

# LA EXCLUSIÓN DE LOS INFRACTORES DEL PARLAMENTO: ENTRE LA LIBERTAD POLÍTICA Y EL IMPERIO DE LA LEY

IGNACIO GARCÍA VITORIA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional*

*Universidad Complutense de Madrid*

TRC, n.º 51, 2023, pp. 441-480  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Introducción. II. ¿Pueden los tribunales decidir si es democrático excluir a los infractores del parlamento? III. La configuración legal. IV. El control de constitucionalidad. V. La garantía europea. VI. La interpretación de la legalidad electoral. VII. Las exigencias del principio de *favor libertatis* en la interpretación de las restricciones a la participación política. VIII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

*La polémica sobre la privación del sufragio por sentencia condenatoria.* Una sucesión de casos sobre la suspensión o finalización del mandato de políticos acusados o condenados ha avivado la discusión sobre el carácter democrático de este tipo de restricciones a la participación política. Los acontecimientos están relacionados con la estrategia de los partidos secesionistas catalanes de presentar primero como candidatos a los acusados por la declaración unilateral de independencia y posteriormente respaldar las acciones de desobediencia que llevan a cabo sus cargos representativos. También con la condena a algunos parlamentarios de la izquierda antisistema por enfrentamientos con la policía en el contexto de manifestaciones. Aunque la polémica política esté vinculada a estos episodios recientes, el debate de fondo sobre si es democrático excluir a los infractores del parlamento es más amplio. El hecho de tomar prestado el título del informe de la Comisión Europea

para la Democracia por el Derecho refleja precisamente cómo el tema tiene un alcance global<sup>1</sup>.

*Libertad política y pugna partidista.* Está presente en el debate la preocupación clásica sobre las condiciones que deben tener los límites a la libertad política<sup>2</sup>. La posición que se adopte sobre el acceso a un cargo representativo o el mantenimiento en el mismo de quien ha infringido el Código Penal refleja un equilibrio entre la libertad para elegir representantes y la exigencia de que los parlamentarios cumplan la ley, como el nivel más básico del imperativo ético al que deben estar sujetos los responsables públicos (García Roca, 1999: 129). Ambos ingredientes son imprescindibles para que el proceso de formación de la voluntad pública sea democrático. Este dilema se entrecruza con un tema distinto: la denuncia de que las restricciones al sufragio pasivo son aplicadas en perjuicio de determinados partidos<sup>3</sup>. La posibilidad de utilizar la privación del mandato por falta grave de forma abusiva contra los parlamentarios que pertenecen a la minoría es también advertida por la Comisión de Venecia<sup>4</sup>.

*Las restricciones al sufragio pasivo.* Dentro del conjunto de las garantías de la libertad y el pluralismo político, de los que la independencia judicial constituye un presupuesto esencial, el presente trabajo se centra únicamente en el derecho de sufragio pasivo. En relación con este derecho, se analizarán las dudas sobre la proporcionalidad de las restricciones. Así, por ejemplo, se plantea si la pérdida de la condición de parlamentario, que es una consecuencia definitiva, es una medida

1 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on Exclusion of Offenders from Parliament*, Opinión N° 807/2015, 23-24 Octubre 2015, CDL-AD (2015)036cor. La palabra delincuente parece la primera opción para traducir el título del informe, especialmente si nos fijamos en la versión en francés *délinquants*, pero el vocablo infractor, que puede servir para traducir el término en inglés *offender*, surge como alternativa. Una ventaja de la segunda traducción es que alude directamente al hecho de incumplir la ley, más que a la cualidad personal del autor. Puede precisarse que las limitaciones dentro del ordenamiento español se refieren no solo a condenados, donde el término delincuente es apropiado, sino también a personas contra las que se ha dictado auto de procesamiento, donde debe evitarse la atribución de culpabilidad. Por otra parte, la palabra infractor refleja mejor cómo los supuestos de hecho de las normas nacionales pueden referirse al incumplimiento de deberes o la realización de actos ilícitos más allá del ámbito penal. Este último matiz tiene un interés limitado dentro del ordenamiento español, donde las infracciones administrativas en materia electoral o de financiación de partidos se sancionan con multas. Mientras, la honorabilidad se configura solo como un requisito de idoneidad para los miembros del Gobierno y no para los cargos de elección popular.

2 “Libertad política: Árbol de magnífica hojarasca, pero de frutos muy amargos; a fuerza de podarle las más frondosas ramas sus propios guardianes, ha perdido casi toda la savia y se observa en la actualidad medio seco” (Juan Rico y Amat, Diccionario de los políticos, o, verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos: escrito para divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los aún quieren serlo. Madrid: F. Andrés; 1855).

3 La presunta interferencia de un sector de los jueces en la actividad política de estos partidos lleva a importar el concepto de *lawfare* del mundo de la ciencia política, tomando como inspiración el voto particular de los jueces Zaffaroni y Pazmiño Freire en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego contra Colombia, de 8 de julio de 2020. En este sentido, Martín Pallín (2022).

4 Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (*Venice Commission*) *Parámetros sobre la relación entre la mayoría parlamentaria y la oposición en una democracia*, Opinión No. 845 / 2016 CDL-AD (2019)015 Or. Engl, párrafos 56-58.

adecuada cuando la condena que la desencadena no supone el ingreso en prisión. Igualmente, es controvertida la anticipación de las restricciones a un momento procesal previo a la firmeza de la condena. El examen de estos problemas lleva a estudiar tanto la legislación como su interpretación, que puede ampliar las restricciones. En cambio, no se entrará en una cuestión conexa: la adopción de medidas cautelares restrictivas de la libertad personal de los candidatos o parlamentarios. En este ámbito, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reclama de los tribunales nacionales una ponderación específica de los efectos de la medida sobre la actividad política y revisa que la limitación no responda a una finalidad oculta (García Roca, 2021).

## II. ¿PUEDEN LOS TRIBUNALES DECIDIR SI ES DEMOCRÁTICO EXCLUIR A LOS INFRACTORES DEL PARLAMENTO?

*La revisión por parte de los tribunales constitucionales y europeos de ámbitos trascendentales del proceso político.* La polémica llega al orden del día del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo. También del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Junqueras supone un aviso sobre el impacto potencial que puede tener el Derecho de la Unión Europea sobre las decisiones de los Estados en materia electoral y parlamentaria<sup>5</sup>. Esta decisión, al igual que previamente la Sentencia Delvigne, forman parte del escenario posterior al Tratado de Lisboa<sup>6</sup>. Una nueva etapa en la que los derechos democráticos recogidos en la Carta Europea adquieren pleno valor jurídico y en el que el Tratado de la Unión Europea atribuye al Parlamento Europeo la representación de los ciudadanos de la Unión (artículo 14.2), en lugar de la representación de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad, como hacía previamente (artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea). Cobra así relevancia la cuestión de hasta dónde la función de garantía de los derechos fundamentales habilita a los tribunales constitucionales y europeos para entrar a conocer sobre un ámbito trascendental del proceso político (Fossas, 1993: 14).

*Deliberación legislativa.* La deliberación legislativa es el territorio natural donde se transforman las condiciones de ejercicio del sufragio, como sucedió con la derogación similar de la pena de privación del derecho de voto en la reforma del Código Penal de 1995. El legislador consideró entonces que la privación del sufragio activo era incompatible con la dignidad de los presos, al negarles la capacidad para autodeterminarse políticamente, y con las finalidades de reeducación y reinserción social que deben cumplir las penas (Presno, 2003: 142-143). Las

5 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019, asunto Junqueras Vies, (C-502/19).

6 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 en el asunto Delvigne (C-650/13).

normas sobre quién puede ser elegible o sobre la finalización del mandato implican una decisión política, en cuanto existen diferentes planteamientos acerca de la ponderación entre la libertad política y otros bienes constitucionales. Una muestra de estos argumentos políticos es la defensa en 1985 ante el Pleno del Congreso de los Diputados por parte del diputado Vicens i Giralt de su enmienda de supresión del artículo 6.2 de la Ley Electoral, es decir, de la prohibición de que los condenados por sentencia a pena privativa de libertad sean elegibles<sup>7</sup>. Declaró que el propósito de la enmienda era «defender la tradición democrática de que sea el pueblo quien decida quién merece su confianza y quién no» e invocó como precedente la elección como diputados de los miembros del comité de la huelga general revolucionaria de 1917 a pesar de haber sido condenados a cadena perpetua<sup>8</sup>. Concluyó solicitando la supresión de la inelegibilidad «para que la democracia actual se pueda comparar a la de entonces sin sonrojos».

*Control de constitucionalidad y de convencionalidad de la ley.* En consonancia con su naturaleza política, las leyes donde se fijan las restricciones precisan una mayoría cualificada para su aprobación. Esta fuerte legitimidad de la ley dificulta la revisión jurisdiccional de los eventuales excesos del legislador. También el rechazo que en la mayoría de la opinión pública genera la presencia en el parlamento de personas acusadas o condenadas puede aconsejar a los tribunales pisar este terreno con delicadeza<sup>9</sup>. En una materia tan expuesta a la disputa política se pone a prueba el alcance de la idea de que, en una democracia constitucional, todas las decisiones de los poderes públicos, incluido el legislador, están sometidas al Derecho. Cuando el Tribunal Constitucional afirma que el derecho de sufragio es la «piedra angular del sistema democrático» (STC 27/1990, de 22 de febrero, FJ 3) hace algo más que destacar la conexión obvia entre elecciones y democracia. Esta cita puede entenderse como una reivindicación de que la garantía jurisdiccional de los derechos políticos refuerza la legitimidad democrática del sistema. Lo mismo puede aplicarse al Tribunal Europeo, que también reafirma su potestad para revisar la actuación de los Estados proclamando reiteradamente que el derecho a elecciones libres es crucial para el mantenimiento de una democracia regida por el imperio de la ley<sup>10</sup>. La rotundidad de las afirmaciones en

7 La intervención del diputado Vicens i Giralt puede consultarse en el Diario de Sesiones del Pleno del 18 de abril de 1985, II Legislatura, núm. 199, pp. 9126-9127.

8 Afirmó que no hay precedentes modernos de ninguna prohibición de este tipo, señalando el contraste con las Leyes Electorales de 23 de junio de 1870 y 8 de agosto de 1907. Esta afirmación es matizable porque la Ley de 8 de agosto de 1907 declaraba que están incapacitados para ser admitidos como diputados, aunque hubiesen sido válidamente elegidos, «(l)os que por sentencia firme hayan sido condenados a pena aflictiva». Añadía como referencia la participación de condenados por la Revolución de Octubre de 1934 como candidatos en las elecciones de febrero de 1936.

9 La expresión «*tread delicately*» se toma del voto de Lady Hale en la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en el asunto del voto de los presos: R (Chester) v Secretary of State for Justice; R (McGeogh) v The Lord President of the Council and Another (Scotland) [2013] UKSC 63: párrafo 87.

10 La expresión tiene su origen en la Sentencia Hirst contra el Reino Unido nº 2 (2005), de 6 de octubre de 2015, párrafo 58: «*are crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful*

torno al sometimiento a la Constitución y al Convenio Europeo de Derechos Humanos no disipa la pregunta de hasta dónde debe llegar el control jurisdiccional, especialmente cuando se examina en abstracto la legislación.

*La interpretación de la ley a favor de los derechos políticos.* Mientras, los recursos contra las decisiones de los tribunales ordinarios que interpretan la legislación remiten a un problema distinto. Puede discutirse si el deber de interpretar la legislación ordinaria de conformidad con las normas constitucionales implica que sea obligatorio optar por aquella interpretación de la ley que favorezca el acceso y la permanencia en el cargo de personas que han podido cometer un delito grave o si, por el contrario, debe prevalecer el interés en promover la ejemplaridad de los representantes. Además, la intervención del Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo para corregir la jurisprudencia de los tribunales ordinarios plantea un complejo deslinde entre la garantía de los derechos fundamentales y la interpretación de la ley, que corresponde al Tribunal Supremo como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes».

*La soberanía electoral y los tribunales europeos.* La capacidad de los tribunales europeos para revisar la ley y la interpretación de esta que realizan los tribunales nacionales resulta especialmente controvertida, como demostraron las reacciones a la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Junqueras, antes citado, en las que se criticaba la decisión como un ataque a la soberanía electoral. La pregunta es si el Tribunal Europeo y el Tribunal de Justicia deben optar por preservar el poder de decisión de los Estados o relativizar la soberanía impulsando un entendimiento común de los derechos electorales<sup>11</sup>. Los límites a la capacidad decisoria de los Estados como consecuencia de la adhesión al Consejo de Europa y a la Unión Europea parte de un tronco común: la idea que la democracia es a la vez un presupuesto para la paz y la seguridad del continente, como enseña la experiencia del ascenso de los totalitarismos en el período de entreguerras, y una condición esencial del funcionamiento interno de las instituciones europeas. El respecto a la democracia como valor común está tanto en el Estatuto del Consejo de Europa y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como en el Tratado de la Unión Europea.

*Estrasburgo y Luxemburgo: interpretación convergente o autónoma.* El análisis conjunto de los dos altos tribunales europeos da lugar a una segunda pregunta: ¿en qué medida la jurisprudencia que comienza a construir el Tribunal de Justicia debe seguir los pasos de la más dilatada experiencia de Estrasburgo o, por el contrario, debe basarse en una interpretación autónoma del Derecho de la Unión? Para valorar hasta qué punto la incidencia del Convenio y del Derecho de la Unión en el margen de decisión de los Estados puede ser distinta deben analizarse las diferencias que existen entre ambos sistemas, más allá de la proclamación

*democracy governed by the rule of law*». Posteriormente reiterada, por ejemplo, en Yumak y Sadak contra Turquía, de 8 de julio de 2008, párrafo 105.

<sup>11</sup> La idea de soberanía electoral aparece en Shaw (2003: 479), en relación con las normas aprobadas por la Unión Europea sobre el voto de los ciudadanos comunitarios en las elecciones locales.

común de la democracia como valor en el que se fundamenta la integración. Una divergencia de partida resulta muy evidente: mientras el Convenio Europeo establece una garantía común del derecho a elecciones libres, aplicable a todas las elecciones parlamentarias, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea no establece un derecho al sufragio con carácter general, sino solo derechos específicos respecto a las elecciones locales y al Parlamento Europeo, que conectan directamente con la idea de ciudadanía europea<sup>12</sup>.

### III. LA CONFIGURACIÓN LEGAL

#### 1. La calidad de la ley

*Remisión al legislador.* La Constitución española pone en las manos del legislador la decisión sobre a quiénes debe estar vedado el ejercicio de los cargos representativos como resultado de la comisión de un delito. Refiriéndose específicamente al Congreso de los Diputados, el artículo 68.5 de la Constitución afirma que son elegibles todos los españoles «que estén en pleno uso de sus derechos políticos»<sup>13</sup>. Esta circunstancia hace que no sea necesario profundizar en los conflictos que puede suponer que el constituyente establezca directamente restricciones, como sucede en otros ordenamientos<sup>14</sup>. La atención se centra en cómo la concurrencia de normas, unida a la falta de claridad conceptual, abona el terreno para las dudas en la aplicación de la ley.

12 Parece remota la posibilidad de que el Tribunal de Justicia hiciera valer el derecho de sufragio, fuera de los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de la Carta, como un principio general del Derecho de la Unión que surge del Convenio y de las tradiciones constitucionales comunes (artículo 6.3 TUE). Tal vez podría plantearse en la hipótesis extrema de que las restricciones nacionales al derecho a elecciones libres pudieran llegar a obstaculizar la responsabilidad parlamentaria de los gobiernos representados en el Consejo (artículo 10.2 TUE) o la contribución de los parlamentos nacionales al proceso decisorio de la Unión Europea (artículo 12 TUE).

13 La remisión al legislador, bajo diversas fórmulas, ha sido la regla general en nuestra historia constitucional. La excepción es el Estatuto Real de 1834, que excluía directamente del estamento de procuradores tanto a los «condenados por un (t)ribunal a pena infamatoria» como a «los procesados criminalmente» (artículo 15).

La Constitución utiliza una fórmula similar a la que aparecía en las Constituciones de 1812, 1869 y 1876, aunque con diferencias en cuanto a la referencia a los derechos civiles o políticos. La Constitución de 1812 requería estar «en el ejercicio de sus derechos» (artículo 91), las dos posteriores gozar de los «derechos civiles» (artículos 66 y 29 respectivamente), las Normas Electorales de 1977 hallarse «en pleno uso de sus derechos civiles y políticos» (artículos 2.1 y 3.1), mientras la Constitución de 1978 alude específicamente a los derechos políticos. No parecen derivarse consecuencias de estas variaciones. Tampoco de la diferencia entre este modelo y la Constitución de 1931, que reenviaba a «las condiciones fijadas por la ley (e)lectoral» (artículo 53), siguiendo el ejemplo de las Constituciones de 1837 y 1845.

14 En Europa, la pérdida de la condición de elegible como consecuencia de una condena penal está prevista en algunas Constituciones, en conexión siempre con el derecho de voto (artículo 65.1 de la Constitución de Bulgaria, artículo 53 de la Constitución de Luxemburgo, artículo 32.3 de la Constitución de Rusia). El conflicto entre la supremacía constitucional y la protección supranacional de los derechos que genera este tipo de límites constitucionales se ha planteado principalmente en relación con el voto y solo indirectamente afecta al sufragio pasivo.

*Acceso al cargo: duplicidad entre la Ley Electoral y el Código Penal.* En la regulación del acceso al cargo representativo concurren los artículos 3.1 y 6.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y las diferentes penas privativas o suspensivas sobre el derecho de sufragio que se contienen en el Código Penal. Se suman las restricciones procedentes de ambas fuentes. La STC 80/1987, de 27 de mayo, afirmó que la Ley Electoral sólo menciona algunas causas de inelegibilidad derivadas de sanciones penales y que a los supuestos regulados en ella hay que añadir aquellos que derivan de determinadas penas previstas en el Código Penal (FJ 3)<sup>15</sup>. En sentido inverso, se ha aceptado que el artículo 6.2.a de la Ley Electoral, que declara inelegibles a «(l)os condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena», introduzca restricciones que no tienen correspondencia en el Código Penal<sup>16</sup>.

*Incapacidad electoral e inelegibilidad.* El marco legal aparece también oscurecido por las dudas que pesan sobre la naturaleza jurídica del artículo 6.2 de la LOREG. Un sector comparte la caracterización por la que opta el legislador: una causa de inelegibilidad. De acuerdo con esta tesis, no existe un concepto previo de inelegibilidad, distinguible *a priori* de la capacidad electoral, según si la causa que lo origina puede ser removida o no por un acto de voluntad del sujeto. Según esta posición doctrinal, corresponde convenir estos conceptos al legislador, pudiendo éste distinguir entre capacidad electoral pasiva, que se refiere a las condiciones de titularidad del derecho (edad, nacionalidad o residencia), y elegibilidad, como requisito para ejercer el derecho (Pulido, 1992: 214). Por el contrario, para otra parte de la doctrina, el artículo 6.2 de la LOREG no establece realmente una inelegibilidad, sino que su verdadera naturaleza respondería al concepto de incapacidad. En este sentido, se ha sostenido que el citado precepto introduce dos nuevas incapacidades referidas a sanciones penales «confundidas o encubiertas bajo el rótulo impreciso de inelegibilidades» (Fernández-Miranda, 1989: 245). Se adopta un concepto restrictivo de la inelegibilidad a partir del artículo

15 En esta sentencia, el Tribunal Constitucional tuvo que responder al argumento de la falta de previsión legal de la inelegibilidad de un político que estaba cumpliendo una pena de suspensión de cargo público y no de privación del derecho de sufragio. La discordancia se producía porque la letra a) del artículo 3.1 de la LOREG señala que «carecen de derecho de sufragio» «(l)os condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento», mientras que el catálogo de penas privativas de derechos que impiden presentarse como candidato era más amplio. La pena de suspensión de cargo público, que estaba regulada por el artículo 38 del antiguo Código Penal, tenía como efecto la imposibilidad de obtener otro de funciones análogas durante el tiempo de la condena (no sucede así en el actual artículo 43 del Código Penal). La sentencia concluyó que la anulación de la proclamación como candidato del recurrente tenía suficiente base legal en el citado precepto del Código Penal, aunque no entrara dentro de los supuestos previstos en la Ley Electoral. En el mismo sentido, la STC 158/1991, de 15 de julio.

16 En contra, Arnaldo y Abellán (2002: 163-165) señalan que el artículo 6.2.a) de la LOREG «no deja de suponer la imposición de una pena al margen del Código Penal» y consideran que existe un conflicto o discordancia entre el Código Penal y la Ley electoral (p. 163-165). El trabajo está escrito antes de que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, reformase el art. 56 del Código Penal, que ahonda en la aplicación generalizada como pena accesoria de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

4 de las Normas Electorales de 1977 y del artículo 70 de la Constitución<sup>17</sup>. De acuerdo con Fernández-Miranda (1989: 240-241), en las inelegibilidades en sentido estricto, se prohíbe presentarse como candidato a personas que reúnen las condiciones de capacidad, pero que por razón de las funciones públicas que ejercen previamente pueden amenazar la libertad de los electores o romper el principio de igualdad de oportunidades de quienes concurren a las elecciones. A diferencia de las verdaderas causas de inelegibilidad, previstas en los apartados 1 y 3 del artículo 6 de la LOREG, que pueden ser enervadas mediante un acto voluntario de renuncia del sujeto a su anterior función, la imposibilidad del condenado por sentencia firme responde a circunstancias objetivas, que no pueden ser modificadas por la voluntad del candidato. La incapacidad electoral supone la ausencia de las condiciones jurídicas para ser titular del derecho. Esta distinción entre incapacidad e inelegibilidad se transmite a la jurisprudencia<sup>18</sup>.

*Pérdida del mandato.* La confusión dentro del campo semántico de la inelegibilidad se contagia a las causas de pérdida de la condición de parlamentario, donde también hay variaciones en el vocabulario: incapacitación, inhabilitación, pérdida de los requisitos generales de elegibilidad o inelegibilidad sobrevenida. También se plantean problemas de correspondencia entre el Código Penal y los reglamentos parlamentarios. La pérdida del cargo forma parte del contenido de la pena de inhabilitación absoluta o especial, de acuerdo con los artículos 41 y 42 del Código Penal. Esta situación encuentra reflejo específicamente en la letra b) del Reglamento del Senado, pero solo implícitamente en el artículo 22 del Reglamento del Congreso, como un supuesto de incapacitación del parlamentario.

*La cuestión de los efectos de una condena privativa de libertad que no conlleve inhabilitación en la Ley Electoral y en los reglamentos parlamentarios.* La literalidad de las normas deja más abierta la cuestión de qué sucede cuando se producen durante la legislatura las circunstancias que originan la inelegibilidad prevista en el artículo 6.2 de la LOREG<sup>19</sup>. El Reglamento del Senado recoge

17 La inelegibilidad por condena privativa de libertad no estaba prevista en el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales, que consideraba elegibles a quienes se hallaran en el pleno uso de los derechos políticos, sin más limitaciones que las que establecía el Código Penal. Procede de la letra i) del artículo 7.1 de la Ley 39/1978, de 17 de julio de elecciones locales.

18 La STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4º, intenta distinguir entre la falta de capacidad jurídica para ser elegible y la inelegibilidad. Considera que el artículo 6.1 de la Ley Electoral distingue entre ambas categorías al disponer que, para ser elegible, además de poseer la cualidad de elector, el candidato no ha de estar incurso en una de las causas de inelegibilidad que enumera el precepto. La sentencia clasifica las penas privativas de derechos del Código Penal como un supuesto de falta de capacidad electoral, sin aclarar cuál es la consideración que deben recibir los supuestos previstos en el artículo 6.2.

19 En primer lugar, cuando hay una sentencia firme que no ha impuesto la pena de inhabilitación, pero se aplica de forma sobrevenida el artículo 6.2.a) de la LOREG. Es el caso del Diputado Alberto Rodríguez, en el que la sentencia había impuesto la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que aparece regulada en el artículo 44 del Código Penal y que no comporta la inhabilitación respecto de cargos ya obtenidos.

También se ha aplicado, como causa de pérdida del mandato, el artículo 6.2.b) de la LOREG a los supuestos de sentencia que puede ser recurrida. En el caso de Joaquim Torra, la sentencia del Tribunal

expresamente la pérdida de los requisitos generales de elegibilidad establecidos como causa de vacante (artículo 18). En ausencia de solución expresa en el reglamento parlamentario, como sucede en el artículo 22 del Reglamento del Congreso, la pérdida del mandato como resultado de una condena privativa de libertad se ha fundamentado bien en una interpretación sistemática del propio reglamento<sup>20</sup>, bien como una consecuencia del artículo 6.4 de la LOREG, que establece que las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad<sup>21</sup>.

*Suspensión de derechos y prerrogativas.* También origina problemas la suspensión del mandato, que contemplan los reglamentos parlamentarios. El artículo 21 del Reglamento del Congreso contiene hasta cuatro supuestos diferentes de suspensión de derechos (en aplicación de las normas sobre disciplina parlamentaria y auto de procesamiento seguido de prisión preventiva) o de derechos y prerrogativas (sentencia firme condenatoria que imponga la pena de suspensión del cargo público o cuyo cumplimiento implique la imposibilidad de ejercer la función parlamentaria). Genera interrogantes el último supuesto (cuando el cumplimiento de una sentencia condenatoria imposibilite el ejercicio del cargo de diputado), del que Cámara (2022: 349) opina que «remite a un concepto, en principio abierto, que merecería ser tipificado con más precisión».

*Privación y suspensión.* Los efectos de la pérdida del mandato y de la suspensión no son formalmente equiparables. La suspensión no acarrea la pérdida del escaño ni se impide que la persona afectada por la suspensión se pueda presentar a unas nuevas elecciones. Sin embargo, las diferencias en el plano político son menos ostensibles. Los efectos de la suspensión son variables, dependiendo de su duración y de la disponibilidad de mecanismos para resolver las imposibilidades de los parlamentarios, bien a través de la delegación del voto o de la sustitución temporal<sup>22</sup>. Frecuentemente, la renuncia del parlamentario y su reemplazo por el

Superior de Justicia establecía la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos electivos, pero se aplica el artículo 6.2.b) de la LOREG porque la sentencia no era firme.

20 Sostiene Peñaranda (2012: 393) que «el hecho de que el artículo 22 del Reglamento del Congreso de los Diputados no incluya este supuesto entre las causas de pérdida de la condición de Diputado no puede significar que lo excluya, ni puede servir de base para sostener que, en el caso de los diputados, la pena de «inhabilitación» (se convierte) en simple «suspensión». No hay base en nuestro ordenamiento para defender tal solución que sería, además, incompatible con el principio de exclusividad de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que no ampara tal limitación de los efectos de una sentencia, y que no resultaría congruente, en todo caso, con el carácter inmediato, *ope legis*, de los efectos suspensivos previstos en el artículo 21.2 del Reglamento del Congreso para la pena de suspensión».

21 El artículo 9 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, dispone que los miembros de los entes locales pierden su condición de representantes: «Por incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral».

22 Las diferencias entre las normas parlamentarias son relevantes. Para los miembros de las Cortes Generales, la delegación del voto aparece prohibida por el artículo 79.3 de la Constitución y la sustitución temporal no aparece prevista en la legislación electoral ni en los Reglamentos del Congreso y del Senado. En cambio, se permite la delegación del voto en los reglamentos de algunas asambleas legislativas autonómicas.

siguiente candidato de la misma lista es la única salida para mantener los equilibrios políticos entre mayoría y oposición.

*Suspensión del ejercicio del cargo representativo: de los reglamentos parlamentarios a la legislación procesal.* La suspensión de los cargos públicos sale del Derecho parlamentario, a través de la legislación antiterrorista, para recalar en el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>23</sup>. Martínez Santa María (2022: 489-490) ha señalado que esta vía de la legislación procesal se está imponiendo frente a los mecanismos de suspensión parlamentaria, lo que «pone de manifiesto que, frente a la concepción clásica de que el parlamento es quien controla el estatuto de sus miembros, (...) cada vez es más frecuente que decisiones judiciales ad extra (...) vengan a determinar si un diputado puede o no ejercer su condición». Frente a una concepción soberanista del parlamento, se consolida otra en la que el parlamento está plenamente sometido, como el resto de los poderes del Estado, al ordenamiento jurídico. Puede matizarse que el solapamiento entre las normas procesales y parlamentarias es parcial, porque el ámbito de aplicación y los requisitos varían<sup>24</sup>. No queda claro cuál es la finalidad de la suspensión. Si ésta sirve como respuesta frente a la imposibilidad objetiva de cumplir las obligaciones propias del cargo por quien está privado de libertad o si la suspensión se basa más en la exigencia de ejemplaridad y en las dudas que genera una acusación penal.

*La conveniencia de una revisión legislativa.* La rápida descripción de las disposiciones legales aplicables permite apreciar la falta de sistemática. La coexistencia de diferentes fuentes y el empleo de una multiplicidad de figuras hacen que resulte fácil perderse. Por todas estas razones, la previsibilidad de las restricciones es mejorable. Es probable que se satisfagan, con carácter general, los requisitos

Esta cuestión ha sido estudiada, entre otros, por Anguita (2016), García-Escudero (2010) y Presno y Ortega (2009). Sobre la delegación del voto, debe verse la STC 65/2022, de 31 de mayo.

23 No queda claro si la suspensión de las autoridades que incumplan las sentencias constitucionales incluye a los parlamentarios dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la norma (artículo 92.4.b) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). La literalidad del precepto apunta a que los posibles destinatarios de esta medida de ejecución son las autoridades administrativas, pues alude a «las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento». En este mismo sentido, la opinión de la Comisión de Venecia sobre la reforma del procedimiento de ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional deja constancia de que en los comentarios remitidos por el Gobierno se manifiesta que la ley no contempla la suspensión de los miembros del parlamento, con la excepción de las funciones de ordenación que puedan corresponder a los integrantes de la Mesa. *Opinion on the Law of 16 October 2015 amending the Organic Law n.º 2/1979 on the Constitutional Court*. Adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017), CDL-AD (2017) 003, párrafos 55 y 56.

24 El ámbito subjetivo varía: los miembros del parlamento respectivo en el caso de los reglamentos de las cámaras frente a los cargos públicos en general de la norma procesal. También lo hace el ámbito objetivo: si en los reglamentos parlamentarios la suspensión puede producirse ante la acusación de cualquier delito, la legislación procesal reserva la medida para los delitos cometidos por «persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes». Finalmente, cambian las condiciones que configuran el supuesto de hecho. El Reglamento del Congreso y la Ley de Enjuiciamiento Criminal coinciden en exigir el auto de procesamiento y la prisión preventiva. Mientras, el Reglamento del Senado prescinde del requisito de la prisión preventiva y deja que la Cámara decida sobre la procedencia de la suspensión, «según la naturaleza de los hechos imputados».

mínimos exigidos por la Constitución y el Convenio Europeo respecto de la previsibilidad de las restricciones. Sin embargo, hay motivos para revisar el marco general y también algunas piezas concretas<sup>25</sup>.

## 2. Dos cuestiones controvertidas a partir del patrimonio electoral europeo

*La privación del sufragio pasivo por razones penales como excepción aceptada a la universalidad del sufragio.* En el Código de Buenas Prácticas en materia electoral, la Comisión de Venecia aborda la inelegibilidad o la pérdida del mandato por condena penal como una excepción al primero de los «principios fundamentales del patrimonio electoral europeo»: la universalidad del sufragio<sup>26</sup>. El Código afirma que la universalidad del sufragio abarca a la vez las dimensiones activa y pasiva (párrafo 6). De acuerdo con el Código de Buenas Prácticas, la universalidad del sufragio pasivo es un principio que admite restricciones. El Código contempla expresamente que el legislador nacional prevea la privación del derecho basándose en una condena penal. En el mismo sentido, el informe sobre la exclusión de los infractores del parlamento subraya que una mayoría de Estados mantienen restricciones a la presencia de condenados en las instituciones representativas (párrafo 141), lo que confirma que existe una aceptación generalizada de este tipo de intervención de los poderes públicos entre los ordenamientos constitucionales.

### 2.1. La justificación de las restricciones

*Finalidad legítima.* La garantía de la universalidad del sufragio se concreta, en primer lugar, en una exigencia de que los límites persigan una finalidad legítima y sean proporcionados<sup>27</sup>. Desde la perspectiva del actual modelo de Estado demo-

25 La STC 126/2021, de 3 de junio, señala la existencia de una laguna en el artículo art. 137 de la LOREG, que no determina la duración de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Aunque el Tribunal Constitucional concluye que no se infringe el principio de taxatividad penal, apunta la conveniencia de una reforma legislativa. Para una panorámica general de la regulación de la inhabilitación especial en los delitos electorales puede verse Faraldo (2014).

26 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report*, adoptadas en 52ª sesión (18-19 octubre 2002), Opinion N° 190/2002, CDL-AD(2002)023rev2-cor.

27 La Comisión de Venecia distingue como una buena práctica que la constitución disponga al menos los aspectos más importantes de las restricciones al sufragio, con el argumento de que la regulación de quiénes son electores y elegibles es una materia constitucional «*par excellence*» (Informe sobre la exclusión de los infractores del parlamento: párrafo 165). El informe señala como ejemplo a la Constitución holandesa, que pone coto al espacio que tiene el legislador para fijar los casos de pérdida del sufragio como consecuencia de la comisión de un delito (artículos 54.2 y 56). Aunque la Constitución remite a la ley para precisar qué delitos pueden conllevar la restricción del derecho, lo hace con la condición de que ésta solo puede producirse en caso de sentencia firme que condene a una pena privativa de libertad de al menos un año.

crático pierde fuerza la idea de que la condena como autor de un delito supone una quiebra del contrato social e incapacita necesariamente para ejercer los derechos inherentes a la ciudadanía. Aunque este argumento no desaparece completamente. La Comisión de Venecia, en el informe sobre la exclusión de los infractores, resalta el valor constitucional que tiene el principio de legalidad y apunta que el cumplimiento de la ley es especialmente exigible a quien ejerce un cargo representativo o aspira a hacerlo (párrafo 139). Mientras, la justificación de las restricciones se fija en otras razones de interés público, como son los fines retributivos o preventivos de las penas, la preservación del orden institucional o la imposibilidad material de quien está en prisión de cumplir con las obligaciones propias del cargo representativo.

*Necesidad de intervenir.* La existencia de una generalidad de Estados que restringen la participación de los condenados respalda también la necesidad de la intervención. Son pocos los países que no establecen restricciones y confían absolutamente en la libertad de los electores para decidir quiénes deben ser sus representantes (párrafos 63 y 64). La Comisión de Venecia se pregunta cuándo no resulta necesaria la intervención del legislador, al poder confiarse en que las decisiones de los electores conviertan en irrelevante este problema (párrafos 144-148). Entre las condiciones para prescindir de las normas restrictivas que menciona el informe está la existencia de una cultura política que impulsa a la mayoría de los votantes a considerar que las personas que cometen delitos no tienen sitio en las instituciones y de un sistema electoral que permita a los electores manifestar su rechazo a un candidato de forma individual, mediante listas desbloqueadas o mecanismos de participación en la elaboración de las candidaturas por parte de los partidos. En relación con las debilidades de la cultura política, la Comisión de Venecia menciona varios factores que pueden afectar negativamente a que la voluntad de los electores produzca espontáneamente la exclusión de los infractores de las instituciones representativas: la resignación que acompaña a la desconfianza generalizada hacia las élites políticas o la participación de partidos que ponen en cuestión el imperio de la ley. En esa línea puede incluirse la extensión de las opiniones favorables a que la decisión de la mayoría se sitúa por encima de la ley o a que la transgresión de la norma que se percibe como injusta es un procedimiento aceptable para conseguir su modificación. Podría añadirse que en algunos de los países la necesidad de la intervención del legislador aparece mitigada por la aplicación de la disciplina interna de los grupos.

*La exigencia de ponderación.* El Código de Buenas Prácticas en materia electoral establece que la privación de los derechos políticos «puede imponerse únicamente por una decisión dictada por un tribunal *in casu*». Mientras, el informe de la propia Comisión de Venecia sobre la exclusión de los infractores del parlamento admite que las restricciones pueden estar previstas con carácter general en la ley o ser decididas caso a caso por los tribunales. Aunque acepta ambos sistemas, la Comisión de Venecia recomienda una ponderación del juez en el caso concreto para declarar la inelegibilidad por delitos menos graves o para retirar el

español a un parlamentario electo (párrafos 166-167). Por el contrario, la legislación española opta por un sistema donde la privación del sufragio tiene carácter automático. Podemos distinguir dos situaciones:

- *Decisión judicial donde la privación del derecho es una consecuencia reglada.* En el supuesto de incapacidad electoral («carecen de derecho de sufragio») previsto en el artículo 3.1 de la LOREG, y que remite al Código Penal, hay decisión judicial. El supuesto de hecho exige una sentencia, pues se hace referencia a los «condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio». Sin embargo, no hay una ponderación individualizada. El tribunal sentenciador no pondera la imposición de la restricción, sino que la privación del sufragio es una consecuencia predispuesta por el legislador<sup>28</sup>.
- *Inelegibilidad (en sentido impropio) y suspensión ope legis.* Aún menor individualización se produce en el artículo 6.2 de la LOREG. El impedimento no deriva de una pena impuesta específicamente por la sentencia, como principal o accesoria, sino que es una consecuencia establecida por la ley electoral con carácter general. La existencia de una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad forma parte del supuesto de hecho al que se anuda como consecuencia jurídica la prohibición de ser candidato. De un modo similar, la suspensión de los cargos electos, tal como está configurada en el artículo 21 del Reglamento del Congreso y en el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está predeterminada por la concurrencia de las condiciones legales, entre las que se encuentra una doble decisión judicial: la adopción de la situación de prisión preventiva y el auto de procesamiento<sup>29</sup>.

28 Así, por ejemplo, el artículo 137 de la LOREG prescribe la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo para los condenados por delito electoral. La pena de inhabilitación especial para cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo también es una consecuencia obligada en los delitos contra la administración pública tipificados en el Título XIX del Código Penal. Se aplican por igual a las autoridades, incluyendo a los cargos representativos, y a los funcionarios. Del mismo modo, el artículo 55 del Código Penal establece que «la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena». El tribunal sentenciador no tiene margen para no imponer la pena restrictiva de los derechos políticos.

En el caso de las penas de prisión inferiores a diez años, la obligación que establece el artículo 56 del Código Penal de imponer alguna de las penas accesorias determina que cualquier condena a pena de prisión vaya acompañada por algún tipo de restricción de los derechos de participación política: la suspensión de cargo público, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo o la inhabilitación especial para cargo público. Brandariz (2012: 3-4) ha explicado que la redacción del artículo 56 del Código Penal reduce el margen de decisión del tribunal y empuja a adoptar de forma masiva o generalizada la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

29 Por el contrario, hay un espacio de discrecionalidad en algunos de los supuestos de suspensión de la condición de parlamentario, cuando la decisión se somete a votación, como sucede en el artículo 22.6 del Reglamento del Senado. Corresponde en estos casos al Pleno decidir sobre la procedencia de la suspensión, «según la naturaleza de los hechos imputados». Entre los reglamentos de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas hay ejemplos de ambos modelos.

*Reducción de la autonomía del parlamento.* El informe sobre la exclusión de los infractores del parlamento alude a la ponderación judicial, sin extraer conclusiones respecto a la existencia de ordenamientos en los que la condena penal debe ir seguida de una decisión del parlamento sobre la terminación del mandato. El asunto se retoma en la opinión sobre los parámetros sobre la relación entre la mayoría parlamentaria y la oposición, antes citada. En esta opinión más reciente, la Comisión de Venecia reconoce que no hay un único modelo entre las democracias modernas, entre las que algunos sistemas requieren la intervención del Parlamento, mientras que, en otros, una condena penal que incluya la privación de los derechos políticos lleva automáticamente a la pérdida del mandato (párrafo 58). A continuación, la Comisión de Venecia advierte que la toma de estas decisiones por una mayoría simple de votos en el Parlamento puede usarse de manera abusiva contra parlamentarios que pertenecen a la minoría<sup>30</sup>. En España, se ha reducido la autonomía del parlamento, atribuyendo la ejecución de las normas sobre incapacidad o inelegibilidad a los tribunales y a los órganos de la administración electoral y configurando la intervención de los órganos parlamentarios como reglada. Así, por ejemplo, se sustituye la verificación parlamentaria de las actas por la proclamación de candidatos y de electos por parte de la administración electoral<sup>31</sup>. Igualmente pueden apreciarse diferencias notables a cuenta de la suspensión y pérdida del mandato de los diputados entre el vigente Reglamento del Congreso y el Reglamento provisional de 13 de octubre de 1977. El Reglamento provisional configuraba la suspensión y la separación como decisiones sometidas a votación en el Pleno, mientras que el aprobado posteriormente impone estas consecuencias de forma automática. Estos cambios se basan en el propósito de impedir que la mayoría parlamentaria adopte decisiones arbitrarias (Pardo Falcón, 1998: 188).

*Generalización.* La imposibilidad de modular las consecuencias que el auto de procesamiento o la sentencia condenatoria puedan tener sobre los derechos políticos pone el peso sobre la proporcionalidad de la legislación. Por este motivo, plantea dudas la letra a) del artículo 6.2 de la LOREG, que extiende la inelegibilidad al conjunto de personas condenadas a penas privativas de libertad, sin exigir una conexión específica con la naturaleza del delito o con la gravedad de la condena. También produce una generalización de la privación del sufragio el artículo 56 del Código Penal, donde la obligación de imponer una pena accesoria desvirtúa la referencia que hace el precepto al deber de atender a la gravedad del delito

30 La Comisión de Venecia pone como ejemplo de buena práctica que en estos casos la pérdida del mandato sea confirmada por el Tribunal Constitucional.

31 La competencia de las juntas electorales para apreciar las causas de incapacidad con posterioridad a la proclamación de las candidaturas, pero antes de la celebración de elecciones, recibió el respaldo de la STC 144/1999, de 22 de julio. Son competentes las juntas electorales para apreciar las causas de pérdida del mandato en virtud de la aplicación combinada de los apartados segundo y cuarto del artículo 6 de la Ley Electoral, tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2011.

(Brandariz, 2012). Esta generalización de la privación del sufragio propicia que se produzca la pérdida del mandato por condenas por desobediencia a la autoridad, cuando se transgreden sus órdenes sin violencia y con la intención de negar la legitimidad de la norma.

## 2.2. *La anticipación de los efectos*

*Restricciones vinculadas al terrorismo, la rebelión y la corrupción.* La anticipación de las restricciones a momentos previos a la firmeza de la sentencia condenatoria supone otra diferencia respecto a las recomendaciones de la Comisión de Venecia. Tal particularidad está relacionada primero con el terrorismo y el delito de rebelión. El artículo 6.2.b) de la LOREG declaraba inicialmente inelegibles a los condenados, sin sentencia firme, por los delitos de rebelión y terrorismo<sup>32</sup>. La suspensión tras el auto de procesamiento del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a los mismos supuestos<sup>33</sup>. La evolución posterior ha conducido el debate hacia la lucha contra la corrupción. En este terreno se ha reformado el artículo 6.2.b) de la LOREG para ampliar los supuestos de inelegibilidad por condena no firme a los delitos contra la Administración Pública<sup>34</sup>. Se establecen también disposiciones particulares para los casos de corrupción en algunos reglamentos de parlamentos autonómicos<sup>35</sup>.

*Críticas a la inelegibilidad por condena no firme.* La letra b) del artículo 6.2 de la Ley Electoral ha recibido críticas doctrinales desde diferentes ángulos. Se ha

32 Se ha señalado como origen de esta previsión el caso de Antonio Tejero, que fue candidato en las elecciones de 1982 al Congreso de los Diputados, cuando ya había sido condenado por el golpe de Estado del 23-F, pero estaba pendiente el recurso de casación. La primera ampliación de los supuestos de inelegibilidad por sentencia condenatoria no firme se produjo también en el contexto del terrorismo. Se adelanta la inelegibilidad para los condenados por delitos contra las Instituciones del Estado mediante la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales.

33 En 1979, Herri Batasuna presentó a cuatro presos preventivos acusados de terrorismo en las listas al Congreso de los Diputados, inaugurando una estrategia que repetiría posteriormente. La suspensión del cargo público para los encausados como medida apareció primero en el artículo 22 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. La norma, que tenía una vigencia temporal de dos años, no fue prorrogada por las Cortes Generales. Coincidiendo con esta pérdida de vigencia de la norma prevista en la Ley antiterrorista, en febrero de 1987, Herri Batasuna presentó como candidato a lehendakari a un parlamentario que había sido acusado de integrar un comando de ETA y que estaba en situación de prisión preventiva. Esta circunstancia llevó a las Cortes Generales a recuperar la medida de suspensión de cargo público, en la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que introdujo el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

34 Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero.

35 En el artículo 25.4 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, relativo a las causas de suspensión de los derechos y deberes parlamentarios, se señala que «en los casos en que la acusación sea por delitos vinculados a la corrupción, la Mesa del *Parlament*, una vez sea firme el acto de apertura del juicio oral y tenga conocimiento, acordará la suspensión de los derechos y deberes parlamentarios de forma inmediata». Este artículo se añadió en la reforma del Reglamento que se aprobó el 26 de julio de 2017.

cuestionado que la medida persiga una finalidad que encuentre acomodo en la Constitución, con el argumento de que el propósito de la norma sería poner en práctica el principio de «democracia militante», que consiste en no permitir el uso de las instituciones a quienes atentan contra ellas (Bastida, 1986: 42). Esta posición parte de un presupuesto que es controvertido: que la Constitución española no permite que el legislador intervenga para alcanzar este objetivo (Pulido, 1992: 213). Por otra parte, Requejo (2001: 126-127) ha cuestionado la proporcionalidad de la medida, señalando que «esta causa de inelegibilidad no sólo impide que el presunto culpable acceda al cargo; también le niega la posibilidad de que pueda exponer sus ideas en el proceso electoral». En otro plano, la Comisión de Venecia ha apuntado que la inelegibilidad antes de que haya una condena definitiva es contraria al principio de presunción de inocencia<sup>36</sup>. La posible afectación de la presunción de inocencia también ha sido esgrimida por un sector de la doctrina. Para Requejo (2001: 126) la medida supone adelanta ilícitamente la ejecución de la pena accesoria<sup>37</sup>. Por el contrario, para Pulido (1992: 214), la medida no lesiona el principio de presunción de inocencia, porque el artículo 6.2 de la Ley Electoral establece una causa de inelegibilidad, de carácter no penal, en la que se impone una condición al ejercicio del derecho dirigida a reforzar el estatuto ético de los cargos públicos representativos.

*La inelegibilidad sin condena: medidas anticorrupción y huidos de la justicia.* Hasta el momento se ha mantenido la frontera entre la inelegibilidad para los casos en los que hay condena, aunque sea recurrible, y la suspensión para las fases previas. No obstante, han surgido propuestas legislativas para adelantar la inelegibilidad desde que sea firme la resolución que acuerda la apertura del juicio oral o el procesamiento, como parte de las propuestas de regeneración democrática contra los casos de corrupción<sup>38</sup>. Finalmente se renunció a legislar y se prefirió afrontar el problema de la reelección de políticos acusados de corrupción a través de acuerdos entre los partidos y de sus propios reglamentos internos. Más recientemente, la polémica se ha trasladado al campo de los acusados que están en situación de rebeldía. El debate surge como consecuencia de una larga disputa sobre la condición de miembro del Parlamento Europeo de Carles Puigdemont mientras estaba huido de la justicia. Previamente, por auto de 9 de julio de 2018, el Tribunal

36 La Comisión de Venecia, en el Informe sobre la exclusión de los infractores del parlamento, también apunta la posible vulneración del principio de presunción de inocencia (párrafos 156 y 177). No obstante, no queda claro si se refiere a la privación del derecho antes de la condena en primera instancia o con condena no firme. En el párrafo 156 habla de «*In case a person has not yet been convicted*», mientras en el párrafo 177 utiliza la expresión «*before final conviction*».

37 El argumento había sido apuntado previamente por Fernández-Miranda (1989: 241).

38 Proposición de Ley de medidas contra la corrupción política y por la regeneración democrática (122/000026), que presentó el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia se refería a los acusados por delitos de terrorismo o contra la Administración Pública. Más tarde, la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (122/000022), presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

Supremo había suspendido su condición de miembro del Parlamento de Cataluña aplicando el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpretando de forma amplia qué se debe entender por «decretada la prisión provisional». Posteriormente, con ocasión de las elecciones al Parlamento Europeo, se puso de manifiesto que la legislación no ampara la exclusión de las personas que están en rebeldía procesal<sup>39</sup>. También que la suspensión del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es aplicable a los miembros del Parlamento Europeo. Con estos antecedentes, el Grupo Parlamentario Popular presentó en el Congreso de los Diputados una proposición de ley, que está pendiente de su toma en consideración por el Pleno<sup>40</sup>. Consiste en declarar inelegibles, mediante el añadido de un tercer apartado al artículo 6.2 de la LOREG, a «(l)os declarados rebeldes en los términos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras permanezcan en tal condición».

### III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

*La igualdad en el acceso a los cargos públicos.* La jurisprudencia constitucional caracteriza al artículo 23.2 de la Constitución como un derecho de configuración legal y controla los requisitos legales preferentemente desde la perspectiva de los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad<sup>41</sup>. La doctrina distingue entre las dos dimensiones del sufragio. Mientras el Estado debe asegurar el derecho de todos a votar, «no puede garantizarse el derecho universal a ocupar un cargo representativo, sino el derecho a aspirar al mismo en condiciones de igualdad», de forma que quedan prohibidos los requisitos que tengan carácter discriminatorio (Solozábal 1998: 285)<sup>42</sup>. Estas reflexiones doctrinales están muy vinculadas a la literalidad de la Constitución española, que se refiere a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos públicos de representación política. Pero también a la razón de ser del sufragio pasivo y a las condiciones que debe cumplir un Estado democrático: posibilitar que la representación política pueda ser ejercida por cualquier ciudadano, sin que los canales de participación queden reservados a unos pocos privilegiados por la imposición de requisitos discriminatorios (Fossas: 1993: 99).

39 ATS 5683/2019.

40 Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, sobre inelegibilidad de los declarados rebeldes al haberse sustraído a la acción de la Justicia. (122/000014),

41 Puede verse claramente en la STC 155/2014, de 25 de septiembre, si bien esta sentencia tiene como objeto la configuración legal de las incompatibilidades. La doctrina derivada de esta sentencia puede no ser extrapolable inmediatamente a las causas de inelegibilidad, como advierte la propia sentencia en el FJ 3. Sobre la diferencia entre inelegibilidad e incompatibilidad en esta sentencia puede verse Greciet (2015).

42 En el mismo sentido, Fossas (1993: 98-99) ha señalado que no es el objeto del derecho la ocupación de cargos, sino la ausencia de discriminación.

## 1. La privación del derecho por sentencia firme

*La inexistencia de un derecho de los electores a elegir candidatos inelegibles.* Al establecer el legislador un modelo de inelegibilidades en el que los efectos derivan automáticamente de la ley, al Tribunal Constitucional corresponde la tarea de examinar la proporcionalidad de la norma. El Tribunal Constitucional es deferente respecto de la configuración legal de quién puede ser elegible. El Tribunal Constitucional ha mantenido la presunción de constitucionalidad de la legislación cuando ha conocido de recursos de amparo contra actos de ejecución. La STC 144/1999, FJ 4, representa bien esta posición destacada que se da a la configuración legislativa de la elegibilidad cuando afirma que el derecho constitucional a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos no lo es para elegir candidatos declarados inelegibles. Se vincula la capacidad del legislador para fijar los requisitos que deben informar la elección de representantes con la finalidad de evitar alteraciones en la voluntad del cuerpo electoral y vicios en la relación representativa entre el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos. Tampoco el Tribunal Supremo ha manifestado dudas y ha aceptado la inelegibilidad de la letra a) del artículo 6.2 de la Ley Electoral como «consecuencia o efecto extrapenal de una condena penal»<sup>43</sup>.

*La alegación sobre la falta de individualización de la pena.* Solo en la STC 25/2022, de 23 de febrero, se debatió el auto planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre los efectos extintivos del mandato de la pena de inhabilitación especial para cargo público. Se enjuiciaba la negativa de Joaquim Torra, a la sazón Presidente de la Generalidad, a acatar la orden de la Junta Electoral Central de retirar los lazos amarillos de las fachadas de los edificios de la Generalidad durante la campaña de las elecciones al Congreso y al Senado en marzo de 2019. El demandante de amparo argumentó que el artículo 42 del Código Penal tiene como efecto la privación definitiva del cargo público, sin que la norma admita minoración alguna impidiendo con ello aportar soluciones intermedias y adaptadas a las circunstancias concretas del hecho, de forma que se vulneraría el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en su vertiente de falta de individualización de la pena. Se subraya que la privación del cargo no puede adecuarse a las circunstancias del caso concreto por varios motivos. Primero, porque se produce automáticamente. El órgano juzgador no puede optar por otra medida alternativa, como podría ser la suspensión del cargo público. Segundo, la normativa penal no prevé, en fase de ejecución de esta pena de inhabilitación especial, ningún tipo de suspensión o sustitución. Y tercero, es una medida definitiva. La terminación del mandato no tiene vuelta atrás aun cuando la duración de la inhabilitación se imponga para un periodo de tiempo inferior a la finalización de la legislatura.

<sup>43</sup> STS 3092/2021. En contra puede recordarse la posición de Arnaldo y Abellán (2002) reseñada en la nota 15.

*Deferencia hacia el legislador penal.* La sentencia defiende que la configuración de la pena de inhabilitación especial para cargo público respeta el principio de legalidad penal, con el argumento de que es el propio legislador el que ha realizado la ponderación sobre la proporcionalidad de esta respuesta penológica para determinadas conductas. La mayoría del Tribunal rechaza que pueda ser desproporcionado que una norma penal prevea la pérdida de un cargo público como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo en el ejercicio de ese cargo público. Argumenta que «(e)lementales principios de prevención general y especial abonan la idea de la adecuación de la respuesta penal en estos supuestos». Insiste en «la quiebra que, para la confianza de la ciudadanía sobre el funcionamiento de la administración pública, se derivaría del mantenimiento en el cargo de quien ha cometido un delito en el ámbito de su ejercicio». Concluye que «(q)uienes integran las administraciones públicas deben ejercer sus funciones de manera ejemplarmente ajustada a la legalidad».

*Una mayor exigencia de proporcionalidad.* En cambio, el voto particular del magistrado Xiol Ríos defiende que la ausencia de capacidad de modulación de la inhabilitación en el delito de desobediencia plantea interrogantes en relación con el principio de proporcionalidad penal, como elemento integrante del principio de legalidad<sup>44</sup>. Señala la posibilidad de ahondar en uno de los criterios de la STC 136/1999, de 20 de julio, donde se afirma que la exigencia de proporcionalidad precisa algún tipo de previsión legal que permita atemperar la sanción penal para adecuar su cuantificación a determinados supuestos. El voto particular sostiene que las necesidades de ponderación resultan singulares para los cargos representativos por la mayor incidencia en el principio democrático. También porque el alcance temporal de la inhabilitación resulta indiferente desde el punto de vista de la privación del cargo que se ocupa en el momento de ser condenado. El voto particular explica que la inhabilitación especial reviste mayor intensidad respecto de los cargos públicos representativos que respecto del resto de funciones públicas, porque la pérdida del mandato es irreversible, sin que sea posible aplicar la institución de la rehabilitación, que sí resultaría de aplicación, en su caso a determinados cargos públicos no representativos.

## 2. Las restricciones que se adelantan a la sentencia firme

*La jurisprudencia constitucional sobre la suspensión del cargo tras el auto de procesamiento.* Las resoluciones del Tribunal Constitucional no revelan un debate interno sobre la constitucionalidad de la inelegibilidad tras sentencia que no es firme<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Toma como referencia a Manzanares (2002: 1107).

<sup>45</sup> En los recursos de amparo frente a resoluciones en las que se ha aplicado del artículo 6.2. b) de la Ley Electoral no se produce un cuestionamiento de la constitucionalidad del precepto. Puede verse el ATC 150/2016, de 6 de septiembre, o la STC 25/2022, de 23 de febrero.

En cambio, ha sido objeto de enjuiciamiento la suspensión del cargo público en los delitos de rebelión y terrorismo tras el auto de procesamiento. La STC 71/1994, de 3 de marzo, consideró que el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no vulnera los derechos de los parlamentarios<sup>46</sup>.

*La configuración del ejercicio del cargo público de acuerdo con una doble finalidad legítima.* El Tribunal Constitucional valora que se trata de una restricción justificada del derecho a ejercer la función representativa (FJ 6). Aunque la STC 71/1994 menciona la exigencia de proporcionalidad de las restricciones, en realidad no hace un examen minucioso, como si la proporcionalidad se derivase de forma natural de la gravedad de las conductas que forman parte del supuesto de hecho de la norma. En relación con la finalidad legítima, el Tribunal Constitucional admite que la medida puede perseguir un doble objetivo: proteger el Estado democrático de Derecho frente a la «excepcional amenaza» que el terrorismo o la rebelión conlleva y la imposibilidad material de desempeñar las funciones representativas de quien está en situación de prisión provisional por unos hechos que son a priori incompatibles con la concesión de permisos de salida de prisión.

*Presunción de inocencia.* El Tribunal Constitucional también salvó la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Afirmó que este derecho, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, no era «canon adecuado para el enjuiciamiento» del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque la suspensión del cargo público no constituye en este caso una pena ni su adopción se basa en un juicio adelantado sobre la actividad probatoria contra el acusado (FJ 7).

## IV. LA GARANTÍA EUROPEA

### 1. La adecuación al Convenio Europeo

*La democracia como elemento fundamental del orden público europeo.* La capacidad de los Estados para decidir quiénes son elegibles de acuerdo con los intereses nacionales aparece condicionada por la idea de que la democracia constituye un elemento fundamental del orden público europeo, según una expresión fuertemente arraigada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo<sup>47</sup>. El concepto de

<sup>46</sup> Las dudas sobre la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, no fueron despejadas por la STC 199/1987, de 16 de diciembre, porque el precepto había perdido su vigencia. Las sentencias posteriores a la STC 71/1994 han confirmado la vigencia de este precedente: SSTC 11/2020 y 12/2020, de 28 de enero; 38/2020, de 25 de febrero; 97/2020, de 21 de julio y 171/2021, de 7 de octubre.

<sup>47</sup> Sentencia Zdanoka contra Letonia, de 16 de marzo de 2006, párrafo 98. El Tribunal fundamenta esta idea en el pasaje del preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que se señala que el

orden público denota que existe una concepción común de los derechos y la voluntad de garantizar conjuntamente su respeto (García Roca, 2009). Recordemos que el origen del concepto de orden público europeo se encuentra en la Sentencia Loizidou, como argumento para rechazar la posibilidad de que los Estados introduzcan de forma selectiva excepciones a la aceptación de la jurisdicción del Tribunal. Para rechazar un régimen a la carta, el Tribunal afirma que tal posibilidad disminuiría la efectividad del Convenio como «un instrumento constitucional del orden público europeo»<sup>48</sup>.

### 1.1. *La garantía jurisdiccional: una revisión limitada de las normas electorales*

*El largo camino hasta la garantía jurisdiccional del derecho a elecciones libres.* La competencia del Tribunal Europeo para controlar las potestades electorales del Estado suscitó controversia desde el principio, como corroboran los trabajos preparatorios. Las objeciones a la jurisdicción del Tribunal Europeo se basaron en el argumento de que la materia electoral tiene naturaleza constitucional y política. Los Estados no alcanzaron un acuerdo para incluir en el texto inicial del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado el 4 de noviembre de 1950, el artículo en el que se establecía la obligación de los Estados de celebrar elecciones libres y de permitir la actuación de la oposición política. Hubo que esperar dos años para incorporar el derecho a elecciones libres, sin las obligaciones respecto a la oposición política, en el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo. La jurisdicción del Tribunal no se consolida hasta la primera sentencia sobre este derecho, en el caso Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica, de 2 de marzo de 1987, que pone fin a dos décadas en las que la extinta Comisión había inadmitido todas las reclamaciones. Esta primera sentencia aclara que puede invocarse la vulneración del artículo 3 del Protocolo adicional a través de una demanda individual, frente a quienes apostaban por considerarlo como una obligación internacional exigible entre Estados (párrafos 48-50). Esta tesis se fundamentaba en la literalidad del precepto, que está redactado como una obligación del Estado de celebrar elecciones a intervalos regulares y no como una proclamación del derecho de sufragio. También en los trabajos preparatorios, que revelan que se planteó a los Estados más recelosos que transigieran en insertar los derechos electorales en el Convenio a cambio de excluir la jurisdicción del Tribunal Europeo y que el conocimiento de las demandas correspondiera al Comité de ministros. Sin embargo, como señala la sentencia, esta fue solo una vía esbozada y

mantenimiento de la justicia y la paz «reposa esencialmente» en la existencia de un régimen político verdaderamente democrático y una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos.

<sup>48</sup> Las sentencias sobre el derecho a elecciones libres toman literalmente esta expresión de la jurisprudencia previa sobre el derecho de asociación política (Partido Comunista Unido de Turquía, de 30 de enero de 1998: párrafo 45), que a su vez cita el párrafo 75 de Loizidou contra Turquía, de 23 de marzo de 1995.

finalmente fue abandonada. El Tribunal consideró que la interpretación sistemática y teleológica del Convenio apoyaba la extensión de la tutela jurisdiccional.

*La naturaleza constitucional y política de la norma electoral.* Las dificultades advertidas en los trabajos preparatorios no sirven actualmente para sustentar la existencia de una inmunidad de jurisdicción, pero siguen influyendo sobre la revisión por parte del Tribunal Europeo de la convencionalidad de las leyes nacionales. El control jurisdiccional de los eventuales excesos del legislador encuentra especiales dificultades por la naturaleza fuertemente política de la legislación sobre quién puede ser elegible o sobre la finalización del mandato representativo, como ya hemos apuntado previamente. El Tribunal Europeo concede a los Estados un amplio margen de apreciación, para cuya modulación tiene en cuenta la calidad del proceso político nacional que ha conducido a la restricción de carácter general<sup>49</sup>. Asimismo, el Tribunal Europeo atiende a las particularidades que las circunstancias políticas e históricas dejan en la organización institucional de los Estados. Como señala la sentencia Mathieu-Mohin Clerfayt, antes citada, las características que serían inaceptables en el contexto de un sistema pueden estar justificadas en el contexto de otro (párrafo 54). Además, la literalidad del artículo 3 del Protocolo 1 hace que el derecho a elecciones libres esté sujeto a límites implícitos. Esto significa que no existe un número cerrado de fines que puedan invocar los Estados para limitar el derecho, sino que los límites pueden basarse en cualquier objetivo que sea compatible con el principio democrático y el Estado de Derecho.

### 1.2. *La levedad de la concepción común del derecho*

*La difícil construcción de un parámetro de control.* A las limitaciones derivadas de la naturaleza política de las normas electorales se suma la dificultad práctica para contar con un parámetro de control, por la ausencia de una concepción común acerca de las condiciones de elegibilidad y por el peso de las particularidades nacionales. Ya en los trabajos preparatorios se defendió que los requisitos de capacidad para ejercer el sufragio difieren entre los Estados. El patrimonio constitucional europeo está compuesto fundamentalmente por valores y por principios, correspondiendo la concreción de las reglas al Derecho Constitucional de los Estados<sup>50</sup>. La idea de libertad política, que está estrechamente arraigada en la conciencia europea, aparece unida al reconocimiento de una profunda diversidad institucional, que no es momentánea, «ligada a un estado de cosas determinado y pasajero», sino que es una «auténtica diversidad constitucional» (Chabod, 1967: 62-64).

<sup>49</sup> Sobre el procedimiento razonable de decisión como criterio de enjuiciamiento de las restricciones a los derechos políticos, puede verse Saiz Arnaiz (2018).

<sup>50</sup> Sobre el concepto de patrimonio constitucional europeo y su relación con el de Derecho constitucional, puede verse Rousseau (1996).

*Buenas prácticas en materia electoral.* El Código de Buenas Prácticas en materia electoral trata de incorporar al patrimonio constitucional europeo algunos estándares concretos, pero que encuentran dificultades para convertirse en criterios jurisprudenciales<sup>51</sup>. El Código de Buenas Prácticas establece dos directrices en relación con las excepciones a la universalidad del sufragio (apartado 1.1.d): la prohibición deberá estar motivada «por sentencia firme penal por delitos graves» (iv) y puede «imponerse únicamente por una decisión dictada por un tribunal *in casu*» (v). Las recomendaciones y buenas prácticas de la Comisión de Venecia no se han convertido en canon de convencionalidad<sup>52</sup>.

*Decisión dictada por tribunal in casu.* El Tribunal Europeo no considera contrario al Convenio que la legislación imponga restricciones automáticas siempre que se respete el principio de proporcionalidad<sup>53</sup>. En el informe sobre la exclusión de los infractores del parlamento, la Comisión de Venecia acepta que este tipo de límites en virtud de la ley pueden ser adecuados para los delitos o condenas más graves, pero recomienda que exista una ponderación judicial en el caso concreto respecto de los delitos menos graves o cuando la restricción se refiera a un parlamentario en activo (párrafos 166-167 y 180), como ya se ha mencionado anteriormente. Los términos que emplea el informe (*may be suitable*) se sitúa claramente en el terreno de las recomendaciones al legislador.

*Motivada por sentencia firme penal por delitos graves*<sup>54</sup>. El Tribunal Europeo ha tratado de controlar la proporcionalidad de las restricciones legales al derecho de voto. Se trata de un control de proporcionalidad debilitado. La guía que publica el propio Tribunal Europeo sobre el artículo 3 del Protocolo 1º señala que la doc-

51 La idea de patrimonio constitucional común europeo es citada por el Tribunal Europeo en la Sentencia *Russian Conservative Party of Entrepreneurs*, de 11 de enero de 2007, párrafo 70. El informe de la Comisión de Venecia sobre la exclusión de los infractores del parlamento ha sido citado como fuente externa por parte del Tribunal en la Decisión de la Gran Sala de 27 de noviembre de 2018, en el asunto *Berlusconi contra Italia*, (demanda núm. 58428/13).

52 Craig (2017) apunta a que el balance entre *hard* y *soft law* en los estudios de la Comisión de Venecia es variable. Afirma: «Si la cuestión examinada pertenece al ámbito de los derechos humanos, donde hay una amplia jurisprudencia, el *hard law* será predominante en esa opinión. Si el centro de atención de la opinión son otras cuestiones más amplias sobre diseño constitucional, o la configuración de órganos de gobierno, entonces el *soft law* ganará más protagonismo».

53 La exigencia de ponderación judicial fue mencionada en relación con el voto de los presos, en la Sentencia *Frodl* contra Austria, de 8 de abril de 2010 (párrafo 34), pero fue posteriormente abandonada en la Sentencia de la Gran Sala en *Scoppola* (nº3), de 22 de mayo de 2012, aceptando que el legislador podía establecer automáticamente la pérdida del derecho de voto como consecuencia de ciertas condenas penales. En *Sadak* y otros contra Turquía, de 11 de junio de 2002, en relación con los cargos electos por un partido ilegalizado, el Tribunal Europeo sostuvo que debe excluirse el automatismo en la revocación de la titularidad del cargo público representativo, debiendo en todo caso ponderarse sus actividades a título personal.

54 El Tribunal Europeo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la suspensión de parlamentarios acusados de delitos con ocasión del asunto *Liepiņš* contra Letonia (número de recurso 24827/16). El reglamento del parlamento letón contempla que la autorización por parte de la asamblea del inicio de la acusación contra uno de sus miembros supone que éste pierda el derecho a participar en las sesiones y que su retribución se reduzca a la mitad. No obstante, ha habido decisión de inadmisión por falta de correcto agotamiento de los recursos internos (Decisión 31 marzo 2022).

trina de los límites implícitos también significa que no es aplicable el test de necesidad y de exigencia de un fin social acuciante. En otras palabras, la proporcionalidad queda reducida al control de adecuación entre la medida y el fin perseguido. La aplicación de este juicio de adecuación ha tenido resultados desiguales. La jurisprudencia de Estrasburgo admite que el legislador puede vincular la privación del voto tanto a la naturaleza como a la gravedad del delito cometido. En el caso del sufragio pasivo, el control ha sido aún más deferente. El Código de buenas prácticas atribuye al legislador nacional un mayor margen de apreciación. Se afirma que «las condiciones para privar a una persona del derecho a presentarse como candidato pueden ser menos estrictas que las que rigen la privación del derecho al voto». Esta idea de modulación del juicio de proporcionalidad ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo<sup>55</sup>. Existen diferentes escalas en el control de convencionalidad (García Roca y Dalla Via, 2012). El Tribunal Europeo ha desarrollado en qué consiste el desdoblamiento del control de convencionalidad en función de la dimensión activa y pasiva del sufragio, afirmando que se produce «comúnmente una apreciación más amplia de la proporcionalidad de las disposiciones legales que privan a una persona o a un grupo de personas del derecho de voto», mientras que el escrutinio que se aplica al sufragio pasivo «se limita esencialmente a verificar la ausencia de arbitrariedad en los procedimientos internos que conduzcan a privar a un individuo de la elegibilidad»<sup>56</sup>.

## 2. La adecuación al Derecho de la Unión

*La doble dimensión política de la ciudadanía europea.* La incidencia de la Unión Europea en la titularidad y el ejercicio del sufragio proviene del propósito de crear una ciudadanía común. Así lo pone de manifiesto la estructura de la Carta, en la que los artículos dedicados al derecho de sufragio forman parte del título sobre la ciudadanía. El contenido político más visible de la ciudadanía europea es la situación muy específica, pero cada vez más frecuente, de los europeos que circulan dentro de la Unión Europea y que participan en las elecciones europeas o municipales del Estado miembro en el que residen y del que no son nacionales. Pero la ciudadanía europea supone también la aparición de derechos más allá del ámbito de la libertad de movimiento y que tienen como objeto la representación del conjunto de los ciudadanos de la Unión a través del Parlamento Europeo. No es solo una ciudadanía de carácter cosmopolita, sino que tiene una dimensión política.

55 La Sentencia Melnychenko contra Ucrania, de 19 de octubre de 2004, es la decisión de referencia de la ampliación del margen de apreciación respecto del derecho a ser candidato (párrafo 57). Posteriormente, las Sentencias Zdanoka contra Letonia, de 16 de marzo de 2006 (párrafo 115); Tanase contra Moldavia, de 27 de abril de 2010 (párrafo 156); y Paksas contra Lituania, de 6 de enero de 2011 (párrafo 96).

56 Sentencia Etxebarría y otros contra España, de 30 de junio de 2009, párrafo 50.

*La remisión al legislador nacional para regular las causas de elegibilidad y pérdida del mandato de los miembros del Parlamento Europeo.* El desarrollo que el Derecho de la Unión hace del contenido de la ciudadanía europea no ha armonizado las condiciones de privación del sufragio pasivo por sentencia penal. Las disposiciones para la elección de los miembros del Parlamento Europeo no establecen principios comunes respecto de las causas de inelegibilidad o de «anulación del mandato». El Parlamento Europeo y el Consejo han hecho un uso prudente de las potestades que le atribuye el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 223). El Acto relativo a la elección de los miembros del Parlamento Europeo deja espacio a la legislación de los Estados sobre inelegibilidad y pérdida del mandato. Sin embargo, algunas disposiciones del Acto electoral pueden condicionar la aplicación de la normativa nacional. El Acto contiene una declaración general de que la elección se hará por sufragio universal y libre (artículo 1.3), reiterando lo que ya dispone el Tratado. Además, contempla la posibilidad de que un escaño quede vacante como consecuencia de la anulación del mandato del diputado (artículo 13). No se regulan las consecuencias que puede tener una sentencia condenatoria en el acceso o en la permanencia en el Parlamento Europeo. No se dice, como hacen las Directivas del Consejo sobre ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, que la desposesión del derecho de sufragio pasivo se produzca «por decisión individual en materia civil o por una decisión penal»<sup>57</sup>. La situación es diferente respecto a la suspensión del mandato, porque el Reglamento interno del Parlamento Europeo no contempla tal posibilidad, sino únicamente la suspensión de la inmunidad (artículo 6).

*La armonización negativa por parte del Tribunal de Justicia.* Ante la regulación de mínimos que hace el Derecho escrito, la cuestión es si el Tribunal de Justicia puede añadir nuevos condicionantes a la aplicación de las normas nacionales que limitan la participación política de acusados o condenados<sup>58</sup>. La pregunta es qué

57 Las Directivas aprobadas para hacer realidad el voto de los ciudadanos que residen en un Estado miembro del que no son nacionales (cuya base jurídica es el artículo 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) solo regulan la cuestión específica de la eficacia en el Estado de residencia de las privaciones al sufragio derivadas de las condenas en el Estado de origen. En el caso de las elecciones municipales, la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, deja la decisión en manos del legislador del Estado de residencia (artículo 5.1). Mientras, para las elecciones al Parlamento Europeo, la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, extiende automáticamente al Estado de residencia de los efectos de las normas del Estado de origen que desposean del derecho de sufragio pasivo (artículo 6.1). Ambas Directivas exigen que la desposesión del derecho de sufragio pasivo se produzca «por decisión individual en materia civil o por una decisión penal».

58 El alcance de la jurisdicción del Tribunal de Justicia está conectado con el margen de decisión del Parlamento Europeo respecto de la potestad para verificar las credenciales de los diputados. La posibilidad de que el Tribunal de Justicia sienta doctrina sobre la elegibilidad y la pérdida del mandato de los miembros del Parlamento Europeo depende de la posibilidad de conocer de recursos directos contra las decisiones que adopten los órganos de dirección del propio Parlamento. El artículo 12 del Acto electoral establece que el Parlamento «tomará nota de los resultados oficialmente proclamados por los Estados miembros y decidirá acerca de las controversias que pudieren eventualmente suscitarse en relación con las disposiciones de la presente

límites jurisprudenciales europeos a la soberanía de los Estados pueden deducirse directamente de la interpretación de los derechos políticos y del principio de universalidad del sufragio que proclaman el Tratado de la Unión y la Carta. Es habitual comparar el Derecho electoral de la Unión Europea con la Constitución de los Estados Unidos, en cuanto en este país la competencia para regular las elecciones sigue correspondiendo fundamentalmente a los Estados, pero el legislador federal ha ejercido una potestad normativa creciente sobre la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio (Pascua 2019: 102). Siguiendo con la misma analogía, el Tribunal de Justicia se enfrenta al interrogante que formulara la Corte Suprema: ¿debe un tribunal evitar enredarse en la maraña política y dejar que el remedio frente a la restricción excesiva del sufragio proceda del buen funcionamiento de los parlamentos nacionales o del ejercicio de los poderes legislativos de la Unión<sup>59</sup>?

*La interpretación del derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo.* El Tribunal de Justicia solo se ha pronunciado sobre las restricciones de carácter penal al derecho de voto. Para analizar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, en el asunto Delvigne (C-650/13), en relación únicamente con la universalidad del sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo, conviene distinguir dos planos: a) el estándar que adopta la sentencia, de acuerdo con el cual el artículo 39.2 de la Carta exige que las restricciones al derecho de voto resultan proporcionadas si toman en consideración «la naturaleza y la gravedad del delito cometido y la duración de la pena» (párrafo 49); y b) la aplicación que del mismo hace el Tribunal en el caso concreto para enjuiciar la norma francesa, donde resuelve a favor de la proporcionalidad de la medida de forma muy lacónica, a pesar de las dudas que existían sobre el alcance de la privación del voto y la posibilidad de su revisión. La primera cuestión, sobre la definición del nivel de garantía, tiene más interés hacia el futuro, también desde la perspectiva del sufragio pasivo. La sentencia permite adivinar un reforzamiento de la dimensión política de la ciudadanía de la Unión (Van Eijken y Van Rossem, 2016: 126-127). Mientras, la discusión sobre si el control que el Tribunal hace de la legislación aplicable al caso resulta excesivamente deferente debe enmarcarse en el contexto del incumplimiento prolongado por parte del Reino Unido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el derecho de voto de los presos<sup>60</sup>.

Acta, con exclusión de las disposiciones nacionales a que dicha Acta remita. Sobre la interpretación del precepto en sentido restrictivo respecto de la capacidad de decisión del Parlamento Europeo puede verse la Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2022, en el asunto T-388/19, Carles Puigdemont y Antoni Comín contra Parlamento Europeo.

<sup>59</sup> Se parafrasea la célebre expresión del juez Félix Frankfurter en la sentencia *Colegrove v. Green*, 328 US 556 (1946). En aquel caso, la maraña política (*political thicket*) se refiere a la delimitación de los distritos electorales. El remedio frente a la delimitación inequitativa de los mismos debe proceder del buen funcionamiento de los congresos estatales o del ejercicio de los poderes del Congreso federal.

<sup>60</sup> Pérez Alberdi (2018: 201) sostiene que la sentencia Delvigne no respeta las exigencias del Tribunal Europeo. La solución a la que llega la sentencia ha sido vista por Trucco (2015: 1031), como un intento de proponer una «solución de compromiso» a la difícil relación entre la prohibición absoluta vigente en el Reino

¿Una interpretación del Tribunal de Justicia autónoma respecto al Tribunal Europeo? El debate que abre la sentencia es si el Tribunal de Justicia debe asumir el estándar de Estrasburgo en relación con el sufragio o construir de forma autónoma un canon diferente. Existe división de opiniones entre los comentaristas de la sentencia. Trucco (2015: 1033) y Van Eijken y Van Rossem (2016: 129) entrevén la intención del Tribunal de Justicia de proporcionar una interpretación del derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo de matriz «*euromunitaria*» o «*cartacentrista*» y relanzar su papel de tribunal electoral europeo. Por el contrario, Pérez Alberdi (2018: 198-199) defiende que la Sentencia Delvigne «desarrolla una interpretación formalmente autónoma», subrayando que solo es autónoma de manera formal porque la doctrina del Tribunal Europeo está presente en la fundamentación de Luxemburgo. En mi opinión, que la sentencia no cite ni una sola vez la jurisprudencia del Tribunal Europeo puede no ser deliberado, sino más probablemente un caso de diálogo oculto por parte de un Tribunal cuyas sentencias suelen ser sucintas<sup>61</sup>. La redacción del párrafo 49, antes mencionado, está claramente inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el caso Scoppola n° 2. Sin embargo, me parece que el Tribunal de Justicia podría elevar el nivel de garantía en el sentido, por ejemplo, de exigir una relación más estrecha entre la restricción del sufragio y la naturaleza del delito. Se podría argumentar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo debe reconocer un amplio margen de apreciación nacional, por tratarse de un tribunal supranacional que juzga normas que se aplican a la elección de los parlamentos nacionales y que interviene de forma subsidiaria a las garantías jurisdiccionales internas. Mientras, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las elecciones al Parlamento Europeo y no actúa de forma subsidiaria, sino que su jurisdicción sobre esta cuestión es plena.

*La naturaleza constitucional de la Unión Europea.* El Tribunal de Justicia podría elevar los estándares relativos al sufragio pasivo en la Carta respecto al Convenio Europeo. Para hacerlo, debería enmarcar su jurisprudencia sobre el derecho de sufragio en una teoría constitucional sobre la naturaleza plenamente parlamentaria del Parlamento Europeo y la existencia de un *demos* europeo. La proclamación por parte del Tratado de Lisboa de que el Parlamento Europeo está compuesto

Unido y la jurisprudencia de Estrasburgo. La existencia de una contradicción con el artículo 39.2 de la Carta abría la puerta a que los tribunales nacionales inaplicaran las prohibiciones que mantuvieran las legislaciones de los Estados de la Unión en virtud de la primacía del Derecho de la Unión. Aunque debe precisarse que era así únicamente para las elecciones al Parlamento Europeo. Es relevante que el Tribunal Supremo del Reino Unido se hubiera planteado esta posibilidad en el asunto Chester y McGeoch y que hubiera descartado la existencia de contradicción entre la legislación británica y el Derecho de la Unión. Puede también apuntarse que estas connotaciones de la sentencia Delvigne se han diluido por las resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en las que se cierra el proceso de ejecución de la saga Hirst y por la retirada del Reino Unido de la Unión Europea.

<sup>61</sup> En cambio, la doctrina de Estrasburgo está presente en las conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón (párrafos 117-122).

«por representantes de los ciudadanos de la Unión» a la que se ha hecho anteriormente referencia, supone un punto de partida para abordar la controversia sobre la concepción fragmentaria de la representación en el Parlamento Europeo.

## V. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGALIDAD ELECTORAL

### 1. Una selección de problemas

*La determinación de qué cargos representativos son análogos a aquel sobre el que inicialmente se adopta la inhabilitación especial para cargo público.* El Tribunal Constitucional se ha enfrentado a dos preguntas relacionadas con la determinación de cuáles son los cargos a los que se extiende la incapacidad para ser candidato por ser «análogos» a aquel en el que se cometió el delito. En las SSTC 80/1987, de 27 de mayo y 151/1999, de 14 de septiembre, se plantea si la inhabilitación especial impuesta a un alcalde debe aparejar la inelegibilidad para ser parlamentario autonómico o nacional. Mientras, en la STC 25/2022, de 23 de febrero, sobre la inhabilitación de Joaquim Torra, a la que he hecho referencia anteriormente, se presenta un difícil deslinde entre cargos gubernativos y parlamentarios. La cuestión es si la pérdida definitiva del cargo público debió quedar limitada a aquel en cuyo contexto se cometió el hecho sancionado —presidente de la Generalidad— o proyectarse también a la condición de diputado del Parlamento de Cataluña.

*La pérdida del mandato tras una pena privativa de libertad: la doctrina de la incompatibilidad sobrevenida.* Es opinable si la condena de un parlamentario a una pena privativa de libertad tiene como consecuencia ineludible la pérdida del cargo público. El artículo 6.4 de la LOREG, asevera claramente que las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad, pero las dudas surgen por la controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las inelegibilidades del artículo 6.2 de la Ley Electoral. A partir de la consideración del artículo 6.2 de la Ley Electoral como una causa de inelegibilidad, como hace el legislador<sup>62</sup>, se abren dos opciones: equipararlas con las causas propias de inelegibilidad, entendiendo como tales las contempladas en el artículo 70 de la Constitución y en los apartados 1 y 3 del artículo 6 de la LOREG, o sostener que existen diferencias en el régimen jurídico entre ambas, de forma que la incompatibilidad sobrevenida del artículo 6.4 de la Ley Electoral no es extensible a los supuestos de inelegibilidad por condena a pena privativa de libertad.

62 De acuerdo con la tesis alternativa que propugna que el artículo 6.2 de la LOREG establece en realidad una causa de incapacidad electoral, si acaece una condena privativa de libertad después de la adquisición de la condición de parlamentario, el efecto debería ser la extinción del mandato, por la propia naturaleza de la incapacidad electoral y al margen de lo que dice el artículo 6.4 de la LOREG (Fernández-Miranda, 1989: 252). Sería incorrecto hablar de incompatibilidad o inelegibilidad sobrevenida, siendo más correcto calificarlo como una incapacidad sobrevenida.

*La sustitución de la pena de prisión de corta duración.* La incompatibilidad sobrevenida como consecuencia de una pena privativa de libertad de corta duración plantea un segundo problema interpretativo: si la sustitución de la pena de prisión excluye la aplicación del artículo 6.2 de la LOREG. La cuestión surge con el caso de Alberto Rodríguez, quien pierde la condición de diputado tras serle impuesta una pena de un mes y 15 días de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena<sup>63</sup>. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inelegibilidad que deriva de una pena de prisión corta, en la que no se produce la privación de libertad, en las SSTC 7/1992 y 166/1993. Pero las circunstancias fácticas son divergentes<sup>64</sup>. Primero en cuanto a las penas accesorias impuestas. Como ya se ha mencionado, la pena accesoria impuesta fue la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, a la que el artículo 44 del Código Penal no anuda la inhabilitación respecto de cargos ya obtenidos. Segundo por la aplicación del artículo 71.2 del Código Penal, que establece que las penas de prisión inferiores a tres meses deben ser sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo optó por la multa para sustituir la pena de prisión y no por la localización permanente, que es una pena privativa de libertad.

*La aplicación de la suspensión del cargo público a los acusados que no están privados de libertad.* El supuesto de hecho del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha planteado diferentes problemas interpretativos: si es aplicable a personas acusadas de rebelión pero que no están integradas en grupos armados, si es requisito previo la concesión del suplicatorio por parte del parlamento o si es exigible la materialización de la privación de libertad. Esta última duda, que tomaré como ejemplo, se plantea en relación con los acusados del juicio del *procés* que se habían

63 El recurso está pendiente ante el Pleno del Tribunal Constitucional. Otro problema distinto es si la inelegibilidad de la letra a) del artículo 6.2 de la LOREG conllevar la inelegibilidad de quien ha sido condenado a pena privativa de libertad por sentencia firme, si los tribunales penales hubieran suspendido el cumplimiento de la inhabilitación para cargo público. El Tribunal Supremo había suspendido la inhabilitación absoluta para ejercer la política de Oriol Junqueras mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvía su inmunidad como europarlamentario. Durante esta suspensión, Junqueras cuestionó la exclusión de su candidatura como número uno de ERC por Barcelona. El Tribunal Supremo sostuvo que la efectividad de la inelegibilidad tiene lugar desde la condena a pena privativa de libertad por sentencia firme, es cuestión secundaria, a estos efectos, con independencia de que hubiera sido suspendido el cumplimiento de la inhabilitación para cargo público. STS 934/2021, FJ 8.

64 En la STC 7/1992, de 16 de enero, se recurre la pérdida de la condición de parlamentario autonómico de José Luis Vallines, condenado a una pena de un mes y un día de arresto mayor y a la accesoria de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio. El Tribunal Constitucional tiene en cuenta que el Código Penal no establecía la pérdida del cargo público para estas penas accesorias. En la STC 166/1993, de 20 de mayo, se recurre la no proclamación de Dimas Martín como candidato al Senado. Al recurrente se le había impuesto la pena de dos meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante dicho tiempo, así como a la pena de inhabilitación especial para cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante seis años y un día. Para la solución del caso era relevante que el artículo 97 del Código Penal de 1973 dispusiera que «(l)a condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias».

sustraído a la acción de la justicia. El artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal define el supuesto de hecho utilizando la expresión «decretada la prisión provisional», pero más tarde señala que el procesado quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del cargo público «mientras dure la situación de prisión».

## 2. La ejemplaridad exigible a los cargos representativos

*Un criterio interpretativo que se repite.* Es posible formar un conjunto de sentencias en las que el Tribunal Supremo interpreta la legislación desde el prisma del deber de ejemplaridad al que deben estar sujetos los representantes<sup>65</sup>.

- El Tribunal Supremo ha extendido la inhabilitación a cargos gubernativos y parlamentarios, aun cuando el cargo del que se ha abusado sea el gubernativo. El argumento es que quien no ha sabido cumplir con las reglas de probidad y respeto de la legalidad en su gestión como miembro del ejecutivo, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza en un cargo de representante parlamentario<sup>66</sup>.
- El Tribunal Supremo considera aplicable la incompatibilidad sobrevenida a los supuestos de condena penal, emparejando el artículo 6.2 de la Ley Electoral con las inelegibilidades en sentido propio, basándose en una interpretación finalista de la legislación, de acuerdo con la cual las sucesivas reformas que han establecido y ampliado los supuestos de inelegibilidad por condena penal persiguen exigir ejemplaridad social a quien ejerce un cargo representativo<sup>67</sup>.

65 El análisis de los recursos de amparo del Tribunal Constitucional ofrece una vista incompleta de la interpretación que realizan las juntas electorales y los tribunales. Lógicamente la atención se centra en las decisiones restrictivas, mientras que pasan desapercibidas otras que abogan por una interpretación estricta de los límites al derecho a acceder a cargos representativos. Así, por ejemplo, en el ATS 5683/2019 - ECLI:ES:TS:2019:5683A, el Tribunal Supremo corrige a la Junta Electoral Central, que había considerado inelegibles en los comicios al Parlamento Europeo a los candidatos que estaban en situación de rebeldía. En el Acuerdo 287/2019, de 28 de abril de 2019 (Núm. Expediente: 283/784), la Junta Electoral Central había combinado dos tipos de argumentos: a) la exigencia de que el ciudadano resida de forma efectiva en el domicilio que aparece en el censo y b) la regla de que la rebeldía procesal constituye una causa de inelegibilidad. La ausencia de una previsión legal expresa en este sentido se trata de compensar con el argumento de que «La cualidad de elector del artículo 6.1 de la LOREG no resulta compatible ni con la limitación de los derechos políticos a que alude el artículo 384 bis de la LECrim, ni con la situación a la que llegan aquellos que voluntariamente se han situado extramuros del ordenamiento jurídico español y de la acción de la justicia». Se sostuvo que la proclamación de la candidatura sería «un fraude para los electores, al iniciarse un camino de final incierto para ejercer esa representación política». El Tribunal Supremo, por el contrario, sostuvo que «sólo cabe excluir de su ejercicio a quienes conforme al art. 6.2 de la LOREG se encuentren incurso encausa de inelegibilidad. Entre las que allí se prevén no figura la de hallarse en rebeldía, como se encuentran los recurrentes». Añade también, que «(e)s doctrina reiterada la que subraya que las causas de inelegibilidad deben ser interpretadas restrictivamente y que las dudas en esta materia deben ser resueltas de la manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales».

66 STS 1718/2015, FJ 12. Posteriormente citada por STS 91/2019.

67 STS 1060/2019, FJ 10. Esta sentencia es tomada como precedente por otras posteriores: STS 934/2021; STS 1485/2021; y STS 3092/2021. El Tribunal Supremo cita un *obiter dictum* de la STC 155/2014,

- El Tribunal Supremo, consideró extensible a los acusados en el juicio del *proceso* huidos de la justicia la medida de suspensión del cargo público<sup>68</sup>. El Tribunal Supremo sostiene que la situación de prisión a la que se refiere el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la procesal, no a la material, que no puede adoptarse ante la huida de los recurrentes. El Tribunal Supremo se acoge a la dicción literal de la definición de las exigencias para que opere la suspensión que se realiza en la primera parte de la norma, que considera clara, rechazando que el último inciso modifique el contenido sustantivo de los requisitos. Mayor peso tiene el argumento de que la situación provocada por la obstrucción del recurrente a la acción de la justicia no puede beneficiarle. El Tribunal califica la pretensión del recurrente de que no se le aplique la medida por la ausencia de materialización de la prisión preventiva buscada por él mismo como algo insólito, una *contradictio in terminis* o un oxímoron. Sostiene el Tribunal que la *ratio essendi* de la norma está clara, la suspensión de quien está acusado de delitos graves que amenazan la continuidad del Estado y que está en una situación procesal que le impide ejercer presencialmente sus funciones parlamentarias. Se concluye que la norma no puede otorgar un distinto tratamiento en la medida de suspensión del cargo público más beneficioso para quien huye del país respecto a quienes han cumplido su deber de comparecer en el proceso<sup>69</sup>.

### 3. El cambio de criterio de la Presidencia del Congreso sobre la retirada del escaño como consecuencia de una condena a pena privativa de libertad que es sustituida por multa

*No es aplicable la inelegibilidad derivada de la pena principal de prisión.* La tesis contraria a la aplicación automática de los apartados 2 y 4 del artículo 6 de la Ley Electoral aparece expuesta en el informe emitido el 18 de octubre de 2021 por los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados. Los argumentos en los que se

de 25 de septiembre (FJ 2), que a su vez reproduce lo dicho en la STC 45/1983, de 25 de mayo (FJ 5). En estas sentencias se afirma que la inelegibilidad se transforma en incompatibilidad, provocando el cese en el cargo. Literalmente: «(l)a causa sobrevenida opera así como supuesto de incompatibilidad, generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño». Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se está refiriendo al artículo 6.2 de la Ley Electoral, sino a las causas de inelegibilidad en sentido estricto. En consecuencia, aún la constitucionalidad de la incompatibilidad sobrevenida de quien es condenado por alguno a una pena privativa de libertad sigue estando abierta y el Tribunal Constitucional podría revisar la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo.

68 ATS 8350/2019.

69 Martínez Santa María (2022: 508) subraya esta justificación de «tipo ético o moral» para aplicar en este caso el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Repugna o resulta inconciliable con los valores públicos que alguien condenado por alguno de estos delitos que atentan a los pilares del sistema constitucional y político, ejerza un cargo público».

basa este primer informe son que la sustitución por imperativo legal produce un cambio en la naturaleza de la pena principal y que ha de optarse por la interpretación de la legislación electoral que sea más favorable al ejercicio del derecho fundamental. La referencia que hace el tantas veces citado artículo 6.2 a que son inelegibles los condenados «en el período que dure la pena» podría dar pie para una interpretación restrictiva de la causa de inelegibilidad.

*La sustitución no cambia la naturaleza de la pena de prisión y se produce la inelegibilidad.* Posteriormente cambia el criterio y la Presidenta del Congreso acordó el 27 de octubre que Alberto Rodríguez causara baja como Diputado<sup>70</sup>. En el medio se produjo la respuesta de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 22 de octubre, a la solicitud de aclaración presentada por la Presidencia del Congreso y por el propio diputado, en la que el tribunal sentenciador insiste en que se mantiene la vigencia de la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo como pena accesoria, que no viene eliminada por la sustitución de la pena principal por una pena de multa. Pero nada dice sobre la duración de esta inhabilitación y si comporta la suspensión o pérdida del mandato representativo. El 25 de octubre el Secretario General del Congreso de los Diputados suscribió un sucinto informe en el que se decía que la pena privativa de libertad impuesta en origen no pierde su naturaleza por el hecho de haber sido sustituida y ha de entenderse de que opera como causa de incompatibilidad sobrevenida según los apartados segunda y cuarto de la Ley Orgánica de Régimen Electoral.

## VI. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE *FAVOR LIBERTATIS* EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

*La prohibición de arbitrariedad.* Es un criterio asentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar legalmente previstas y no pueden ser arbitrarias. Con ello se garantiza que la interpretación y aplicación de la norma no tiene como finalidad poner obstáculos a la actuación de la oposición política o de las minorías parlamentarias. Por ejemplo, la STC 80/1987, de 27 de mayo, controla la razonabilidad de la interpretación por parte del tribunal ordinario del alcance de la inelegibilidad, que se producía respecto del cargo de alcalde y otros de funciones análogas. El Tribunal Constitucional estima que es razonable la decisión del tribunal ordinario de considerar análogo el cargo de consejero del cabildo y, en cambio, admitir la candidatura al parlamento regional. La misma exigencia

<sup>70</sup> Posteriormente la Junta Electoral Central dictó acuerdo 388/2021, de 27 octubre 2021 (número expediente 251/657).

de previsibilidad y prohibición de arbitrariedad está presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo<sup>71</sup>.

*Favor libertatis.* Son frecuentes los llamamientos en la jurisprudencia constitucional al principio de la interpretación más favorable de los derechos fundamentales para flexibilizar los requisitos formales de presentación de las candidaturas (García Roca, 1999: 213). También hay sentencias que respaldan la necesidad de una interpretación restrictiva de las causas de inelegibilidad, aunque circunscrita a las que se basan en que el candidato ostenta un determinado cargo<sup>72</sup>. Sin embargo, no hallamos una línea jurisprudencial consolidada del Tribunal Constitucional en las que se obligue claramente a aplicar este principio interpretativo, de forma que las juntas electorales y los tribunales ordinarios deban hacer una lectura estricta de las privaciones del sufragio por sentencias condenatorias.

- La STC 80/1987, anteriormente citada, limita su examen a determinar si la interpretación de la legalidad penal «es arbitraria o irrazonable o restringe indebidamente el libre ejercicio de los derechos fundamentales» (FJ 2). Posiblemente una interpretación más estricta de qué cargos tienen naturaleza análoga al de alcalde hubiera llevado a aceptar la candidatura del condenado a las elecciones al Cabildo Insular, que tiene un ámbito territorial y funciones distintas a las de alcalde y concejal.
- Posteriormente, la STC 7/1992, de 16 de enero, rechaza una interpretación extensiva de las causas de pérdida del mandato, de modo que esta solo se produce respecto de las penas privativas de derechos que expresamente lo señalan (FJ 3). De la interpretación realizada por el Presidente de la Asamblea Regional de Cantabria se califica como «extensiva, infundada y contraria al art. 23.2 de la C.E». No queda claro cuál es el estándar del control por parte del Tribunal Constitucional. Parece más un nuevo ejemplo de control de razonabilidad que de exigencia de una interpretación más favorable.
- No hay rastro de interpretación más favorable en la STC 166/1993, de 20 de mayo (FJ 4º), en relación con la inelegibilidad de quien ha sido condenado a una pena privativa de libertad corta que ha sido suspendida. El Tribunal Constitucional se adhiere a la interpretación propuesta por el tribunal ordinario: la causa de inelegibilidad que afecta a los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad «no está en función del

71 Por ejemplo, en la Sentencia Dicle y Sadak contra Turquía, de 16 de junio de 2015, que declaró que el rechazo de las autoridades electorales de la candidatura de los dos recurrentes basándose en su previa condena por pertenecer a un partido ilegalizado había violado el artículo 3 del Protocolo No. 1 por falta de previsibilidad de la restricción.

72 SSTC 45/1983, de 25 de mayo, y 28/1986, de 20 de febrero, ambas comentadas por Pulido Quecedo (1992: 222-225)

cumplimiento efectivo de la condena». También se produce la inelegibilidad cuando se suspende la ejecución de la pena de privación de libertad, porque la razón determinante de la exclusión del proceso electoral no es la ausencia efectiva de libertad, sino la «carga infamante», «como máximo reproche social», que conlleva la condena penal (FJ 4).

- La STC 151/1999, de 14 de septiembre, consideró adecuada la decisión del tribunal penal de imponer una pena de inhabilitación especial para «todo cargo público electivo». El alcance de la inhabilitación, impuesta a un alcalde por un delito de infidelidad en la custodia de documentos, no encajaba de forma clara en la legislación penal, que conectaba los efectos de la inelegibilidad a la obtención de otros cargos análogos (artículo 36 del Código Penal de 1973). El Tribunal Constitucional afirmó que «quedan cerrados los portillos por donde podía haber penetrado este Tribunal Constitucional en el recinto propio de la función jurisdiccional, a la que corresponde determinar el alcance de la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio». La razón del rechazo a revisar la decisión del tribunal ordinario es que el recurrente había faltado a la exigencia de «ejemplaridad social» que pesa sobre los representantes de los ciudadanos. La sentencia se basa en que todos los cargos representativos comparten rasgos comunes respecto a «la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente», por lo que quien «rompe las reglas del juego limpio» como alcalde tampoco es merecedor de la confianza para el cargo de senador (FJ 3). Formula voto particular el Magistrado Tomás Vives Antón, defendiendo que Tribunal Constitucional analice, desde la perspectiva constitucional, la interpretación de los preceptos penales realizada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, cuando se afecta el libre ejercicio de los derechos fundamentales. El voto particular considera que una interpretación amplia de qué cargos son análogos desconoce la exigencia de previsibilidad de las medidas restrictivas.
- En el mismo sentido, la STC 171/2021 desestima el recurso de amparo basándose en que la interpretación formulada por el Tribunal Supremo del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «no puede ser tachada de arbitraria o errónea, y resulta razonable» (FJ 6)<sup>73</sup>.
- Tampoco aparece el principio de interpretación más favorable en la STC 25/2022. La mayoría del Pleno acepta que la inhabilitación originada por la desobediencia cometida en cuanto presidente del gobierno autonómico se extienda a la condición de parlamentario autonómico de Joaquim Torra. El Tribunal Constitucional considera que la razón de la semejanza o similitud se asienta en que ambos tipos de cargos responden a una fuente democrática de legitimación y en que la condena se basa en el

73 En el mismo sentido, la STC 11/2020, FJ 9.

incumplimiento del deber de neutralidad durante un proceso electoral (FJ 7.6.3.3). La sentencia subraya la íntima conexión entre el cargo de parlamentario autonómico y de Presidente de la Generalidad, basado en que la condición de parlamentario es requisito para ser investido como Presidente, según dispone el artículo 67.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. La sentencia concluye que «(e)l principio de confianza en el sistema institucional, que es la base de la legitimación social de la democracia, se vería seriamente comprometido si se permitiera el mantenimiento o la obtención de un cargo gubernativo o electivo a quien no respeta las reglas más básicas de un proceso electoral, de cualquier ámbito o naturaleza». En cambio, el voto particular del magistrado Sáez Valcárcel propone diferenciar entre cargos parlamentarios y gubernativos. El deber de neutralidad corresponde al presidente de la Generalitat como cabeza del ejecutivo y máximo responsable del uso de los edificios públicos de la comunidad autónoma, mientras que la condición de parlamentario autonómico resulta ajena por completo a ese deber de neutralidad y entronca justamente con la representación y defensa de una ideología a través de la más amplia libertad de expresión.

*La interpretación del estatuto de los parlamentarios europeo de acuerdo con el principio democrático.* La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Junqueras contrasta con la situación que se acaba de describir. Es verdad que la comparación debe ser relativizada, porque la sentencia aclara el estatuto de los miembros del Parlamento Europeo y no indica cómo deben ser interpretadas las normas sobre privación del derecho a ser elegible por condena penal. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo se produce en un proceso cuyo objeto es la concesión de un permiso penitenciario al recurrente para poder realizar los trámites exigidos para adquirir la condición de parlamentario europeo. El Tribunal de Justicia precisa en qué momento se adquiere la condición de miembro del parlamento europeo y cuál es el contenido de su inmunidad. A pesar de esta diferencia con la jurisprudencia constitucional reseñada anteriormente en cuanto al objeto del proceso, me parece relevante que el Tribunal de Justicia señale que el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión debe ser interpretado atendiendo al principio democrático (párrafo 63)<sup>74</sup>. La garantía de la democracia representativa incluye la libre expresión de las preferencias manifestadas por los ciudadanos de la Unión (párrafo 83) y la autonomía del Parlamento Europeo (párrafo 84). En este razonamiento, la sentencia incluye una referencia al sufragio pasivo, para afirmar que la inmunidad parlamentaria contribuye a la eficacia de este derecho, garantizado en el artículo 39.2 de la Carta (párrafo 86). En otras palabras, el derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Euro-

74 Pueden verse los comentarios de Fasone y Lupo (2020) y Bayona i Rocamora (2020).

peo es utilizado por el Tribunal de Justicia como argumento para optar por una interpretación amplia de la inmunidad prevista en el párrafo segundo del artículo 9 del Protocolo, concluyendo así que este precepto se opone a que una medida judicial de prisión provisional pueda obstaculizar la libertad de los miembros del Parlamento Europeo para asistir a la primera reunión de la nueva legislatura.

## VII. CONCLUSIONES

*Reformas legislativas.* La conexión de las restricciones al sufragio pasivo con un contexto político de polarización hace que cualquier propuesta de reforma legislativa sea inviable. Pero esta circunstancia no debería impedir reflexionar sobre la adecuación de las normas. Se pueden plantear tres opciones, de mayor a menor dificultad:

- Replantear la orientación intervencionista que adopta la legislación española y dejar que sean los electores los que decidan sobre quiénes les representan, confiando en su criterio para dejar fuera del parlamento a las personas que se prevalen de los cargos públicos para delinquir. El informe de la Comisión de Venecia señala que serían necesarios otros cambios en las normas electorales y parlamentarias.
- Prescindir de las inelegibilidades del artículo 6.2 de la LOREG y establecer como único límite la incapacidad electoral derivada de las penas privativas de derechos que establece el Código. Se conseguiría una mayor seguridad jurídica y alinear la legislación española con las recomendaciones de la Comisión de Venecia sobre una ponderación judicial individualizada de los supuestos de inelegibilidad por condenas menos graves o de pérdida del mandato (siempre que se redujera simultáneamente el automatismo en las penas accesorias por condenas de menor duración). Una revisión de este tipo precisaría profundizar previamente en el Derecho comparado, para valorar si son acertadas las recomendaciones que esboza de manera algo rápida la Comisión de Venecia.
- Circunscribir la reforma al problema que genera la pérdida del mandato provocada que se produce como consecuencia automática de la imposición de una pena privativa de libertad, que por su corta duración no implica el ingreso en prisión. Posiblemente las actuales disposiciones legales no contravengan los estándares adoptados por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo, que son muy deferentes hacia el legislador. Sin embargo, me parece que esta restricción supone un sacrificio excesivo del derecho fundamental de participación política y el respeto a la representación de los electores frente a una exigencia de ejemplaridad que podría definirse con un trazo más fino.

*Control de constitucionalidad y convencionalidad de la legislación.* Mientras no sea viable una reforma legislativa, la mirada se vuelve hacia los tribunales. El hecho de que estemos ante una materia vinculada a la legislación penal y a la representación política justifica un control deferente de la necesidad de la intervención y de la ponderación entre valores y bienes constitucionales. Sin embargo, no se debe prescindir del juicio de adecuación, para que se mantenga la coherencia entre la finalidad perseguida, que debe definirse con mayor precisión, y el alcance de las restricciones. Puede servir de apoyo el *soft law* elaborado por la Comisión de Venecia. Seguramente sea formalmente correcto rechazar que el Código de Buenas Prácticas sea canon de enjuiciamiento de la legislación, como hace la STC 197/2014, de 4 de diciembre (FJ 4), pero el valor interpretativo del código y de las opiniones de la Comisión de Venecia precisan una mayor atención.

*Adecuación al Derecho de la Unión.* Cuando las restricciones se aplican a las elecciones al Parlamento Europeo, las juntas electorales y los tribunales ordinarios deben valorar que el Tribunal de Justicia podría elevar las exigencias de la Carta respecto a los estándares del Convenio Europeo. Resulta necesario conectar el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo, proclamado en la Carta, con: a) la jurisprudencia del Tribunal que reconoce, como parte del contenido de la ciudadanía europea, derechos inmediatamente exigibles que no dependen de la libertad de circulación; y b) una teoría constitucional sobre la naturaleza plenamente parlamentaria del Parlamento Europeo y la formación de un incipiente *demos* europeo.

*Interpretación de la legislación.* La interpretación de la ley debe mantener un equilibrio entre la libertad de representación y la responsabilidad de los cargos públicos. No se trata de interpretar la ley exclusivamente desde uno de los dos principios, que no deben tener una posición prevalente. Corresponde al Tribunal Constitucional velar porque la interpretación de la ley no profundice en la generalización de las restricciones, especialmente en los casos en los que la condena es por delitos que no tienen relación con la ética pública y que no implican la entrada en prisión.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Anguita Susi, A. (2016). Breves notas sobre el fundamento de la delegación del voto en los sistemas representativos autonómico y local. *Revista de las Cortes Generales*, 97-99, 259-272.
- Arnaldo Alcubilla, E. y Abellán Matesanz, I.M. (2002). Sobre la presentación y proclamación de candidaturas». *Revista de Estudios Políticos*, 117, 145-172.
- Bayona i Rocamora, A. (2020). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 (caso Oriol Junqueras). *Legebiltzarreko Aldizkaria – LEGAL – Revista del Parlamento Vasco*, 1, 130-141.
- Bastida Freijedo, F. J. (1986). Ley electoral y garantías judiciales. *Revista de las Cortes Generales*, 7, 31-52.

- Brandariz García, J.A. (2012). La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva. *Diario La Ley*, 7873.
- Cámara Villar, G. (2022). El estatuto de los diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas. *Revista de las Cortes Generales*, 113, 305-359.
- Chabod, F. (1967). *Historia de la idea de Europa*. Madrid: Editorial Norte y Sur.
- Craig, P. (2017). Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 79-109.
- Faraldo Cabana, P. (2014). La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 159-179.
- Fasone, C. y Lupo N. (2020). The Court of Justice on the Junqueras saga: Interpreting the European parliamentary immunities in light of the democratic principle. *Common Market Law Review*, 57, 1527-1554.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (1989). Comentario al artículo 70 de la Constitución Española: inelegibilidades, incompatibilidades, control judicial de las elecciones. En Alzaga, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*. Madrid: EDERSA.
- Fossas, E. (1993). *El derecho de acceso a los cargos públicos*. Madrid: Tecnos.
- García Roca, J. (1999). *Cargos públicos representativos: un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*. Madrid: Aranzadi.
- García Roca, J. (2009). Del compromiso internacional de los estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1 CEDH). En García Roca, J. y Santolaya Machetti, P., *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 825-854). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Roca, J. (2021), Principio democrático, elecciones y Estado de Derecho: la cultura del constitucionalismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea. En: Ríos Vega, L.E., Spigno, I., Esquivel, Y. Y Pérez-Moneo, M., *Los derechos fundamentales en el siglo XXI, tomo IV. Los derechos civiles y políticos, Estudios de casos líderes europeos, Vol. XXIII. Las elecciones libres en la doctrina de Estrasburgo* (pp. 3-29). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- García Roca, J. y Dalla Vía, A. (2012). Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático. En García Roca, J. et. al. (eds.), *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático* (pp. 222-270). Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters.
- García-Escudero Márquez, P. (2010). Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 24, 81-114.
- Greciet García, E. (2015). Comentario a la STC 155/2014, de 25 de septiembre. La constitucionalidad de la incompatibilidad de los Presidentes de las Corporaciones o Entidades Locales con el mandato de Diputado del Parlamento de Andalucía. *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, 28, 43-72.
- Manzanes Samaniego, J.L. (2002). Las inhabilitaciones para cargo público. En Díez Ripollés J.L. (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (pp. 1095-1112). Madrid: Tecnos.
- Martín Pallín, J.A. (2022). *La Guerra de los jueces (El proceso judicial como arma política)*. Madrid: Los libros de la Catarata.
- Martínez Santa María, P. (2022). La suspensión del cargo parlamentario por aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentario a la

- Sentencia del Tribunal Constitucional 171/2021, de 7 de octubre. Recurso de amparo núm. 5382/2019. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021). *Revista de las Cortes Generales*, 112, 483-511.
- Peñaranda Ramos, J. L. (2022). El estatuto del diputado: nuevos y viejos problemas. *Revista de las Cortes Generales*, 113, 361-396.
- Pardo Falcón, J. (1998). Algunas consideraciones sobre el control de las actas electorales en el Derecho comparado y en la Historia constitucional española. *Revista de Estudios Políticos*, 99, 175-188.
- Pascua Mateo, F. (2019). Eligiendo al Parlamento Europeo: principios comunes a los Estados miembros. *Revista CEFLegal*, 225.
- Pérez Alberdi, M.R. (2018). Privación a los condenados del sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo: el principio de «sufragio universal» como obligación impuesta por el Derecho europeo al legislador nacional en la definición de la ciudadanía política de la Unión. En Carmona Contreras, Ana M., *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales (Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta)* (pp. 189-203). Cizur Menor: Aranzadi.
- Presno Linera, M.A. (2003). *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos.
- Presno Linera, M.A., y Ortega Santiago, C. (2009). *La sustitución temporal de los representantes políticos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pulido Quecedo, M. (1992). *El acceso a los cargos y funciones públicas: (un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*. Madrid: Civitas
- Requejo Rodríguez, P. (2001). ¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?. *Revista de Derecho Político*, 51, 105-138.
- Rousseau, D. (1996). La notion de patrimoine constitutionnel européen. En Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Le patrimoine constitutionnel européen*. Montpellier, 22-23 novembre 1996, Actes du Séminaire UniDem organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996 en coopération avec le Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques (C.E.R.CO.P.), Faculté de droit, Université de Montpellier, Science et technique de la démocratie, n° 18, CDL-STD(1996) 018.
- Saiz Arnaiz, A. (2018). Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 221-245.
- Shaw, J. (2003). Sovereignty at the Boundaries of the Polity. En Walker, N. (ed.), *Sovereignty in Transition*. London: Hart Publishing.
- Solozábal Echavarría, J.J. (1998). Artículo 70: Las inelegibilidades e incompatibilidades de los Diputados y Senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso y al Senado. En Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (pp. 279-321). Madrid: Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas.
- Trucco, L. (2015). Il caso Delvigne e il diritto di voto europeo. *Quaderni Costituzionali*, 35(4), 1030-1032.
- Van Eijken, H. y Van Rossem, J.W. (2016). Prisoner disenfranchisement and the right to vote in elections to the European Parliament: Universal suffrage key to unlocking political citizenship?. *European Constitutional Law Review*, 12(1), 114-132.

\*\*\*

TITLE: *The exclusion of offenders from parliament: between political freedom and the rule of law*

ABSTRACT: *The power of the state to exclude criminals from parliament is limited by the constitutional and European guarantee of the right to passive suffrage. The main points of friction between the restrictions established in the Spanish legal system will be identified, considering the fundamental principles of the European constitutional heritage. The case law of the Constitutional Court, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union will then be examined to analyze the difficulties posed by the judicial review of transcendental areas of the political process.*

RESUMEN: *El poder del Estado para excluir a los infractores del parlamento deviene limitado por la garantía constitucional y europea del derecho de sufragio. Se identificarán cuáles son los principales puntos de fricción entre las restricciones que se establecen en el ordenamiento español, atendiendo a los principios fundamentales del patrimonio constitucional europeo. A continuación, se examinará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para analizar las dificultades que plantea la revisión judicial de ámbitos trascendentales del proceso político.*

KEY WORDS: *Free elections, Passive suffrage, Ineligibility, Loss of mandate, Parliament, European standards.*

PALABRAS CLAVE: *Elecciones libres, Sufragio pasivo, Inelegibilidades, Pérdida del mandato, Parlamento, Garantía europea.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 08.08.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 24.02.2023

CÓMO CITAR / CITATION: García Vitoria, I. (2023). La exclusión de los infractores del Parlamento: entre la libertad política y el imperio de la ley. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 441-480.