetivo de luchar contra el fraude de ley, el artículo 44.4 LOREG «prohíbe en su supuesto de hecho que un partido ilegal se suceda a sí mismo bajo el disfraz de una agrupación de electores. Cuando judicialmente se acredita el supuesto del artículo 44.4 LOREG lo que hace la Sala Especial verdaderamente es mostrar que bajo la “careta” de una agrupación electoral está un partido disuelto.»<sup>30</sup> Concluye Iglesias Báñez que «sólo si se prueba de forma suficiente, razonable y proporcionada que la agrupación está desnaturalizada, que es, en realidad, un partido de facto que sucede a un partido ilegal y disuelto, y que sus miembros están, en definitiva, abusando de su derecho, sólo entonces la prohibición debe imponerse.»<sup>31</sup>

El debate sobre las agrupaciones de electores y las garantías jurisdiccionales del proceso electoral, provocó incluso la intervención del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Este Tribunal, el 13 de diciembre de 2007, admitió a trámite los recursos presentados por Batasuna, Herri Batasuna y varias agrupaciones de electores contra el Reino de España, al considerar los recurrentes que se habían vulnerado algunos de los derechos recogidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Dos años después, el 30 de junio de 2009, el Tribunal de Estrasburgo dicta tres sentencias<sup>32</sup> en las que, como era de esperar y conociendo la jurisprudencia de esta Corte internacional,<sup>33</sup> se absuelve al Estado español. De las tres Sentencias nos vamos a centrar en el análisis del asunto *Etxeberria et autres c. Espagne*, puesto que en ella se recogen las principales observaciones del TEDH con relación a las agrupaciones de electores a las que se les impidió participar en los comicios españoles.

Los recurrentes invocan, en concreto, la violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 del Convenio de Roma y de los artículos 10 y 13 del propio Convenio. El TEDH con relación a la posible vulneración del artículo 3 —en virtud del cual «las Altas Par-

29 Véase Iglesias Báñez, M., *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento español*, Granada, Comares, 2008, p. 290.

30 *Ibidem*, p. 292.

31 *Ibidem*, p. 295.

32 *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, núm. 25803/04 y 25817/04, *Herritaren Zerrenda c. Espagne* núm. 43518/04 y *Etxeberria et autres c. Espagne*, núm. 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03.

33 Como ha escrito Tajadura Tejada, J., «Batasuna y Estrasburgo», *El Correo*, 3 de julio de 2009, desde un punto de vista jurídico, las sentencias no aportan novedades sustantivas, porque el TEDH se limita a confirmar su doctrina sobre la ilegalización de partidos. Tajadura Tejada recuerda

que en la sentencia de 31 de julio de 2001 el TEDH declaró que Turquía no violó el Convenio al ilegalizar un partido islamista. Este Tribunal ha afirmado que el derecho de asociación política no es un derecho absoluto. Los Estados pueden, por tanto, imponer límites. Esto supone que cuando un partido político pretenda cambios legislativos o de las estructuras legales y constitucionales de un Estado lo puede hacer respetando escrupulosamente dos parámetros. En primer lugar, ha de utilizar medios legales y democráticos. Y, en segundo lugar, el cambio ha de ser compatible con los principios democráticos. Por consiguiente, el recurso a la violencia y las propuestas políticas de cambio que no respeten las reglas de la democracia, no tienen cabida en el marco del Convenio de 1950.

tes 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»—, reconoce el carácter decisivo de estos derechos para mantener un auténtico régimen democrático. Sin embargo, no son derechos absolutos. El mismo artículo 3 proclama la existencia de *limitacions implícites*. Los Estados tienen al respecto un amplio margen de maniobrabilidad. No obstante, el Tribunal afirma que a él le compete asegurar que «[...]les dites conditions ne réduisent pas les droits dont il s’agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu’elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (*Ždanoka* précité, § 115, et *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], núm. 24833/94, § 63, CEDH 1999-I), sans perdre de vue la base légale nécessaire pour la mise en œuvre de toute mesure restrictive des droits garantis par cette disposition.»<sup>34</sup>

Es decir, los límites a los derechos fundamentales no pueden desvirtuar nunca su naturaleza, ni en definitiva su contenido esencial. ¿Qué criterios usa el TEDH para determinar la conformidad de las *limitacions implícites* de los derechos del artículo 3 establecidas por los Estados? Como se señala en la Sentencia «[...]la Cour s’attache essentiellement à deux critères: elle recherche d’une part s’il y a eu arbitraire ou manque de proportionnalité et d’autre part si la restriction a porté atteinte à la libre expression de l’opinion du peuple» (§ 49). Por otro lado, el Tribunal subraya la necesidad de valorar toda la legislación electoral a la luz de la evolución de los acontecimientos políticos del país afectado, lo que conlleva que «[...]des caractéristiques inacceptables dans le cadre d’un système peuvent se justifier dans le contexte d’un autre» (§ 49). Por último, el derecho de sufragio pasivo puede estar sometido a restricciones más estrictas que el derecho de sufragio activo: «[...] En effet, alors que le critère relatif à l’aspect “actif” de l’article 3 du Protocole núm. 1 implique d’ordinaire une appréciation plus large de la proportionnalité des dispositions légales privant une personne ou un groupe de personnes du droit de vote, la démarche adoptée par la Cour quant à l’aspect “passif” de cette disposition se limite pour l’essentiel à vérifier l’absence d’arbitraire dans les procédures internes conduisant à priver un individu de l’éligibilité» (§ 50).

Por lo que se refiere al caso concreto de las agrupaciones de electores a las que se le impidió participar en las elecciones, el Tribunal está de acuerdo con las afirmaciones del Gobierno español conforme a las cuales «[...] la dissolution des partis politiques Batasuna et Herri Batasuna aurait été inutile s’ils avaient pu poursuivre *de facto* leur activité par le biais des groupements électoraux litigieux» (§50). Por lo tanto, considera que la limitación establecida en el artículo 44.4 LOREG es compatible con el Convenio de 1950 en aras de proteger el orden democrático.

El Tribunal cree que se ha seguido un procedimiento minucioso, teniendo las autoridades nacionales datos suficientes para probar la vinculación entre las agrupa-

<sup>34</sup> *Etxebarria et autres c. Espagne*, núm. 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03, § 48.

ciones de electores suspendidas y los partidos políticos ilegalizados. Se ha respetado el principio procesal de contradicción, ya que las autoridades españolas tomaron la decisión «d'annulation des candidatures de façon individualisée et, après un examen contradictoire au cours duquel les groupements ont pu présenter des observations, les juridictions internes ont constaté de façon non équivoque un lien avec les partis politiques déclarés illégaux» (§53). Para el Tribunal queda demostrado que «[...] les groupements litigieux prétendaient poursuivre les activités de Batasuna et Herri Batasuna, dissous préalablement en raison de leur soutien à la violence et aux activités de l'organisation terroriste ETA» (§54).

Por último, la presencia de partidos políticos independentistas en órganos de gobierno de algunas Comunidades Autónomas, es, en definitiva, una prueba de que la medida adoptada –la suspensión de candidaturas presentadas por agrupaciones de electores–, no responde a la intención de prohibir las ideas separatistas: «[...] la Cour estime que sa propre jurisprudence, conformément à laquelle l'expression de points de vue séparatistes n'implique pas *per se* une menace contre l'intégrité territoriale de l'Etat et la sécurité nationale, a été respectée» (§55).

Con relación a la violación del artículo 10 del Convenio de 1950, en el que se proclama la libertad de expresión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que estamos ante una condición indispensable para funcionamiento de la democracia y examina, a continuación, el contenido del citado derecho. Éste constituye, en primer lugar, una garantía frente a las ingerencias del Estado (derecho subjetivo), al mismo tiempo que se perfila como un principio objetivo fundamental para la convivencia. La libertad de expresión no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar una sociedad democrática y plural. Por último, incluye también el derecho a transmitir información y comunicar ideas a terceros en un contexto político. Hechas estas consideraciones el Tribunal recuerda la estrecha relación entre el artículo 10 del Convenio y el artículo 3 del Protocolo núm. 1. Este último es, con relación al ejercicio del derecho al voto, una *lex specialis*. Esta consideración es aplicable *a fortiori* al derecho subjetivo a presentarse como candidato. En vista de los hechos expuestos por los recurrentes, y a la luz de la normativa analizada, el Tribunal estima que la medida de suspensión de las candidaturas de las agrupaciones de electores recurrentes ha sido proporcional en virtud del fin perseguido y no vulnera la libertad de expresión (§70, 71 y 72).

En último lugar, en el recurso se alega la violación del artículo 13 del Convenio de 1950.<sup>35</sup> Este derecho se ha visto afectado, según las agrupaciones recurrentes, por la brevedad de los plazos establecidos por la legislación española para poder presentar el recurso contra la proclamación de candidaturas. En su Sentencia el Tribunal reconoce que los plazos son, efectivamente, breves y recuerda los parámetros fijados por la *Comisión de Venecia*<sup>36</sup> en el *Código de buena conducta en materia electoral*,<sup>37</sup> según los cuales sería deseable establecer un plazo de entre tres a cinco días para poder recurrir en primera

35 Que establece lo siguiente: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales.»

36 La *Comisión para la democracia a través del Derecho*, conocida como *Comisión de Venecia*, que fue creada en 1990 y cuyos miembros son expertos independientes, es un órgano consultivo del Consejo de Europa en el ámbito del Derecho constitucional. Su principal actividad consiste, sobre todo, en prestar asesoramiento para la preparación de las constituciones, enmiendas constitucionales y legislación para-constitucional, así como la legislación sobre las minorías o legislación electoral.

37 Cuyo texto puede consultarse en [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-e.pdf).

instancia. Por otro lado, examinando la legislación de los países miembros del Consejo de Europa, ha constatado la falta de unanimidad. Hay Estados como Alemania, Albania, Armenia o Letonia que sí respetan las recomendaciones de la *Comisión de Venecia*. Otros como Italia, Francia o Portugal no lo hacen y establecen un plazo de dos días. Por lo tanto, el caso español no es una excepción en el entorno europeo. Sin embargo, llama la atención el Tribunal como España, junto con Portugal «constitue une exception dans la mesure où il permet de saisir en dernière instance le Tribunal constitutionnel d'un recours d'amparo electoral» (§ 81).

El papel del TEDH no consiste en analizar la legislación interna de los Estados y establecer si un plazo de dos días es demasiado corto *in abstracto*. Lo que ha de hacer el Tribunal es analizar los efectos en el caso concreto. Bajo esta perspectiva, el Tribunal estima que los recurrentes no han demostrado que este plazo les haya impedido presentar sus recursos primero ante el Tribunal Supremo y después ante el Tribunal Constitucional y formular las alegaciones que hubiesen considerado pertinentes. En consecuencia, tampoco consideran que se haya vulnerado el artículo 13.

Ahora bien, aunque el TEDH haya dado el espaldarazo definitivo a la LOPP 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 nuestra Constitución. 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 sentido, lo que se antoja una tarea imposible. Entre otras cosas, porque la opinión pública española respalda la ley de manera abrumadoramente mayoritaria.»<sup>38</sup>

### **III. La actual regulación del control jurisdiccional de las candidaturas: el contencioso electoral y el recurso de amparo electoral**

La afirmación según la cual España se configura como un Estado social y democrático de Derecho tiene una especial transcendencia si tal aseveración se aplica a los procesos electorales. Sin olvidar en ningún momento el carácter unitario de la fórmula, nos interesa destacar, en esta sede, el binomio formado por el principio democrático y los principios integradores del Estado de Derecho.

La CE de 1978 optó, a tenor del artículo 70.2 CE, por un control judicial de las elecciones, reflejo de lo que Fernández Segado denomina una conducta «hipergarantista».<sup>39</sup> En efecto, todo el procedimiento electoral español está altamente judicializado. No sólo por el control de la legalidad del proceso electoral, sino también por la presencia de miembros del poder judicial en la propia Administración electoral.<sup>40</sup> Para Salazar Benítez este «cúmulo de garantías jurisdiccionales se debe al excesivo celo del cons-

38 Véase Pérez Royo, J., «Fin de trayecto», en *El País*, 4 de julio de 2009.

39 Véase Fernández Segado, F., «Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en la LO 5/1985, de Régimen Electoral General», en *Poder Judicial*, núm. 31, (1993), p. 61.

40 Basta recordar que de los trece vocales que integran la Junta Electoral Central, ocho son Magistrados del Tribunal Supremo, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial, si bien no están actuando como poder judicial sino como Administración, de manera que sus actos están sometidos al control jurisdiccional.

tituyente a la hora de proteger el proceso electoral, sobre todo tras una historia que había estado plagada de manipulaciones y corruptelas».<sup>41</sup>

De los cinco supuestos de revisión judicial previstos por la LOREG<sup>42</sup> nos centraremos en el recurso contra la proclamación de candidatos y candidaturas (artículo 49 LOREG),<sup>43</sup> que junto con el recurso contra la proclamación de electos (artículos 109 a 117 LOREG), constituyen el denominado «contencioso-electoral», a pesar de que la LOREG asigne sólo esta denominación al segundo de ellos.

El recurso del artículo 49 tiene como finalidad depurar las eventuales irregularidades en los candidatos y en las candidaturas que no se hayan podido detectar hasta ese momento. Una vez que la Junta Electoral competente hace pública la proclamación de los candidatos y de las candidaturas que van a concurrir a las elecciones, puede presentarse un recurso contra dicha resolución para evitar las exclusiones o las inclusiones indebidas. La regulación de este procedimiento, hasta la última reforma de la LOREG operada por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, contemplaba dos modalidades.

1. Para los supuestos de *candidaturas presentadas por partidos políticos*, la LOREG establecía que cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, podían interponer recurso contra los acuerdos de las Juntas Electorales en el plazo de dos días, a partir de la publicación de los candidatos proclamados, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debían presentarse las alegaciones que se estimasen pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportunos. El Juzgado de lo contencioso-administrativo tenía, desde la interposición del recurso, dos días para resolver. La sentencia dictada era firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 49.1, 2 y 3 LOREG).
2. Para los supuestos de *candidaturas presentadas por agrupaciones de electores*, el párrafo 5 del artículo 49 LOREG introdujo, a raíz de la aprobación de la LOPP, dos especificidades, que tenían que ver con la legitimación activa para interponer el recurso y con el órgano competente para resolver. En primer lugar, podían recurrir el acto de proclamación de candidaturas, además de cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido

41 Véase Salazar Benítez, O., «La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo...», *op. cit.*, p. 113.

42 Estos son el recurso judicial contra las resoluciones en materia censal de las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo electoral (artículo 38.5 LOREG); el recurso ante el Juez de Primera Instancia contra las resoluciones de la Oficina del Censo electoral recaídas durante el periodo electoral (artículo 41 LOREG); el recurso ante el Juzgado contencioso-administrativo contra la proclamación de candidaturas y candidatos (artículo 49 LOREG); el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Junta Electoral Central sobre materia de encuestas y sondeos (artículo

69.6 LOREG) y el recurso contencioso electoral contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos (artículo 109 LOREG). Además, se prevé, al margen de la vía judicial, el denominado recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional. Respecto a este último Cfr. Figueruelo Burrieza, A., «Los recursos constitucionales del procedimiento electoral», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, (1991), pp. 108-132.

43 La regulación del recurso contra la proclamación de candidatos y candidaturas se completa con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), como norma supletoria de segundo grado.

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 era el juez de lo contencioso-administrativo, sino la Sala Especial del Tribunal Supremo, que, recordemos, también se encarga de resolver los supuestos de ilegalización de partidos políticos. En cuanto a los plazos para la interposición y para la resolución del recurso, se mantenían los previstos para el supuesto anterior, es decir, dos días para la interposición desde la publicación del acuerdo de la Junta Electoral competente, y dos días para resolver desde que se presentó el recurso ante la Sala Especial del Tribunal Supremo. La sentencia que éste dicte es firme e inapelable ante la jurisdicción ordinaria, y sólo puede recurrirse en amparo electoral en el plazo de dos días desde la notificación de la resolución judicial, debiendo resolver el Tribunal Constitucional en el plazo exiguo de tres días (artículo 49.4 LOREG).

Esta redacción del artículo 49 LOREG suscitó en su momento algunas dudas desde la perspectiva del Derecho constitucional. Dudas que persisten tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2011, de 29 de enero. En primer lugar, sigue llamando la atención la atribución de la competencia para resolver los recursos contra la proclamación de candidaturas presentadas por agrupaciones de electores a la Sala especial del Tribunal Supremo. Desde la doctrina se ha alertado sobre una posible vulneración del derecho al juez imparcial *ex* artículo 24.2 CE. Por ejemplo, para Rubio Llorente, dada la transcendencia constitucional de la cuestión, el órgano competente para dirimir tales asuntos tendría que haber sido el Tribunal Constitucional y no el Tribunal Supremo.<sup>44</sup>

El propio Tribunal Constitucional en su STC 85/2003, al resolver los recursos de amparo presentados por decenas de agrupaciones de electores a las que no se les permitió participar en los comicios de 2003, tuvo ocasión de pronunciarse sobre este extremo en los siguientes términos. Las reservas sobre la imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador, esto es, la Sala Especial del Tribunal Supremo, deben ser rechazadas porque, según el Tribunal Constitucional, la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso y asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo. Sigue su argumentación el Tribunal Constitucional explicando que «[...] no puede considerarse desde el prisma de la imparcialidad objetiva que un órgano judicial, aunque decidiera en otro proceso la ilegalización de determinados partidos o formaciones políticas, quede prevenido en su ánimo al tener que decidir sobre la existencia o inexistencia de la continuidad entre aquéllos y otras organizaciones o agrupaciones que concurran a las elecciones, dada la notoria diferencia del objeto de cada uno de los procesos» (FJ 7).<sup>45</sup>

44 Así en «Los límites de la democracia», en *El País*, 26 de abril de 2002.

45 Continúa su exposición el Tribunal Constitucional aclarando que: «[...] En efecto, mientras que en el proceso en el que se decide sobre la pretendida ilegalización de determinado partido o formación política se trata de determinar si éstos incurren en alguno de los supuestos previstos al efecto en la normativa de aplicación (en el momento presente la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio), en el proceso que da lugar a este amparo, partiendo de la previa declaración judicial de ilegalidad de un concreto partido político, se trata de establecer, conforme a lo previsto en el artículo 44.4 LOREG, si otras organizaciones distintas de aquél vienen a continuar o suceder su actividad. En este sentido, es preciso señalar que el proceso anterior, al que puso fin la Sentencia de 27 de marzo de 2003, tuvo como objeto procesal la ilegalización y disolución judicial de un partido político, mientras que el segundo proceso decidido por la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, del que trae causa este recurso de amparo, se contrae a dilucidar si el partido político disuelto es continuado o sucedido, de hecho, y en su actividad, por determinadas agrupaciones electorales. En definitiva, como sostiene el Ministerio Fiscal, incluso si hipotéticamente se admitiera la existencia de una cierta conexión entre el objeto de ambos procesos, ello no implicaría la predeterminación del fallo» (STC 85/2003, FJ 7).

Salazar Benítez es muy crítico con estas razones, ya que resulta discutible defender la *distancia objetiva* de la Sala especial del Tribunal Supremo. Es obvio que en este caso existe una conexión, al menos *objetiva*, puesto que el motivo para anular las candidaturas es, precisamente, la continuidad con un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto por esa misma Sala. Es más, como nos recuerda Salazar Benítez «[...] el propio Tribunal Supremo ha utilizado como medios probatorios de esa continuidad la enumeración de actividades del artículo 9.4 de la LOPP. Evidentemente hay una conexión con el objeto de ambos procesos y, aunque el TC afirme lo contrario, es posible, por tanto, la preterdeterminación del fallo.»<sup>46</sup>

De opinión contraria es Iglesias Bárez para quien la existencia de un proceso previo de ilegalización es presupuesto para la sustanciación del segundo proceso (de sucesión fraudulenta de un partido ilegalizado. Ahora bien, la autora precisa lo siguiente: «que exista esta lógica conexión no enerva el derecho a un juez imparcial ya que no implica *per se* la preterdeterminación de la decisión judicial que constituye, en definitiva, el objeto de protección de la imparcialidad judicial».<sup>47</sup>

Otro asunto sobre el que se centró la atención de la doctrina y de la jurisprudencia tras la reforma de la LOREG en 2002, y que casi una década después sigue sin resolverse satisfactoriamente, tiene que ver con las garantías del proceso previsto en el artículo 49 LOREG para la resolución de los recursos contra la proclamación de las candidaturas. Ya hemos dicho que para presentar el recurso se establece un plazo de dos días desde la publicación del acuerdo por la Junta Electoral. Una vez planteado el recurso, la Sala especial del Tribunal Supremo dispone tan sólo dos días para resolverlo. La brevedad de los plazos y la concentración de las fases del proceso establecidos por el artículo 49 LOREG parecen no ser los más apropiados para un recurso en el que no se trata de revisar un simple defecto de forma, sino de probar la sucesión fraudulenta entre un partido político ilegalizado y una agrupación de electores.<sup>48</sup> No comparte esta opinión SERRANO MAÍLLO que recuerda la existencia de otros recursos caracterizados también por la brevedad de los plazos y no por ello se ha planteado su inconstitucionalidad. Cuestión distinta es plantear la conveniencia de su ampliación.<sup>49</sup>

El Tribunal Constitucional en la STC 85/2003 es rotundo al alegar que, «[...] este reproche indirecto de inconstitucionalidad contra el referido precepto legal carece, sin embargo, de todo fundamento, pues al haber optado nuestro ordenamiento jurídico por el control jurisdiccional de los actos de proclamación de candidaturas y candidatos (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2) es inexcusable articular dicha revisión jurisdiccional con arreglo a las notas características de celeridad y perentoriedad, a fin de no malograr el curso del propio procedimiento electoral.» (FJ 9)

Estamos ante una cuestión en absoluto pacífica que ha provocado incluso la formulación de algún voto particular en el seno del propio Tribunal Constitucional. Así, la Magistrada Casas Baamonde duda de que las garantías del proceso judicial del

46 Véase Salazar Benítez, O., «La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo...», *op. cit.*, p. 117.

47 Véase Iglesias Bárez, M., *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento español*, *op. cit.*, p. 321.

48 Para Iglesias Bárez, *ibidem*, p. 323, la brevedad, la naturaleza del proceso electoral no lo permite todo y aunque el recurso contencioso se caracterice por su brevedad, perentoriedad y preclusividad ha de respetar el derecho de defensa y sus garantías.

49 Véase Serrano Maíllo, M.<sup>ª</sup> L., «Agrupaciones de electores y la posible continuidad de partidos políticos ilegalizados por parte de éstas. (Comentario a la STC 68/2005, de 31 de marzo)», *op. cit.*, p. 445.

artículo 49 LOREG satisfagan los derechos mínimos de defensa, pues los exigüos plazos procesales para recurrir y para resolver sobre la inclusión o exclusión de candidaturas electorales comportan ineludiblemente la presencia de restricciones en el ejercicio de las garantías procesales esenciales en un Estado de Derecho. Es más, estas limitaciones son más significativas en el caso de las agrupaciones de electores, «[...] puesto que, a diferencia de lo que sucede en el resto de los recursos contra las proclamaciones de candidaturas electorales, en los que, por lo general, no se plantean cuestiones fácticas de marcada dificultad, en este caso ha de determinarse cuándo las agrupaciones de electores “de hecho” vienen “a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido”. Hay, pues, una situación de hecho de especial complejidad que precisa ser probada y unos plazos procesales perentorios que constriñen la realización con plenitud de la actividad probatoria.»<sup>50</sup>

La Magistrada recalca la paradoja que se había producido al introducir el artículo 49.5 LOREG: la garantía judicial que el legislador ha previsto para evitar el fraude de ley puede llegar a debilitar el derecho a la tutela judicial efectiva sobre todo de los derechos fundamentales de participación en asuntos públicos y acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

En pronunciamientos posteriores, el Tribunal Constitucional es menos categórico al reconocer que un supuesto tan complejo como el previsto en el artículo 44.4 LOREG –dilucidar si la candidatura o candidaturas presentadas por una o varias agrupaciones electorales vienen de hecho a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido– es difícil de resolver mediante el contencioso electoral, que es un recurso caracterizado por las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba. Por este motivo, *sería deseable un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal para este tipo de supuestos* (STC 68/2005 FJ 4).<sup>51</sup> Es decir, el Tribunal Constitucional invita a las Cortes Generales a proceder a su reforma.

¿Cuál ha sido la respuesta del legislador ante estas recomendaciones? La última reforma de la LOREG operada por la LO 3/2011 nos permite afirmar que en este momento existen en el artículo 49 LOREG dos procedimientos para controlar la legalidad de las candidaturas.

En primer lugar, nos encontramos con un *procedimiento común*, conforme al cual a partir de la publicación de las listas de los candidatos proclamados por la Junta Electoral correspondiente, 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

50 Voto particular que formula la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde en la STC 85/2003.

51 Las cursivas son nuestras.

elementos de prueba oportunos (artículo 49.1 LOREG). 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 (artículo 49.3 LOREG). El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes (artículo 49.4 LOREG).

En segundo lugar, existe un *procedimiento especial* (artículo 49.5 LOREG) para las candidaturas que incurran en el supuesto descrito en el artículo 44.4 LOREG. Esto es, las presentadas por los partidos políticos, las federaciones o coaliciones de partidos, y agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder 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.

Las especificidades de este procedimiento son las siguientes. En primer lugar, el recurso se interpondrá ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto a la legitimación activa, además de los previstos en el artículo 49.1 LOREG (cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada), 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, esto es, el Gobierno y el Ministerio Fiscal, teniendo derecho de acceso a la documentación que obre en poder de las Juntas Electorales. Por lo que se refiere a los plazos para interponer y resolver el recurso, el artículo 49.5 LOREG señala que 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.

Otra de las modificaciones acometidas tiene que ver con los plazos previstos para la interposición de los recursos contra la proclamación de candidaturas. Con la normativa anterior, existía un plazo común de dos días desde la publicación de la resolución de la Junta Electoral. La LO 3/2011 permite la ampliación del plazo en los casos de la impug-

nación de candidaturas que incurran en el supuesto del artículo 44.4 LOREG, hasta el cuadragésimo cuarto día posterior a la convocatoria de las elecciones. También se amplía a tres días el plazo del que dispone la Sala del 61 para resolver [artículo 49.5.c) LOREG]. Se espera que esta ampliación redunde en mejorar las garantías del proceso tal como se sugería en la jurisprudencia del TC y del TEDH. No obstante, el Tribunal Constitucional, en su reciente Sentencia de 5 de mayo de 2011 en el *caso Bildu*, vuelve a insistir, una vez más, «en la dificultad de insertar un supuesto tan complejo como el contemplado en el artículo 44.4 LOREG en el proceso contencioso-electoral que regula su artículo 49, caracterizado por las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba e inicialmente concebido para cuestiones de menor entidad. Notas que, como ya hemos declarado, han de considerarse constitucionalmente necesarias y proporcionadas en cuanto responden a la finalidad razonable de que el proceso electoral se desarrolle efectivamente en el plazo legalmente establecido (SSTC 48/2000, de 24 de febrero, FJ 3; 85/2003, de 8 de mayo, FJ 10). Por lo tanto, de nuevo hemos de reiterar, ante la aludida complejidad del supuesto previsto en el artículo 44.4 LOREG, que “sería deseable un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal” que aunara las garantías procesales del artículo 24 CE con las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba propias del referido proceso (SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 9; 68/2005, de 31 de marzo, FJ 4; 110/2007, de 10 de mayo, FJ 3; 44/2009, de 12 de febrero, FJ 6, por todas).» (FJ 2)

Para evitar el uso fraudulento de las instituciones democráticas, la LO 3/2011, de 28 de enero, introduce una última medida consistente en la solicitud de suspensión cautelar de la proclamación de electos. Para ello se añade un apartado 4 *bis* al artículo 108 LOREG según el cual desde el momento de la votación hasta la proclamación de electos, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán presentar ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, un escrito motivado anunciando la presentación, en un plazo no superior a quince días, de la demanda de ilegalización o del incidente de ejecución previstos en los artículos 11 y 12.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, solicitando, a su vez, la suspensión cautelar de la proclamación de los electos que hubieran concurrido en las candidaturas del partido afectado o en las federaciones o coaliciones por él integradas. También se prevé en este nuevo precepto que se pueda solicitar la suspensión cautelar de la proclamación de los electos que hubieran concurrido en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores que pudieran estar vinculadas al partido contra el que se dirija la demanda de ilegalización o el incidente de ejecución, o a un partido declarado ilegal por resolución judicial firme. La solicitud de suspensión cautelar de proclamación de electos será resuelta en los dos días siguientes a la presentación de dicho escrito.

Una vez presentada la demanda de ilegalización de un partido político o instado el incidente de ejecución de la sentencia previa de ilegalización, la Sala, al resolver el trámite de admisión, se pronunciará sobre la continuidad o no de la suspensión cautelar de la proclamación de candidatos electos hasta la finalización del procedimiento. Prorrogada la suspensión, si la resolución que ponga fin al procedimiento declarase la ilegalización del partido o su condición de sucesor de otro ilegalizado, declarará también la no proclamación de los electos que hubieran concurrido en sus candidaturas o en las de federaciones o coaliciones por él integradas.<sup>52</sup>

Concluye el artículo 108 LOREG estableciendo que en cualquier momento del mandato electoral de los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán presentar ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la demanda o el incidente de ejecución previstos en los artículos 11.2 y 12.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, solicitando que se declare la vinculación de dichas agrupaciones con un partido ilegalizado o con el partido cuya ilegalización se pretende. En relación con los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones electorales que incurran o pudieran incurrir en el supuesto del artículo 44.4 LOREG, se ha de tener presente también que la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, ha introducido modificaciones en el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, en el sentido, en lo que ahora interesa, de prever que sean emplazadas en el procedimiento judicial, además del partido político afectado, «las personas electas en candidaturas presentadas por agrupaciones electorales» (artículo 11.3 LOPP), así como al contemplar como posible contenido de la Sentencia que se declare «la existencia o no de vinculación con el partido político ilegalizado de las candidaturas presentadas por las agrupaciones electorales» (artículo 11.7 LOPP).

Ya se apuntó más arriba que la sentencia recaída en el recurso contra la proclamación de candidaturas o de candidatos, dictada bien por el órgano de lo contencioso-administrativo, bien por la Sala Especial del Tribunal Supremo es firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional. El amparo puede solicitarse en el plazo de dos días desde la notificación de la resolución judicial para hacer valer la vulneración del derecho de sufragio pasivo y/o del derecho a la tutela judicial efectiva. Para su sustanciación y resolución el Tribunal dispone de tres días.<sup>53</sup>

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional españolas han venido reiterando desde hace años la idea de que el recurso de amparo electoral no es una segunda instancia ni un recurso de apelación, sino un remedio subsidiario de la violación de derechos fundamentales que toma su razón de ser en los artículos 53.2 y 161.1.b) de la Constitución española.<sup>54</sup> Desde muy temprano el Tribunal Constitucional afirmó que el recurso previsto en el artículo 49.3 y 4 LOREG «contra actos ateni-

52 El pago de las subvenciones a que se refiere el artículo 127.2 no procederá mientras subsista la medida de suspensión adoptada y sólo se llevará a efecto si la resolución que ponga fin al procedimiento judicial sea desestimatoria de la demanda de ilegalización o del incidente de ejecución.

53 Para facilitar la tramitación de estos procedimientos, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 2.2 de su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional adoptó un Acuerdo de 20 de enero de 2000, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

54 Cfr. Figueruelo Burrieza, A., «Notas acerca del recurso de amparo electoral», en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 24 (1989), p. 137.

tes a la proclamación de candidaturas electorales, no ha alterado ni podía alterar la naturaleza de un recurso que, como se dice antes, no es disponible para el legislador» (STC 71/1986, FJ 2).

Sin embargo, la introducción de los artículos 44.4 LOREG y 49.5 LOREG, así como los hechos acaecidos en los distintos procesos electorales desde la entrada en vigor de la LOPP, han provocado la reapertura del debate sobre la naturaleza del amparo electoral.<sup>55</sup> Son muy esclarecedoras al respecto las palabras del propio Tribunal Constitucional en la STC 85/2003. En primer lugar, afirma que «[...] no puede entrar a conocer *ex* artículo 44.1 b) LOTC de los hechos que dieron lugar a los procesos en los que se produjeron las alegadas lesiones de derechos fundamentales aducidas en las demandas de amparo [...]. Lo que no significa, sin embargo, que deba abstraerse de las consecuencias jurídicas que el órgano judicial extrae de tales hechos cuando, viéndose afectado un derecho fundamental, aquellas consecuencias resulten desproporcionadas o supongan para el derecho fundamental en cuestión una injerencia, sacrificio o menoscabo en modo alguno justificado, razonable o simplemente acorde con la naturaleza y gravedad de la infracción producida (STC 130/1991, FJ 4), *ni que le esté impedido el conocimiento de los hechos en el sentido de la ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar su decisión* (STC 46/1982, FJ 1)». (STC 85/2003, FJ 6).

Debido a su singularidad, el Tribunal Constitucional propone, y aquí está lo novedoso, «una flexibilización de los límites propios del recurso de amparo, a la vista de la brevedad de los plazos del proceso previo, brevedad exigida por los fines del proceso electoral global» (STC 85/2003, FJ 9). Este recurso, dice el Tribunal Constitucional, «viene a dar oportunidad de nuevas alegaciones, con pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso originario» (STC 85/2003, FJ 11), puesto que «la ya destacada peculiaridad del amparo en estos supuestos, en los que se plantean cuestiones de dificultad superior a las de los otros, permite la aportación de elementos probatorios con la demanda [...]» (STC 85/2003, FJ 13).

Siendo cierto que el recurso de amparo es un instrumento de defensa y, por tanto, de eventual sanación de las insuficiencias en el procedimiento judicial previo, no obstante conviene subrayar, como así lo hace la Magistrada Casas Baamonde, que estas nuevas funciones exceden las propias de su configuración. Además, no debemos olvidar que el plazo previsto de tres días para resolver el recurso de amparo imposibilita hacerlo con las garantías debidas ante supuestos tan complejos como los previstos en el artículo 44.4 LOREG.<sup>56</sup>

En el mismo sentido, el Magistrado Hernando Santiago en su voto particular a la Sentencia de 5 de mayo de 2011 afirma que «[...] resulta verdaderamente perturbador que, cada vez que acontece un proceso electoral de estas características, en el lapso de escasos días hayan de pronunciarse tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional. Provoca estupefacción en los ciudadanos que en tan mínimo periodo de

<sup>55</sup> Véase al respecto el trabajo de Presno Linera, M. A., «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*, núms. 12 y 13 (2003-2004), pp. 587-605.

<sup>56</sup> Voto particular que formula la Magistrada María Emilia Casas Baamonde en la STC 85/2003.

tiempo estos dos altos Tribunales puedan llegar a conclusiones dispares y, desde luego, se propicia el menoscabo de la posición que el artículo 123 de la Constitución atribuye al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Para Hernando Santiago la reforma de la LOREG no sería necesaria si se asumiese con convicción que la función del Tribunal Constitucional no es la de ejercer como un órgano de segunda instancia que examina de nuevo los aspectos fácticos sobre los que versó el proceso judicial y que vuelve a valorar la prueba como si del propio órgano judicial se tratara.<sup>57</sup>

#### **IV. La incompatibilidad política sobrevenida como causa de la pérdida de la condición de representante electo**

Unos de los aspectos más controvertidos de la última reforma electoral es el nuevo supuesto de incompatibilidad sobrevenida que se incluye en el artículo 6.4 LOREG. A través de este precepto se trata de dar una respuesta jurídica al dilema político de qué hacer con los representantes elegidos bajo las siglas de un partido que con posterioridad a las elecciones es declarado ilegal. La propia LOPP evitó pronunciarse sobre este extremo debido a las serias dudas de constitucionalidad que se plantearon al respecto. Prueba de ello es que en el artículo 12 LOPP, entre los efectos de la ilegalización y disolución, no se incluye mención alguna a esta cuestión.

Conforme a la redacción del artículo 6.4 LOREG, serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme, así como los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme. Con relación a estas últimas, recordemos que en el inciso final del nuevo apartado 4 *bis* del artículo 108 LOREG se establece que en cualquier momento del mandato electoral de los representantes procedentes de agrupaciones de electores, el Gobierno, a través de la Abogacía del Estado, y el Ministerio Fiscal podrán presentar ante la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la demanda o el incidente de ejecución previstos en los artículos 11 y 12.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de Par-

<sup>57</sup> Recuerda Hernando Santiago en su voto particular en el *caso Bildu* que ya en la STC 112/2007, de 10 de mayo, el TC afirmó que su función era verificar si la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo había acreditado de manera motivada y suficiente en el caso concreto la existencia de una trama defraudatoria tendente a la instrumentalización de las candidaturas para suceder y dar continuidad a la actividad de los partidos políticos judicialmente declarados ilegales y disueltos. «[...]Desde la perspectiva que nos es propia en tanto que Tribunal de amparo, se trata de

determinar si cabe apreciar una vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos invocado por el partido recurrente en atención a la consistencia que, en términos constitucionales, ofrece la convicción judicial alcanzada en el proceso previo en punto a la naturaleza fraudulenta de las candidaturas que han sido excluidas del proceso electoral por haberse demostrado que con ellas solo se quiere dar continuidad a los partidos ilegalizados por sentencia firme (FJ 7).»

tidos Políticos, solicitando que se declare la vinculación de dichas agrupaciones con un partido ilegalizado o con el partido cuya ilegalización se pretende.

Por tanto, el primer requisito para que se dé una incompatibilidad sobrevenida es que exista una sentencia firme de ilegalización de un partido político, y en el caso de las agrupaciones de electores que en la sentencia de ilegalización se declare expresamente la vinculación entre ambas organizaciones.

La incompatibilidad surte efecto en el plazo de quince días naturales desde que la Administración Electoral permanente comunica al interesado la causa de incompatibilidad. A no ser, dice la Ley, que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiere resultado electo.

El legislador añade otra cautela. Si durante el ejercicio del mandato al que haya accedido tras haber explicitado dicha declaración, la persona electa se retractase de la misma, por cualquier medio, o mostrara contradicción a través de hechos, omisiones o manifestaciones respecto de su contenido, quedará definitivamente incurso en la causa de incompatibilidad del artículo 6.4 LOREG. La incompatibilidad surtirá efecto a partir de la notificación realizada al efecto por la Administración Electoral permanente, por sí o a instancia del Gobierno a través de la Abogacía del Estado o del Ministerio Fiscal. Como es de suponer, este régimen de incompatibilidad también se aplicará a los integrantes de la candidatura de la formación política declarada ilegal que sean llamados a cubrir el escaño vacante, incluidos los suplentes.

Pulido Quecedo señala que desde el punto de vista técnico se otorga un papel relevante a la Administración electoral, que será la encargada de conocer de la causa de incompatibilidad sobrevenida, declarándola en su caso. Llama la atención el hecho de que hasta esta última reforma las Juntas Electorales tenían atribuido un papel más formal que material del control del proceso electoral. La reforma de 2011, tal y como subraya Pulido Quecedo, ha preferido no otorgar a los órganos representativos el control de la declaración de retractación o de rechazo de la violencia, tratando así de despolitizar tal valoración. Son los órganos electorales y no los representativos quienes han de valorar esa declaración.<sup>58</sup> La decisión de la Junta Electoral es recurrible ante la Sala especial del Tribunal Supremo en los plazos previstos en el artículo 49 LOREG.

Para Tajadura Tejada la solución adoptada en el artículo 6.4 LOREG no plantea dudas de constitucionalidad.<sup>59</sup> El legislador, en la reforma que introduce la LO 3/2011, propone una alternativa más sofisticada para lograr que no haya representantes de una organización terrorista en las instituciones políticas, al mismo tiempo que respeta la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la prohibición del man-

58 Pulido Quecedo, M., «De nuevo sobre la reforma de la LOREG», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 808/2010 parte Tribuna.

59 Tajadura Tejada, Javier, «Ilegalización de partidos y régimen electoral», en *Ciudadanía y valores*, abril 2010.

dato imperativo. La explicación que da este autor es la siguiente. El estatuto jurídico de cualquier representante político (estatal, autonómico o local) impide al candidato ya electo adquirir o mantener su condición si en él concurre alguna circunstancia personal o profesional específica que le impida desempeñar al mismo tiempo el mandato representativo (incompatibilidad). En el caso de que concurra alguna causa de incompatibilidad deberá optar por una de las funciones incompatibles y renunciar a la otra. Si no ejerce la opción se entiende que renuncia al escaño. Las causas de incompatibilidad son las de inelegibilidad (artículo 155.1 LOREG) a las que se añaden otras dos. Según el artículo 67.1 CE «nadie podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso». Y el artículo 155.2 LOREG introduce un nuevo listado: ejercicio de cargos vinculados a entes y empresas públicas. A los supuestos de incompatibilidad personal (artículo 6.2 LOREG)<sup>60</sup> y funcional, se suma ahora lo que Tajadura Tejada denomina «incompatibilidad política». Con ello, dice el autor, se introduce una previsión legal expresa para privar de su cargo al representante. Esta previsión no consiste en un automatismo, sino en un supuesto de incompatibilidad sobrevenida. Es decir, se deja en manos del electo la opción de conservar o no el acta. De esta forma, señala Tajadura Tejada la ilegalización del partido no conlleva la pérdida automática del cargo, y así no se entra en contradicción con la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza, significado y alcance del mandato representativo. Ahora bien, si el electo desea conservar su acta, tendrá que manifestar de forma clara su desvinculación de un proyecto que por su carácter violento y antidemocrático fue declarado ilegal.

En nuestra opinión, esta causa de incompatibilidad sobrevenida de naturaleza estrictamente política que ahora se contempla en el artículo 6.4 LOREG, sí que puede entrar en colisión no sólo con el derecho consagrado en el artículo 23.2 CE, sino también con el contenido en el artículo 23.1 CE.

En primer lugar, hay que recordar que el Tribunal Constitucional viene reiterando, en una jurisprudencia ya consolidada, que el derecho de participación política incluye el acceso, la permanencia y el ejercicio del cargo o función pública en los siguientes términos «[El artículo 23.2 CE] consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, SFJ 3), no pudiéndose ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985,

60 Conforme a este precepto son inelegibles: «1. Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena. 2. 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.»

de 6 de marzo, FJ 3). Cualquiera de las dimensiones que hemos identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 CE –acceso, permanencia y ejercicio– está delimitada –con arreglo al propio precepto constitucional– por la necesidad de llevarse a cabo “en condiciones de igualdad” y de acuerdo “con los requisitos que señalen las leyes”» (STC 298/2006, FJ 6).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha elaborado una teoría de la representación política que se fundamenta en la conexión que existe entre el derecho de sufragio activo y el derecho de sufragio pasivo. La jurisprudencia constitucional viene a concluir que los representantes son quienes hacen efectivo el derecho a la participación política de los ciudadanos. En la STC 5/1983, de 4 de febrero, en el FJ 4, el Tribunal Constitucional subrayó el vínculo entre los dos apartados del artículo 23 CE al afirmar que «[...] los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar –y no de ninguna organización como el partido político–, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de Derecho, y no de la voluntad del partido político.»

El artículo 23.2 CE se configura pues como una garantía del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes: «[...] En el Estado social y democrático de Derecho conformado por la CE, el grupo minoritario de ciudadanos a quienes el resto de los mismos encarga periódicamente el ejercicio de diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular adquiere una posición necesariamente singular, con proyección sobre las condiciones de permanencia en la función o cargo público. Como ciudadanos, son titulares o sujetos de derechos fundamentales, pero al mismo tiempo, son depositarios y sujetos activos de las funciones y cargos públicos a través de los cuales se manifiesta el orden democrático de la comunidad» (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6). Caamaño considera que el derecho a la participación política de los ciudadanos se configura como un *derecho-valor* «que informa plural y democráticamente la posición jurídica del representante [...] Si el representante puede invocar este derecho de los ciudadanos en conexión con el suyo propio (artículo 23.2 de la Constitución) no es porque tras la elección se convierta en un impropio titular jurídico del mismo, sino porque, en la medida en que instrumentaliza el derecho de los ciudadanos a verse representados, queda procesalmente legitimado para su defensa.»<sup>61</sup>

Una vez que el candidato recibe el respaldo del electorado, se convierte en representante del conjunto de la ciudadanía, y no sólo de sus votantes directos, en virtud de la prohibición expresa del artículo 67.2 CE, reiterada por la jurisprudencia constitucional, entre otras en la STC 10/1983 en la que se afirma que «los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral». Su condición de representante no debería de verse alterada por el destino del partido con el que concurrió en su día a las elecciones. Desde un punto de vista estrictamente político los candidatos electos

61 Caamaño Domínguez, F. «Mandato parlamentario y derechos fundamentales. (Notas para una teoría de la representación “constitucionalmente adecuada”», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, p. 138.

sí representan a sus respectivos partidos y tienen un compromiso de naturaleza política adquirido con quienes le votaron en razón de su programa e ideología (STC 119/1990, FJ 7). Sin embargo, desde la perspectiva jurídico-constitucional aquéllos representan a todo el cuerpo electoral: «[...] según resulta evidente del texto constitucional y de cuanto, de acuerdo con una doctrina prácticamente unánime, acabamos de exponer, las listas de candidatos son simples propuestas y la representación, en el sentido jurídico-político del término, surge sólo con la elección y es siempre representación del cuerpo electoral y nunca del autor de la propuesta» (STC 10/1983, FJ 4). De ahí que la disolución de un partido ilegalizado no debería de afectar a los representantes que resultaron electos en sus listas.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y CATALÀ I BAS, Alexandre H.: «Los efectos directos y colaterales de la disolución de Herri Batasuna», en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 2, 2005, pp. 131-151.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: «Mandato parlamentario y derechos fundamentales. (Notas para una teoría de la representación “constitucionalmente adecuada”)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, Madrid, 1992, pp. 123-149.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Normalidad y excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pp. 187-200.
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, Manuel: «Las reformas de la legislación electoral realizadas por las Leyes Orgánicas 2/2011 y 3/2011 de especial incidencia en las elecciones locales y autonómicas de 22 de mayo de 2011», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, Sección Actualidad, Quincena del 15 al 29 Abr. 2011, Ref. 842/2011, tomo 1, Editorial La Ley.
- «La reforma electoral en ciernes: a propósito del informe sobre la reforma electoral aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados el 30 de junio de 2010», publicado en *Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 24, 2011, pp. 43-62.
- ESPARZA OROZ, Miguel Angel: «Las agrupaciones de electores como forma eventual de sucesión en la actividad de una partido político», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo II, mayo-junio, 2003, pp. 2645-2649.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «Algunas consideraciones sobre la Ley 6/2002, de Partidos Políticos, al hilo de la interpretación del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 125, 2004, pp. 109-156.
- «Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en la LO 5/1985, de Régimen Electoral General», en *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, pp. 59-86.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Angela: «Los recursos constitucionales del procedimiento electoral», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, 1991, pp. 107-132.
- «Notas acerca del recurso de amparo electoral», en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1989, pp. 135-152.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1980.
- IGLESIAS BÁREZ, Mercedes: *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento español*, Granada, Comares, 2008.
- PÉREZ ROYO, Javier: «Callejón sin salida», en *El País*, 17 de junio de 2003.
- «Fin de trayecto», en *El País*, 4 de julio de 2009.
- PRESNO LINERA, Miguel Angel: «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*, núms. 12 y 13 (2003-2004), pp. 587-605.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «Las agrupaciones de electores (la interpretación del artículo 44.4 de la LOREG)», en *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2003, pp. 2455-2457.
- RUBIO LORENTE, Francisco: «Los límites de la democracia», *El País*, 26 de abril de 2002.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por la LO 6/2002, de partidos políticos. Comentarios a las SSTC de 3 de mayo y a la STC 85/2003, de 8 de mayo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, pp. 109-140.
- SERRANO MAÍLLO, Isabel: «Agrupaciones de electores y la posible continuidad de partidos políticos ilegalizados por parte de éstas. (Comentario a la STC 68/2005, de 31 de marzo)», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 16, 2005, pp. 435-452.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pp. 73-114.
- TAJADURA TEJADA, Javier: «Ilegalización de partidos y régimen electoral», en *Ciudadanía y valores*, abril 2010.
- *Partidos políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.
- VIRGALA FORURIA, Eduardo: «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», en *Teoría y realidad constitucional*, núms. 10-11, (2.º semestre 2002, 1.º semestre 2003), pp. 203-262.