

ELECCIONES LIBRES Y JUSTAS

1. LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL CUMPLE 43 AÑOS¹

No es un aniversario redondo, pero cuarenta y tres años denotan inequívoca madurez, en este caso orgánica, la de la Junta Electoral Central, cuya institucionalidad y coesencialidad al ser democrático nuestro Estado de Derecho debe subrayarse y celebrarse, especialmente en un contexto en el que han trascendido ataques, desautorizaciones e insinuaciones propulsadas desde la representación de intereses propios y parciales y, por tanto, absolutamente infundados.

El Real Decreto-Ley de Normas Electorales 20/1977, de 18 de marzo, norma rectora de las elecciones a la Cortes Constituyentes y de las dos elecciones legislativas siguientes, tomó como una de sus decisiones fundamentales la configuración de una Administración Electoral autónoma e independiente del Ejecutivo, como garantía primaria de las elecciones libres, abiertas y competitivas. En el vértice de la Administración Electoral sitúa a la Junta Electoral Central, para la que prevé —separándose de los antecedentes históricos de los que parte nuestra actual planta organizativa y que es la Ley Electoral para diputados a Cortes de 1890, inspiradora a su vez de la Ley Maura de 1907—, una composición netamente judicializada, es decir, formada mayoritariamente por jueces y magistrados de carrera. La Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985 no reniega sino que, al contrario, consolida sin matices la opción judicialista para la Junta Electoral Central y para las demás Juntas Electorales que conforman la jerarquizada Administración Electoral, y que son las Provinciales y las de Zona. Esta solución, que cuenta con el evidente respaldo constitucional del artículo 117.4 *in fine*, (además de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponden a los jueces y magistrados las funciones que “expresamente les sean atribuidas en garantía de cualquier derecho”) es idónea para asegurar la máxima objetividad y fiabilidad de las Juntas Electorales instituidas para garantizar la transparencia y la limpieza del

¹ Publicado como Tercera en ABC el día 18 de marzo de 2020 para conmemorar el aniversario, aunque no redondo, de la creación de una de las instituciones más señeras de nuestro país.

sufragio y, en consecuencia, que las elecciones sean justas, es decir, articuladas desde el pleno respeto de la libertad y la igualdad de todos los actores políticos —que son los ciudadanos y las entidades políticas— así como de la neutralidad de los poderes públicos durante el período electoral.

Las Juntas Electorales, y en la cúspide, la Junta Electoral Central, conforman un modelo organizativo inédito en el Derecho Comparado, es decir, son una creación propia de la marca España. Y, lo que es más importante, a su legitimidad de origen como institución de garantía de la pureza de los procesos electorales (y refrendatarios), las Juntas Electorales han sumado la legitimidad de ejercicio mediante una respuesta fundada en Derecho a todos los problemas e incidencias organizativas y procedimentales que se han suscitado en los centenares de convocatorias electorales celebradas en estos cuarenta y tres años en el ámbito nacional, autonómico y local. Las Juntas Electorales —aunque es la Central la que las personifica por ser la única permanentemente constituida y por la superioridad y vinculatoriedad de sus resoluciones para las inferiores— han asegurado la confianza en el sistema, rememorando la expresión de W.J. M. Mackenzie, es decir, la fiabilidad en la regularidad de los procesos electorales (y de los refrendatarios) y en sus resultados, no sometidos a discusión. En todo caso, el debate sobre la reforma de la Ley Electoral, tantas veces reivindicada como aplazada, es absolutamente ajeno a las Juntas Electorales, que son órganos del Derecho vigente y que, naturalmente, han de limitarse a interpretarlo y aplicarlo.

Gracias a la independencia de cualquier otro poder público y a la imparcialidad de sus miembros, consecuencia de la judicialización de su composición, las Juntas Electorales se han acreditado como la solución más apta para garantizar la libre expresión de la soberanía popular, elemento nuclear del Estado democrático, en palabras del preámbulo de la Ley Electoral. O, en otros términos, para velar en nombre del pueblo para que su voz se oiga nítida, clara, sin interferencias exógenas o indeseables, sin adherencias ni intromisiones que condicionen, alteren o modifiquen la manifestación de la decisión libre, democrática y soberana del pueblo español, o, en palabras de Navarro Amandi, a evitar “el falseamiento de la representación”.

Ahora que nos lamentamos, con tanta frecuencia como tan motivadamente, del déficit de institucionalidad, y de la necesidad de su refuerzo, debemos dejar constancia, con voz alta y clara, de que las Juntas Electorales se han consolidado como un modelo institucional integrador, además de plenamente integrado, que ha sido plenamente interiorizado y asumido por el conjunto de los actores políticos del proceso electoral, lo que significa tanto como, de un lado, asentado en nuestra intensa vida electoral a lo largo de estos cuarenta y tres años, y, de otro lado, reconocido, en cuanto que su actuación, en el cumplimiento de la trascendental misión que le ha sido encomendada, ha estado siempre presidida por

su estricta subordinación (obediencia pensante, como la del juez) a la ley y por la ausencia de cualquier tipo de impura dependencia.

Aunque carece del *status* de órgano constitucional, conforme a lo que nos enseñó García Pelayo, la Junta Electoral Central lo es de *facto*, en cuanto asegura la vigencia de la Constitución en la expresión de la voluntad popular a través de las elecciones.

2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL ESPAÑOLA²

2.1. Aproximación conceptual y soluciones en el Derecho comparado

Las elecciones libres son una exigencia funcional imprescindible del sistema democrático, de modo que no hay democracia sin elecciones libres que, por naturaleza, son abiertas, competitivas, transparentes y, por ende, limpias y justas. Pero, al tiempo, las elecciones son un procedimiento, es decir, presentan una innegable dimensión medial o instrumental que requiere de una organización autónoma o independiente y, por tanto, confiable, en razón de su imparcialidad, para los actores políticos y para los ciudadanos. A esa organización formada por las autoridades responsables de la dirección y gestión del procedimiento electoral convenimos en denominarla Administración Electoral.

El Derecho comparado nos enseña que no existe un único modelo confluente sino que, en razón del nivel de consolidación de la democracia y de vertebración institucional, y, en consecuencia, de la credibilidad en la autenticidad de los comicios, nos muestra una pluralidad de opciones: desde la europea occidental, con variables, en que es el Poder Ejecutivo, en algunos casos bajo supervisión de un órgano o comisión *ad hoc*, el que asume las funciones de la Administración electoral, hasta el iberoamericano que crea una organización de carácter permanente separada de los tres poderes del Estado (hasta el punto de que en algunos países es considerada un cuarto poder) que asume bien la integridad de las competencias bien se estructura en dos ramas, una con las de gestión, incluido el registro y censo de los electores, y otra con competencias de control, supervisión y revisión, con la singularidad de Perú en donde desde 1993 existen tres organismos electorales, pues a los dos citados se suma para la llevanza del censo electoral el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil.

² Este artículo es fruto de la invitación de Benigno Pendás García, compañero e ilustre académico, y promotor y director de la *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI*, de la que forma parte.

2.2. La Administración Electoral española

La vigente Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), que sigue el precedente de la longeva Ley Maura de 1907 y del Real Decreto-Ley de 1977, atribuye la misión institucional de garantizar “la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad a la Administración Electoral” integrada por “las Juntas Electorales y las Mesas Electorales” (art. 8). Ciertamente hay otros órganos que intervienen en la preparación o desarrollo del proceso electoral, pero no forman parte de la Administración Electoral, reservada *ex lege* a las Juntas y las Mesas; es decir, integran el aparato organizativo de las elecciones pero actúan subordinadamente a la Administración Electoral en el cumplimiento de las tareas que tienen encomendadas. En concreto, el Ministerio del Interior, que cumple una función dadora de los medios humanos y materiales para el desarrollo del proceso electoral, y la Oficina del Censo Electoral, encuadrada en el Instituto Nacional de Estadística, que asume la función de la formación del censo electoral. Ambos ejercen estas competencias, como también el Servicio de Correos, bajo la dirección, supervisión y control de la Junta Electoral Central, como órgano superior de la Administración Electoral.

2.3. La naturaleza de la Administración Electoral

La Administración Electoral, que el Tribunal Constitucional denominó “peculiar estructura administrativa”, se presenta netamente diferenciada de la Administración Pública general, pero no deja de ser Administración, peculiar, por supuesto, pues no es encuadrable en el Ejecutivo —aunque tampoco en el Legislativo ni en el Judicial—, y singular, además, pues goza de una posición de supremacía sobre todos los actores intervinientes en las operaciones electorales e incluso sobre las restantes Administraciones Públicas que intervienen en la organización electoral. Esta especificidad viene determinada por los siguientes caracteres identificadores:

- Una **Administración independiente** en cuanto exenta de cualquier dependencia orgánica y funcional de las Administraciones Públicas aunque lógicamente sujeta al control judicial.
- Una **Administración especializada** a la que está encomendada la dirección y supervisión de todos los procesos electorales y refrendatarios a través de los que se concreta el derecho a la participación jurídica de los ciudadanos en asuntos públicos. Es, por tanto, instrumento esencial al servicio del Estado democrático.

- Una **Administración netamente judicializada** en la composición de las Juntas Electorales, en garantía de la independencia, objetividad e imparcialidad consustanciales a la función para la que es creada. Las Mesas Electorales no están judicializadas en su composición, pero sus miembros son ciudadanos elegidos por sorteo público, con lo que se pretende la misma finalidad, ínsita en esta “específica Administración de garantía”.
- Una **Administración no permanente**, con excepción de la Junta Electoral Central, y de las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma allí donde existen. Tanto las Juntas Electorales Provinciales como las de Zona se constituyen el tercer día siguiente a la convocatoria electoral y su mandato se extingue a los cien días de celebradas las elecciones, salvo que durante ese plazo se convoquen otras; las Mesas electorales se constituyen y se extinguen en la jornada electoral.
- Una **Administración no profesionalizada**, es decir, no formada por profesionales expertos o especializados en Derecho Electoral como se infiere de la forma de designación de sus miembros: por sorteo los Vocales Judiciales de las Juntas Electorales y los Vocales de las Mesas Electorales; a propuesta conjunta de las entidades políticas con representación parlamentaria los Vocales no judiciales de las Juntas Electorales, siempre minoritarios en las mismas.
- Una **Administración jerarquizada**, como toda Administración formada por una pluralidad de órganos, pues a las Juntas Electorales superiores se atribuyen potestades de naturaleza indiscutiblemente jerárquica, como resolver reclamaciones y recursos contra las de inferior orden, cursar instrucciones de obligado cumplimiento o revocar de oficio cualquiera de las resoluciones de las mismas en los términos establecidos en el artículo 19 LOREG.

2.4. Las Juntas Electorales: un modelo institucional garante de las elecciones libres

La permanencia, y por tanto la continuidad en el conocimiento de las cuestiones sometidas a su conocimiento, la alta cualificación de sus miembros (magistrados del Tribunal Supremo y Catedráticos de Derecho y Ciencias Políticas de prestigio reconocido) y el propio modo de ejercicio de sus funciones por la Junta Electoral Central, que se ha concretado en una amplísima doctrina garante de la objetividad y limpieza de las elecciones, ha consolidado un modelo institucional indiscutido que ha asegurado, desde una perspectiva finalista, la plena libertad e igualdad con que aquéllas se han desarrollado. El resto de las Juntas Electorales, con pleno respeto de la supremacía de la Central, ha coadyuvado eficaz y eficientemente al mismo resultado, no como árbitro del

proceso electoral según criterios de equidad o sentido común, sino con arreglo a la ley y al derecho, únicos dueños a los que las Juntas Electorales han servido, y, en consecuencia, al cuerpo electoral.

2.5. Las Mesas Electorales

Las Mesas Electorales son el órgano primario de la Administración Electoral que asume la misión fundamental de presidir, dirigir y controlar el proceso de emisión del voto por los electores, conservar el orden dentro del local electoral, realizar el recuento (provisional) de los votos emitidos cumplimentando las actas correspondientes y, con carácter general, velar por la pureza y limpieza del sufragio en la jornada de votación.

En cada municipio se ha de constituir una Mesa Electoral, salvo que, por razón de la población, deban constituirse más con un máximo cada una de 2.000 electores y un mínimo de 500. Cada Mesa Electoral está formada por un Presidente y dos Vocales que, como sus respectivos suplentes, son elegidos por sorteo público realizado por el Pleno del Ayuntamiento; por tanto nos encontramos ante una forma de participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos. Los cargos son obligatorios sin perjuicio del derecho de los designados a formular excusa, por causa justificada, para no acudir a su desempeño, que ha de resolver la Junta Electoral de Zona. Tienen la condición de funcionarios públicos el día de la votación.

3. LA EXIGENCIA DE DOBLE MAYORÍA PARA QUE UN REFERÉNDUM SEA VINCULANTE³

3.1. El referéndum como mecanismo complementario y no alternativo de la democracia representativa

La democracia directa siempre ha gozado de la más alta consideración, hasta fascinación, en dos polos radicalmente opuestos: el de los autócratas o cesaristas, que reivindican el *appel au peuple* como fuente de ratificación de su carismática legitimación; y el de los populistas que encumbran la consulta permanente como fundamento del asamblearismo alternativo. En el marco la

³ Publicado en *Cuadernos FAES de Pensamiento Político*, núm. 57, enero-marzo 2018, con el subtítulo de "Referéndum y democracia representativa".

democracia representativa⁴, salvo con la excepción de Suiza y en menor medida de Italia, se instauran formas de participación directa con un alcance meramente complementario de las elecciones políticas con el objeto de someter a los ciudadanos, con carácter extraordinario, decisiones políticas fundamentales tengan o no contenido normativo, y ello porque entienden que dichas formas de participación operan como instrumento de infracción política y de fortalecimiento de la democracia representativa misma.

El referéndum es, desde luego, la más relevante y redonda de las instituciones de democracia directa y mediante el mismo es posible oír la voz de los ciudadanos sobre disposiciones o sobre cuestiones delicadas y trascendentes que no quedaron definidas en los programas políticos concurrentes en las elecciones y que comprometen el ser de la comunidad organizada como Estado. Pero el referéndum no es, como algunos proclaman, la panacea, ni mucho menos el instrumento sanador de todas las deficiencias del sistema representativo. Es falso que resuelva los problemas de la sociedad democrática, pues ninguna ha salido de un referéndum mejor de lo que entró. De hecho, los llamamientos al referéndum han sido objeto de notables manipulaciones⁵, usos interesados y han generado expresiones de voluntad confusas en las que se mezclaban consideraciones o prejuicios distintos a los que eran objeto de pregunta, y hasta han sido utilizados como medios de ruptura con la legalidad.

3.2. La validez democrática del referéndum

La validez democrática de un referéndum exige el cumplimiento de un conjunto de condiciones previas, algunas de ellas comunes con cualquier proceso electoral (censo universal, administración electoral independiente del Gobierno, estricto control del gasto que el Gobierno realice, centros de votación próximos al domicilio, Mesas electorales formadas por personas independientes de Gobierno y de los actores políticos, urnas transparentes, uso de papeletas y sobres oficiales, garantía del secreto del voto, etc.).

⁴ Como dice M. Aragón Reyes. "La democracia constitucional", en G. Trujillo (coord.). *La experiencia constitucional*. CEPC. Madrid, 2002, p. 34: "No hay más democracia posible que la democracia representativa". Por su parte J. Haskell, *Direct democracy or representative government*, Westview Press. Boulder, 2001, señala que solo en las instituciones representativas puede haber una deliberación informada.

⁵ A. Liphart. *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries*. Yale University Press. New Haven, 1984, pág. 204, escribió que las posibilidades de manipulación se incrementan pues "los gobiernos controlan el referéndum, ellos tienden a usarlo solo cuando esperan ganar".

Otras, sin embargo, son específicas del referéndum o, al menos, notablemente más trascendentes: neutralidad del Gobierno; imparcialidad de los medios públicos de comunicación para la libre formación de la opinión; igualdad de acceso dichos medios de los partidarios de las distintas opciones en presencia; pregunta formulada de forma correcta e inteligible, así como encuadrada dentro de lo jurídicamente posible; pero, también, cuando menos, requerimiento de una doble mayoría, la de participación y la del resultado. En esta última cuestión nos vamos a centrar.

3.3. La validez democrática del referéndum en el Derecho Comparado: la doble mayoría de participación y de resultado

Tras la consulta del Gobierno canadiense, la Corte Suprema del citado país emitió su conocida decisión de 20 de agosto de 1998, en la que estableció que, para que la voluntad del Gobierno de Quebec para entablar un proceso de modificación con el fin de alcanzar la secesión se entendiera acompañada a su vez de la voluntad del pueblo quebequense expresada a través de referéndum, se requería una “mayoría clara” en sentido cualitativo, es decir, desprovista de ambigüedad “en lo que se refiere tanto a la cuestión planteada como al apoyo recibido”, es decir, inequívoca y sin ambages. En todo caso, por lo demás, no cabe secesión unilateral. Quebec no podrá imponer a las demás partes las condiciones de la secesión sin que “se exija la conciliación de dos mayorías, una clara mayoría de la población de Quebec y una clara mayoría del conjunto de Canadá”.

Conforme a la resolución del Tribunal Supremo se aprobó la Ley de Claridad el año 2000 que, además del procedimiento parlamentario para determinar la claridad de la pregunta, se refiere a la claridad de la mayoría requerida en referéndum. No obstante, no se determina con carácter previo un criterio meramente porcentual, pues dispone el artículo 2 que, al efecto, la Cámara de los Comunes “tomará en consideración”: a) La importancia de la mayoría de votos válidamente emitidos a favor de la propuesta de secesión; b) El porcentaje de electores admitidos que hayan votado en referéndum; y c) Cualesquiera otros factores y circunstancias que estime pertinentes”. En todo caso, aunque no concreta porcentajes, debe entenderse que un resultado muy ajustado conforme a la Ley de Claridad canadiense no será considerado una mayoría clara⁶.

En Holanda, conforme a la Ley de 30 de septiembre de 2014, pues la Constitución no lo prevé, el referéndum consultivo correctivo o abrogatorio de las

⁶ Ver el espléndido artículo de Alfonso Cuenca Miranda. “Canadá y la cuestión de Quebec”. *Cuadernos FAES de Pensamiento Político*, nº 40, 2013.

leyes y tratados susceptibles de ser sometidos al mismo requiere la participación del 30% del censo y la mayoría de votos favorable. En algunos Estados de Estados Unidos se exige un mínimo de participación para aprobar mediante referéndum iniciativas populares de reforma constitucional o legislativa (entre el 35% y el 40% en Nebraska o Mississippi). En Italia, mientras que para el referéndum constitucional no se requiere un porcentaje mínimo de participación, para el abrogativo de una ley se requiere que la misma sea superior al 50% +1, y, en ambos censos, el 50% +1 de los votos emitidos. En Polonia, como en Hungría, se exige la participación de más de la mitad de los electores inscritos para que el referéndum sea vinculante. Del mismo modo, en Portugal solo tiene efecto obligatorio cuando el número de votantes es superior a la mitad de los electores inscritos en el censo, lo que significa, también, como en algunos de los casos expuestos, que las abstenciones pueden bloquear o vetar un referéndum.

En el Reino Unido los referéndum no son vinculantes jurídicamente como consecuencia del principio constitucional de soberanía parlamentaria, recientemente respaldado por el Tribunal Supremo, al revelar como “insuficiente” el voto de la población para decidir la presencia del Reino Unido en La Unión Europea, de forma que solo una ley del Parlamento puede derogar la *European Union Act* de 1972.

En Suiza, en fin, para entenderse “aceptado” un referéndum se requiere, según el tipo de mismo, la mayoría de los votantes y la mayoría de los cantones, o bien exclusivamente la mayoría de los votantes.

3.4. Las condiciones de validez democrática del referéndum en España

La Constitución española prevé tres tipos de referéndum: el constitucional (obligatorio o facultativo según el alcance de la reforma), el consultivo y el territorial o autonómico (que a su vez tiene cuatro modalidades, el de la iniciativa de desarrollo autonómico por la vía del art. 151, el de aprobación del Estatuto de Autonomía y el de aprobación de la modificación del Estatuto de Autonomía, en ambos casos para las Comunidades Autónomas de la llamada vía rápida; y, el de la disposición transitoria cuarta referente al caso especial de Navarra).

Para ninguna de las modalidades se establece un porcentaje de participación mínimo para que el referéndum tenga validez, lo que algún autor ha explicado indicando que la participación no es obligatoria. Tampoco se establece un porcentaje mínimo de votos afirmativos, sino que basta la mayoría relativa, es decir, más votos a favor que en contra, sin contar, por tanto, nulos ni en blanco ni abstenciones. La única excepción es la prevista en el art. 151.1 de la Consti-

tución respecto de la iniciativa para el procedimiento extraordinario de acceso a la autonomía, que requería la ratificación de la mayoría absoluta de electores de cada provincia⁷.

3.5. En pro de una nueva reforma, en esta ocasión de la Ley Orgánica de Referéndum

¿Debe entenderse aprobada una reforma constitucional, o incluso una reforma estatutaria, en un referéndum en el que participe menos de la mitad del censo electoral o en el que la diferencia entre el sí y el no sea inferior al 5 por 100?

Los promotores de los referéndum, y más aún los *hooligans* del referéndum permanente, parecen querer cabalgar los tigres (y, por cierto, como es sabido, los tigres no se cabalgan) con el fin de propugnar la marginalidad del Parlamento, cuya debilidad propugnan (salvo que tengan su férreo control), y por ende deslegitimar la democracia representativa. En el referéndum predomina el tacticismo, la simplicidad y, con toda probabilidad, el confucionismo o mezcolanza de cuestiones derivadas. No se olvide, lo que es más grave, que genera enfrentamiento, polarización, fractura y división, sin que seamos capaces de vislumbrar su capacidad taumatúrgica o de solución de problemas, sino más bien todo lo contrario. Hay quién ha llegado a decir, no sin razón, que el referéndum es el camino más puro para la tiranía de la mayoría.

Quizás la única forma de evitar la imposición de mayorías ajustadas o expresadas con escasa claridad o nitidez, y de buscar consensos sociales suficientes, sea la fijación de un doble umbral para cualquiera de las modalidades referendarias previstas en nuestro ordenamiento, lo que requerirá la modificación de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero. Por un lado, la exigencia de la participación de una mayoría del censo electoral, de no menos del 50% +1 aunque podrá llegarse hasta el 60%, y, por otra parte, una mayoría de votos a favor de la pregunta sometida a referéndum de al menos el 50% +1 de los emitidos, siempre y cuando la diferencia con los votos en contra sea superior al 5%. La vinculatoriedad, o en la terminología suiza, "aceptación" de la validez y eficacia del referéndum, requiere un pronunciamiento inequívoco. Independientemente de cualquier otra consideración (y las hay muchas) relativa al referéndum es claro que una minoría, o una mayoría carente de claridad, no puede decidir por el conjunto.

⁷ En su única aplicación, en Andalucía, al no obtenerse dicha mayoría absoluta en la provincia de Almería, se aprobó, de forma dudosamente constitucional, una reforma del artículo 8.4 de la Ley Orgánica 2/1980 a través de la Ley Orgánica 13/1980, de 16 de diciembre, de sustitución en la provincia de Almería de la iniciativa autonómica.

4. LOS PROBLEMAS DE LA CONFLUENCIA DE DOS ELECCIONES DE ÁMBITO NACIONAL EN DOS MESES CONSECUTIVOS⁸

En alguna ocasión en el pasado se produjo la superposición entre unas elecciones autonómicas y unas elecciones de ámbito nacional. La anunciada convocatoria de elecciones generales —que se producirá el próximo 4 de marzo de 2019— y la obligada de las elecciones locales, autonómicas y europeas —que se formalizará el 2 de abril— escenifica la primera ocasión de confluencia de dos elecciones nacionales. Cuando se vote en las elecciones al Congreso y el Senado el próximo 28 de abril se estará, al tiempo, concluyendo el plazo de proclamación de las candidaturas a las elecciones a las Asambleas de trece Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas, a ocho mil y pico Ayuntamientos (de los que derivan las Diputaciones Provinciales y Consejos Comarcales allí donde existan), a siete Cabildos Insulares y cuatro Consejos Insulares y a los diputados españoles en el Parlamento Europeo.

En suma, elecciones distintas pero confluyentes y coincidentes, de forma que se produce la práctica renovación de la totalidad de las Corporaciones representativas del Estado español, en un espacio de tres meses, contando desde la primera convocatoria hasta la proclamación de electos de las segundas.

Algunos se preguntaron si era posible la superposición de procesos electorales en el tiempo o si debía respetarse algún plazo mínimo intermedio. La respuesta es que no existe ninguna prohibición al efecto. La única prohibición vigente no se contiene en la Ley Electoral sino en la Ley reguladora de las distintas modalidades de referéndum. En concreto, su artículo cuarto establece que “no podrá celebrarse ningún referéndum en el período comprendido entre los 90 días anteriores y los 90 posteriores a la celebración de elecciones parlamentarias locales o de otro referéndum”. No es el caso examinado, pues son varias elecciones —generales, locales, autonómicas y europeas—, las que se superponen como una especie de conjuntos disjuntos.

Ahora bien, la parcial coincidencia de procesos electorales comporta no pocas consecuencias. En primer término, las Juntas Electorales Provinciales y de Zona que van a constituirse la primera semana de marzo por jueces y magistrados elegidos por sorteo, conforme a la Ley Electoral, van a ser las mismas para todas las elecciones, las de abril y las de mayo.

⁸ Publicado en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 20, el 5 de marzo de 2019, como reflexión sobre la superposición de procesos electorales, que es perfectamente posible pues la única prohibición es la que figura en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, que impide la celebración de cualquiera de ellas, salvo las previstas en los artículos 167 y 168 CE, en el período comprendido entre los 90 días anteriores y los 90 días posteriores a la fecha de celebración de elecciones parlamentarias o locales generales o de otros referéndum.

Por otro lado, al no ser en la misma fecha, cada elección tiene su propio límite de gastos electorales, que se duplican, pues, en tan corto lapso de tiempo. De haberse convocado simultáneamente se aplicaría el límite previsto en el artículo 131.2 de la Ley Electoral, además del ahorro de medios materiales y personales.

Por otra parte, la prohibición contenida en el artículo 50 de la Ley Electoral de que los poderes públicos realicen actos de presentación y difusión de sus logros y realizaciones tiene efectos desde el mismo día de la convocatoria de las primeras elecciones, es decir, desde el 4 de marzo, y esta prohibición se aplica no solo al Gobierno de la nación que convoca las legislativas sino también a las CC.AA. y a los Ayuntamientos, aunque sus elecciones arranquen un mes después.

El censo electoral será muy parecido para ambas, pero no exacto, pues el artículo 39 de la Ley Electoral dispone que el aplicable es el cerrado el día primero del segundo mes anterior a la convocatoria (respectiva, claro está).

Las campañas electorales serán dos plenamente separadas e independientes, en fechas diferentes, con la curiosidad del arranque de la primera en el viernes de Dolores transcurriendo sus primeros ocho días durante la Semana Santa.

Si las Juntas Electorales serán las mismas, en cambio las Mesas serán diferentes, de manera que los Ayuntamientos habrán de efectuar dos sorteos para su formación con escaso lapso temporal para elegir a los Vocales integrantes de las mismas, cuya composición no se prorroga para la consecutiva.

Hay, en fin, una cuestión que no dejará de suscitar alguna discusión o incluso alguna pretensión reinterpretativa. El Real Decreto de convocatoria de las elecciones generales —que se publicará el martes 5 de marzo— fijará como fecha máxima, conforme al artículo 68.5 de la CE, de constitución del Congreso de los Diputados y del Senado el 23 de mayo, el quinto día anterior a la macro jornada electoral del domingo 28. Ese día, que puede ser —repito— como máximo el 23 de mayo, concurrirán los diputados y senadores electos a los Palacios del Congreso y el Senado a prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y, a continuación, a elegir a los integrantes de los órganos de gobierno, es decir, las Mesas de ambas Cámaras, lo que requerirá la previa escenificación del pacto político alcanzado en función de la mayor o menor claridad de los resultados al efecto, que, en alguna medida, pueda llegar a anticipar el ulterior de gobierno, cuyo proceso de formación arrancará inmediatamente aunque su conclusión pueda dilatarse. Las Corporaciones municipales se constituirán el vigésimo día posterior a sus elecciones ese mismo día eligen a su Alcalde.

5. LAS INELEGIBILIDADES Y LAS INCOMPATIBILIDADES PARLAMENTARIAS: SOBRE EL ARTÍCULO 70 DE LA CONSTITUCIÓN⁹

5.1. Contenido del artículo 70 de la Constitución

El artículo 70 tiene un doble contenido que precisa ser analizado por separado. Su párrafo primero se refiere a las inelegibilidades e incompatibilidades de Diputados y Senadores, y lo hace remitiéndose a la Ley Electoral en esta materia, pero fijando en la propia Constitución una serie de situaciones que necesariamente deberán estar comprendidas en dicha ley. Así enunciado, el precepto presenta una serie de problemas interpretativos entre los que conviene destacar el carácter de la relación Constitución-Ley y, en concreto, la necesidad de que el núcleo de las inelegibilidades e incompatibilidades sea establecido precisamente en la Ley Orgánica del Régimen Electoral, y no en ninguna otra norma legal, y, por otra parte, los límites y la amplitud de la remisión, de manera que, entendemos, no cualquier desarrollo es posible, sino que tratándose de restricciones de un derecho fundamental, el legislador (electoral) está obligado a realizar una interpretación estricta y sometida al test de proporcionalidad, a la hora de definir las circunstancias susceptibles de provocar esas limitaciones.

Y es que, en efecto, como veremos más adelante, cualquier interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad es susceptible de provocar *eo ipso* una vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos reconocido en el art. 23 de la Constitución, y, de hecho, los amparos electorales que ha generado esta materia han sido, por razones procesales evidentes, analizados desde la óptica de ese artículo (el trabajo más completo en la doctrina española sobre el art. 23 de la CE continúa siendo el de García Roca, 1998). Por todas, la STC 45/1983, de 25 de mayo, señala que la elegibilidad es, a tenor del art. 70.1 CE, un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del art. 23.2 CE, de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien, estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no está incurso en causas de inelegibilidad definidas en la CE y por remisión en la Ley electoral, interpretadas dentro del marco constitucional. Precisamente por ello su estudio en el contexto de estos “Comentarios” debe ser necesariamente complementado con

⁹ Publico este texto en homenaje a mi compañero y amigo Pablo Santolaya Machetti. En la primera edición de los *Comentarios de la Constitución Española*, dirigido por Miguel Rodríguez-Piñero y María Emilia Casas, en 2008, él se encargó del referido al artículo 70 de la Carta Magna. La Fundación Wolters Kluwer me encomendó, tras su prematura muerte, la revisión y actualización del texto de cara a la segunda edición que vio la luz con el sello conjunto del BOE y de la Fundación. Se han introducido algunas adiciones para su actualización.

el relativo al art. 23, así como, en lo que se refiere a los problemas derivados de la inclusión en listas electorales de candidatos relacionados con partidos ilegalizados (art. 44.4 de la LOREG, añadido a la reforma articulada por la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos), por el referente al art. 6. No puede, en fin, obviarse la referencia imprescindible al art. 67.1 sobre la prohibición de acumulación horizontal de mandatos.

No obstante, inelegibilidades e incompatibilidades son dos instituciones que responden a finalidades solo parcialmente coincidentes y que suponen grados de injerencia distintos en el derecho fundamental de acceso y permanencia en los cargos públicos representativos, lo que justifica su tratamiento separado. Mientras que las primeras, según el concepto clásico, afectan al acto electoral en su raíz e impiden la concurrencia a las elecciones de los incursos en alguna de las causas así configuradas, las incompatibilidades no lo imposibilitan, exigiéndose, tras su declaración, la opción entre el mandato representativo y el cargo incompatible.

El párrafo segundo del precepto tiene un contenido diferente. En él la Constitución decide de forma expresa, y en contra de nuestra tradición histórica, que el control de los órganos electorales tiene que ser realizado, al menos en el momento culminante de la proclamación de electos, por los Tribunales de Justicia, y no por el propio Parlamento. Se trata, por tanto, de afirmar que, con sus especiales características, la Administración electoral está también sometida a la ley y al Derecho (art. 103 CE), y, sobre todo, que sus decisiones deben ser controlables en cuanto a su legalidad y al sometimiento a los fines que las justifican (art. 106 CE). La vis expansiva del control de la actividad de la Administración, presente en otros muchos campos de nuestro ordenamiento, ha tenido también una clara manifestación en las decisiones de nuestras Juntas Electorales y, en particular, en lo que aquí respecta, en relación con la proclamación de los electos a través del recurso contencioso-electoral que regulan los arts. 109 y ss. de la LOREG. En suma, y como ha señalado la STC 149/2000, de 1 de junio, se consagra la sumisión al control judicial de las actuaciones de la Administración electoral, pero en los términos que establezca la Ley electoral, lo que, al mismo tiempo, significa el reconocimiento de las peculiaridades tanto del proceso electoral como de la propia Administración encargada de su transparencia y objetividad.

5.2. La configuración constitucional de las inelegibilidades

5.2.1. *Algunas precisiones conceptuales*

En sentido amplio podemos decir que inelegibilidad es todo supuesto legal que priva del derecho de sufragio pasivo a una persona, que, de no estar incurso

en esa causa legal, gozaría de la plenitud del derecho, pudiendo comparecer como candidato a un determinado proceso electoral. Significa, por tanto, una limitación, absoluta o relativa, es decir, para determinadas elecciones o circunscripciones, por causas legales tasadas, de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo del que se es titular.

A partir de esta definición debemos, en primer lugar, excluir los supuestos en los que en realidad lo que no existe es titularidad del derecho de sufragio pasivo. Como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 144/1999, de 22 de julio), “la falta de capacidad jurídica para ser elegible no debe confundirse con el instituto jurídico de la inelegibilidad”. No podemos decir que los extranjeros o los menores sean técnicamente inelegibles en el sistema español porque no se trata de una limitación al ejercicio de un derecho del que no son titulares, sino de una falta de titularidad de ese mismo derecho (Solozábal Echevarría, 1998, 279 y ss.). La diferencia conceptual está también claramente recogida en el art. 6 de la LOREG, cuando define como elegibles a los que poseen la calidad de elector y no están incurso en causa de inelegibilidad. Por el mismo motivo, y por el carácter de representación territorial que tiene nuestro Senado, el Tribunal Constitucional ha admitido que es posible que una Ley electoral autonómica exija para ser Senador en representación de la Comunidad, tener la condición política de vasco, en la STC 40/1981, de 18 de diciembre (“por corresponderles estos senadores a las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, se confiere a las Estatutos un margen para precisar alguna condición directamente relacionada con el carácter propio de dicha designación, dentro del respeto del mínimo fijado por el art. 70.1 CE”; véase asimismo la STC 60/1987). No vamos a referirnos más que de forma tangencial a esta ausencia de capacidad electoral, que en realidad es conceptualmente distinta a las inelegibilidades que estamos comentando.

Por otra parte conviene distinguir entre las inelegibilidades derivadas de la necesidad de proteger y garantizar el carácter competitivo y libre de las elecciones, que provoca que se deba excluir de las mismas a determinadas personas que por las funciones que desarrollan pueden tener una situación de ventaja en el proceso, o coartar el libre ejercicio del derecho de sufragio del conjunto de los ciudadanos, de aquellas que se derivan de la comisión de un ilícito penal, que provoca, como condena principal o accesoria, que su autor pierda temporalmente este derecho de ciudadanía.

Las primeras son las de origen electoral. Su propósito es garantizar la libertad del derecho de sufragio activo de todos los ciudadanos y el derecho de sufragio pasivo de los candidatos en condiciones de igualdad. Se excluye para ello del sufragio pasivo, mediante su consideración de inelegibles, a determinadas personas que, por su lugar preeminente en la sociedad o por su intervención en el proceso, pueden provocar una merma de la libertad e igualdad que deben presidir los procesos electorales democráticos. Ciertamente el incurso en una

de estas causas de inelegibilidad puede soslayar la misma mediante la previa renuncia al cargo o condición ejerciente, recuperando así la plena capacidad de sufragio en la vertiente pasiva. El momento límite para hacerlo es la presentación de la candidatura a la que se incorpora.

Por el contrario, las inelegibilidades que son consecuencia de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal del orden penal no se deben a que la participación de esa persona en el proceso se considere disfuncional, sino a que se juzga que, por los delitos que ha cometido, no debe poder participar en los asuntos públicos. A diferencia de la anterior, estas causas de inhabilitación no pueden ser eliminadas por voluntad del afectado.

Analizaremos ambos aspectos por separado, pero, con carácter previo, es preciso que nos detengamos en un problema formal, la específica reserva de ley contenida en el precepto, así como en la necesidad de interpretar restrictivamente las causas legales de inelegibilidad.

5.2.2. Alcance de la reserva de ley del artículo 70.1

La STC 72/1984, de 13 de junio, parece afirmar, en términos muy estrictos, que la reserva contenida en el art. 70.1 de la Constitución es única y exclusivamente a la Ley electoral. Es la LOREG, y ninguna otra, la que debe establecer las causas de inelegibilidad, e incompatibilidad, sin que ni siquiera sea admisible que en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la Constitución —que guarda alguna semejanza con el art. 65 de la Constitución italiana— se adelante parte de su contenido mediante otra ley del mismo rango. Precisamente por ello se declaró inconstitucional en la citada sentencia el proyecto de ley de incompatibilidades de 1984 sometido al entonces vigente recurso previo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia ha ido abandonando tan estricta concepción formal, y lo ha hecho de forma progresiva.

En una primera fase, representada al menos por las SSTC 80/1987, de 27 de mayo, 158/1991, de 15 de julio, y 166/1993, de 20 de mayo, admitiendo que el Código Penal también es un instrumento válido para fijar causas de inelegibilidad ligadas a condenas penales, de manera que los supuestos de inelegibilidad de la LOREG deben ser completados por las previsiones de las normas penales.

Y, en una forma mucho más abierta, en la STC 144/1999, de 22 de julio, en la que se afirma literalmente que las causas que pueden provocarlas no son solo las de la LOREG, sino que “deben sumársele aquellas otras que derivan de normas de rango legal, como el Código Penal, el Código Civil o, para el caso de las elecciones autonómicas, los Estatutos de Autonomía y demás Leyes autonómicas, que regulan ciertos extremos de la capacidad jurídica para ser elec-

tor, como la edad, la vecindad administrativa o autonómica o la capacidad de obrar jurídica, o las causas de su pérdida, suspensión o privación [...] que condicionan la posibilidad de ser titular del derecho a ser elegible, encuadrable en el art. 23.2 CE, y que, en la medida en que no se trata de causas de inelegibilidad en sentido técnico y estricto, no se ven afectadas por la reserva material de Ley establecida por el art. 70.1 CE". En lo que, en concreto, concierne a las leyes electorales autonómicas, además de las establecidas por la LOREG incorporan otras adicionales de carácter absoluto o relativo, incluso en relación con cargos no autonómicos.

5.2.3. Necesidad de interpretación restrictiva

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, absolutamente consolidada (por todas SSTC 45/1983, de 25 de mayo, y 20/1986, de 20 de febrero), la elegibilidad forma parte del contenido del art. 23.2 de la Constitución, por lo que las normas que delimitan negativamente un derecho fundamental no podrán ser objeto de interpretación extensiva o analógica.

Los ejemplos de este tipo de interpretaciones se han producido especialmente con ocasión de condenas penales de suspensión de cargos públicos que implican la imposibilidad de obtener otro de funciones "análogas" durante el tiempo de la condena. Así por ejemplo el Tribunal ha considerado que son cargos análogos, a efectos de la extensión de una inhabilitación (entre otras, SSTC 80/1987, de 20 de mayo, y 154/1993, de 3 de mayo), el de Alcalde y el de Concejal, pero también el de Alcalde y Consejero de cabildo insular, por ser este un órgano de la Administración local, y que, en sentido contrario, no lo son los de las corporaciones locales con los de los Parlamentos regionales. Han reiterado este criterio las SSTC 166/193 y 144/1999.

Igualmente, la jurisprudencia ha establecido (STC 7/1992, de 16 de enero) que la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo que dure la condena solo puede comportar la imposibilidad de ejercicio del cargo y de no ser elegido para ningún otro durante ese plazo, pero no la pérdida definitiva del cargo público representativo, lo que es considerado una interpretación extensiva, infundada y contraria al art. 23.2 de la Constitución.

5.2.4. Clases de inelegibilidades

La inelegibilidad puede ser absoluta o relativa según constituya una causa impeditiva concurrir como candidato en cualquier parte del territorio nacional, en las elecciones de este ámbito (que son todas menos las autonómicas), o relativas cuando solo afectan a la circunscripción en la que ejercen el cargo decla-

rado inelegible. Las primeras se recogen en el art. 6.1 LOREG y las segundas en el art. 6.3 LOREG. Las penales, que son también absolutas, se contienen en el art. 6.2 LOREG.

Las inelegibilidades pueden ser iniciales, es decir, concurrentes en el momento en que debe presentarse la candidatura, lo que obligaría a la renuncia al cargo, como se ha dicho, para soslayarla, o sobrevenidas, supuesto en el que opera como causa de incompatibilidad, cuando aparecen tras la proclamación de la candidatura o incluso tras la proclamación como electo, supuesto en el que opera como causa de incompatibilidad, de conformidad con el art. 6.4 LOREG. En cuanto a las iniciales que no fueron declaradas, ni detectadas, puede examinarse la STC 175/1991. El supuesto de hecho consiste en que proclamado candidato y finalmente electo como concejal un policía local, inelegible ex art. 6.1.i) LOREG, tras el recurso contencioso-electoral correspondiente su proclamación se declaró nula por concurrir un vicio insubsanable. El TC declara que no hay lesión del art. 23.2, pues solo al candidato es imputable la revocación de su proclamación, “pues con su censurable conducta indujo a error a la Junta Electoral”.

5.2.5. *Las inelegibilidades electorales*

Las inelegibilidades electorales en sentido estricto a que se refiere el art. 70.1 están reguladas en el art. 6.1 de la LOREG con carácter general para todo tipo de elecciones (conforme a la definición del “régimen electoral general” que contiene la STC 45/1983) y complementadas con algún supuesto adicional por el 154 para las elecciones al Congreso de Diputados y el Senado; entre ellas se encuentran, por ejemplo, los titulares de las Altas Instituciones del Estado y los altos cargos de la Administración, los Jueces, Magistrados y Fiscales, los miembros de las Juntas Electorales y los militares y miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Además el art. 6.3 establece supuestos de inelegibilidades limitadas territorialmente por el ámbito de la jurisdicción del cargo afectadas por ellas, por ejemplo los Secretarios generales de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.

En su conjunto diseñan un amplísimo elenco de causas de inelegibilidad, un catálogo asistemático de una pluralidad de causas del que, se ha dicho, carece de justificación, de suerte que contiene algunas que no deberían ser tales, al menos en términos absolutos pues, en el mejor de los casos, deberían ser de inelegibilidad relativa o territorial o incluso de incompatibilidad, y por el contrario llamadas ausencias de instituciones creadas con posterioridad a la aprobación de la LOREG, constituyendo “una suerte de norma de aluvión que proyecta una memoria universal parada en seco en algún momento de su traslación” (Arnaldo Alcubilla, 2002, 84).

Es cierto que el sistema elegido por la Constitución Española, consistente en la fijación en el propio texto de algunas de esas causas (“es un mínimo que se impone”, STC 40/1981, de 18 de diciembre, o “el mínimo preceptivo”, STC 72/1984) y la remisión a la Ley electoral, permite a ésta tanto desarrollar las ya enunciadas como regular nuevas causas, por lo que hay que entender que es constitucionalmente posible, en principio, esta labor extensiva realizada por la LOREG. No obstante, la remisión no es incondicional, sino que cualquier inelegibilidad no expresamente prevista en la Constitución ha de estar en condiciones de superar el test de proporcionalidad que implica la limitación de un derecho fundamental, es decir, no solo ha de estar regulada en la Ley electoral, sino que, además, debe ser explicable desde la óptica de su finalidad, rechazándose las que no sean reconducibles a la libertad de ejercicio del derecho de sufragio activo o la igualdad de condiciones del derecho de sufragio pasivo, y por último hemos de preguntarnos si existe una alternativa menos gravosa en términos de derechos fundamentales a la limitación que cumpla igualmente la finalidad legítima buscada, por ejemplo su conversión en incompatibilidad o su restricción territorial (planteamientos similares en Solozábal Echevarría, 1998, 292 y ss., y Arnaldo Alcubilla, 2002, 81 y ss.). Alguna de las inelegibilidades previstas en la LOREG, por ejemplo la referente a los Delegados del Gobierno, de alcance a todo el territorio nacional [6.1.k] —redactada en un momento en el que pervivía una comprensible desconfianza hacia los poderes públicos como sujetos del proceso electoral— difícilmente superarían este test en el actual grado de desarrollo de nuestro sistema democrático.

Resta un último aspecto a señalar. El relativo al momento en el que surgen las inelegibilidades, que es, sin duda, cuando las candidaturas de las fuerzas políticas se hacen públicas mediante su presentación ante las Juntas Electorales competentes para su proclamación, entre el decimoquinto y el vigésimo día posterior a la convocatoria de las elecciones, de acuerdo al art. 45 de la LOREG, y ello aunque exista una obligación por parte de las Juntas de permitir su subsanación, también por incluir algún candidato inelegible (por todas, STC 73/1986, de 3 de junio) y que el hecho de que la candidatura no haya sido impugnada en ese momento no subsana en absoluto su falta de capacidad pasiva, que puede ser apreciada en el recurso contra la proclamación de electos (SSTC 80/1987, de 27 de mayo, y 158/1991, de 15 de julio).

5.2.6. *Las inelegibilidades penales*

El art. 6.2 de la LOREG —de aplicación también a todos los procesos electorales en virtud de la D. A. primera— incluye dos supuestos que deben ser analizados por separado. A tenor del primero de sus párrafos son inelegibles los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure su condena. Hay que tener en cuenta que se trata de un precepto redac-

tado durante la vigencia del Código Penal anterior a 1995, en el que efectivamente toda condena llevaba aparejada la pérdida del derecho de sufragio pasivo. Sin embargo, el nuevo Código distingue entre la inhabilitación absoluta, que supone la privación definitiva de todos los cargos públicos y la incapacidad de ser elegido para ellos durante el tiempo que dura la condena (art. 41), que se aplica a toda pena de prisión igual o superior a diez años (art. 55), y la inhabilitación especial y suspensión del cargo público, que puede ser impuesta como pena accesoria en las penas de prisión inferiores a diez años, atendiendo a la gravedad y relación directa con el cargo del delito cometido, y siempre que se determine expresamente en la sentencia esta vinculación (art. 56). Hay que entender que, en este punto, el Código Penal ha modificado la Ley electoral (ver, *in extenso* sobre esta problemática, y exponiendo varias soluciones alternativas, Arnaldo Alcubilla, 2002, 85 y ss.). En todo caso, según la STC 166/1993 esta causa de inelegibilidad “no depende de la situación personal del condenado”, sea de libertad o de prisión, pues la incapacidad para ser elegible se produce como consecuencia automática de la pena privativa de libertad. Quedaría la pregunta de si podrá el indulto remover la inelegibilidad, si bien nos inclinamos por la respuesta negativa (*vid.* Pascua Mateo, en Delgado-Iribarren M., 2014).

Un problema de naturaleza distinta presenta el segundo de los párrafos del precepto introducido en su actual revisión en la LO 3/2011, que establece la inelegibilidad de los condenados por determinados delitos, en concreto los de rebelión, terrorismo contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado, aunque la condena no sea firme, “siempre y cuando en la misma se haya establecido la pena e inhabilitación absoluta o especial o suspensión para empleo o cargo público en los demás previstos por la legislación penal”. La LO 3/2011 amplió el elenco de los delitos —inicialmente eran solo los de rebelión y terrorismo— a otros que solo pueden ser cometidos por autoridades y funcionarios públicos (prevaricación, cohecho y malversación de fondos públicos, entre otros). Aun cuando algún sector doctrinal expresa sus dudas sobre la constitucionalidad de esta causa de inelegibilidad penal a la luz del principio de presunción de inocencia (Solozábal, 1998), no es menos cierto que la LOREG vela por la adecuada composición de los órganos representativos del Estado, de los que deben quedar excluidos quienes no han conformado su conducta a las reglas de honorabilidad y sujeción a los más elementales principios exigibles en un Estado social y democrático de Derecho. Como dice la Sentencia 405/2015, de 2 de julio, de la Sala C.A. del TSJ de Aragón: “Parece cuando menos poco acertado, para la defensa del sistema representativo, consentir o favorecer la participación en el sistema de aquellos que han actuado contra el fundamento mismo del sistema”.

A las dos causas de inelegibilidad penal establecidas por el art. 6.2 han de sumarse las demás de pérdida del derecho de sufragio pasivo que contiene el Código Penal (arts. 41 a 44), aunque en tales casos sí podría ser eficazmente liberador de la inelegibilidad el indulto si así lo concreta el Real Decreto corres-

pondiente y ello por tratarse de penas impuestas por el órgano jurisdiccional directamente y no de consecuencias legalmente anudadas a la sentencia condenatoria (Pascua Mateo, en Delgado-Iribarren, M., 2014).

Por el contrario, el Tribunal sí ha tenido oportunidad de analizar otro supuesto potencialmente conflictivo: la licitud de la condena a la pena de inhabilitación especial “para todo cargo público electivo” y la accesoria de privación del derecho de sufragio activo y pasivo a un Alcalde como consecuencia de un delito de infidelidad en la custodia de documentos, que el recurrente entendía no debía incluir la prohibición de presentarse a las elecciones al Senado, en la medida en que se trataba de un delito cometido como Presidente de una Corporación local que no podía conllevar su inhabilitación para ser candidato al Parlamento nacional. Sin embargo, el Tribunal afirma (STC 151/1999, de 14 de septiembre) que no puede en forma alguna considerarse que se trata de una aplicación irrazonable del derecho, ya que “el representante que no ha sabido cumplir con las reglas éticas de la neutralidad y la transparencia en la gestión en el cargo de Alcalde, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza para otro que, como es el de Senador, participaría en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular”.

Así como también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la pervivencia de la pena accesoria de inhabilitación una vez que el condenado se encuentra en libertad provisional, declarando (STC 166/1993, de 20 de mayo) que la remisión de la principal no comporta en ningún caso la suspensión paralela de las accesorias.

5.3. Las incompatibilidades parlamentarias

El art. 70.1 remite igualmente a la Ley electoral para la determinación de las causas de incompatibilidad de Diputados y Senadores. Aunque relacionadas con el art. 23 de la Constitución, ambas instituciones obedecen a una finalidad distinta; mediante las inelegibilidades, como ya hemos señalado, se trata de proteger la libertad en el ejercicio del derecho de sufragio activo y la igualdad de oportunidades en el de derecho pasivo. Por el contrario, las incompatibilidades pretenden un mejor funcionamiento de las instituciones representativas, una vez elegidas, de manera que nuestros Diputados y Senadores se dediquen fundamentalmente al ejercicio de su función representativa, que sufriría de hacerse ampliamente compatible con otras actividades públicas o privadas, aun cuando pretenden también evitar o prevenir cualquier conflicto de intereses. De esta manera, aunque relacionadas con el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, especialmente con la permanencia en los cargos públicos, se trata, sobre todo, de una cuestión organizativa de las instancias públicas (García López, 2006, 17; ver, con carácter general sobre esta materia, Durán Alba, 2001) y su incidencia en el derecho fundamental es considerablemente menor.

A pesar de ello, la Constitución remite también en esta materia específicamente a la Ley electoral, pero el Tribunal Constitucional se ha encargado de relativizar la exclusividad de esta remisión, al menos en lo que se refiere a las situaciones de los funcionarios públicos, declarando (SSTC 19/1991, de 31 de enero, y 150/1992, de 19 de octubre) que es compatible con que las leyes de función pública regulen las situaciones de los funcionarios, y que desde ellas se genere lo que denomina una incompatibilidad indirecta con el cargo representativo. Dichas leyes no tienen por objeto la regulación “directa, inmediata y global de las incompatibilidades de diputados y senadores, ámbito material al que se circunscribe la reserva de ley del art. 70.1 CE, sino el de las situaciones administrativas, de los funcionarios, de forma que la incompatibilidad indirecta que puede derivar de dicho precepto está acometida desde la perspectiva de la función pública y no desde los cargos parlamentarios”.

La LOREG dedica los arts. 155 a 160 a las incompatibilidades parlamentarias. Comienza con la cláusula general de que todas las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad una vez que se ha accedido al cargo representativo (art. 155.1) para, a continuación (art. 155.2), añadir un elenco de cargos que, al igual que sucedía con las inelegibilidades, denotan una cierta asistematicidad, si bien, a diferencia de lo que ha ocurrido en relación con las inelegibilidades, sí se ha producido una adaptación en la nominación de los cargos, en concreto mediante la LO 2/2011, que, por ejemplo, sustituye “Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia” por “Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia” (adecuándose así a la Ley 15/2007) o “Ente Público RNE” por “Corporación de Radio Televisión Española” (en consonancia con la Ley 17/2006), o, por ejemplo, sí se incluye a los Delegados del Gobierno en las Sociedades concesionarias de autopistas de peaje. No se ha cambiado, sin embargo, la mención a los presidentes y cargos equivalentes de monopolios estatales, no siendo capaces de identificar ninguno. En cualquier caso, en esta enunciación de cargos incompatibles sigue primando el aluvión y la falta de racionalidad y mínimo rigor, por cuanto hay cargos y órganos que pueden entenderse afectados por el mismo nivel de conflicto de intereses que quedan fuera. Llama por ejemplo la atención que sea compatible el cargo de Diputado o Senador con el de Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, que tiene rango de Secretario de Estado, pero no sea incompatible para el resto de los miembros del Gabinete de Presidencia. También encontramos matizada la opción por la dedicación absoluta como régimen de los Diputados y Senadores que determina la incompatibilidad con cualquier otra función pública, excepto, en determinadas condiciones, con la docencia (art. 157) y con cualquier actividad privada que implique gestión, defensa, dirección o asesoramiento de empresas relacionadas con el sector público (art. 159). Igualmente establece que Diputados y Senadores están obligados a formular declaración de incompatibilidades en los términos previstos en los Reglamentos de las Cámaras, y que corresponde a los Plenos de las Cámaras resolver sobre las posibles incompatibilidades, de manera que, si se declara, el representante deberá optar entre el

escaño y la actividad incompatible, entendiéndose que, si no lo hace, renuncia al mandato parlamentario (art. 160). Hay que recordar, por último, que el art. 20 del Reglamento del Congreso (y el 1 del Reglamento del Senado, en términos equivalentes) establece que para adquirir la condición plena de Diputado tras la elección es preciso “cumplimentar su declaración de actividades en los términos previstos en la LOREG”.

Tres cuestiones finales. De una parte, la STC 36/2014, de 27 de febrero, aunque como *obiter dictum* ha llamado la atención sobre los efectos que podría tener la aplicación de una modificación del régimen de incompatibilidades parlamentarias durante el mandato representativo en curso, en cuanto podría suponer una eventual perturbación para la conservación del cargo representativo a los efectos del art. 23.2 CE. De otra parte, y nuevamente como *obiter dictum*, la STC 7/1992, de 16 de enero, ha recordado la esencialidad de seguir el *iter* procedimental previsto para declarar una situación de incompatibilidad, de manera que la declaración sería nula “por prescindir de los trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido para declarar este tipo de incompatibilidades” (en el caso, la declaración unilateral por el Presidente de la Asamblea).

En fin, la STC 155/2014, de 25 de septiembre, tras incardinar la incompatibilidad parlamentaria “en el ámbito de las relaciones jurídico-parlamentarias” (y no en el proceso electoral, por más que por imperativo constitucional “la regulación sustantiva de las incompatibilidades se contenga en la norma electoral”), examina si la introducción por la Ley Electoral andaluza de la incompatibilidad parlamentaria en el Parlamento andaluz de los alcaldes, presidentes de diputaciones provinciales y de mancomunidades de municipios lesiona el principio de igualdad. Y concluye que el Estatuto de Autonomía, al remitir al legislador electoral el establecimiento de las causas de incompatibilidad parlamentaria, es norma habilitadora por lo demás incondicionada, siendo, en fin, la establecida con dichos cargos locales “justificada y proporcionada” en atención a la finalidad de que “los parlamentarios desempeñen sus funciones con transparencia y plena dedicación”, restringiendo las actividades que puedan realizar.

Bibliografía

- Abajo Quintana, J. y Besteiro Rivas, J. “Las inelegibilidades e incompatibilidades en los distintos procesos electorales”, en VV.AA. *Reflexiones sobre el régimen electoral. IV Jornadas de Derecho parlamentario*, Congreso de los Diputados, 1997.
- Arnaldo Alcubilla, E. *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 84.
- Urnas, legisladores y togas*, Dykinson-URJC, Madrid, 2018.

- Arnaldo Alcubilla, E. y Delgado-Iribarren, M. *Código Electoral*, 9ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2019.
- Biglino Campos, P. *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Cierco Sieira, C. “La inconstitucionalidad de la exclusión del recurso judicial contra los acuerdos de las Juntas Electorales dictados en vía dealzada”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 109. 2001.
- Delgado-Iribarren, M. (Dir.). *Comentarios a la LOREG y a la LOR*, La Ley, Madrid, 2014.
- Durán Alba, J. F. *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.
- García López, E. “Irrelegibilidad, inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria. Los arts. 23 y 70 de la Constitución y la razones políticas de la prohibición de ser reelegido”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 14, junio 2006.
- García Roca, J. *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Pérez-Moneo Agapito, M. *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- Santolaya, P. “La Administración electoral”, en VV.AA. *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, 1998.
- Solozábal Echevarría, J. J. “Las inelegibilidades e incompatibilidades de los Diputados y Senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso de los Diputados”, en Alzaga Villaamil, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VI, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998.

6. LA REFORMA ELECTORAL ¿ES FACTIBLE? DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL¹⁰

6.1. Del bipartidismo al pentapartito con el mismo sistema electoral

Durante treinta y cinco años ha persistido la crítica unánime al sistema electoral español concretada en su falta absoluta de proporcionalidad dada la

¹⁰ Publicado en la *Revista de Derecho Electoral*, publicación semestral del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, y, en concreto, en el núm. 28, julio-diciembre 2019, en respuesta a la invitación del Dr. Hugo Picado León, coordinador del Consejo Editorial. Este artículo trae causa del publicado en *El Español*

prima sustantiva que proporcionaba a los dos primeros partidos. Según esta crítica, mantenida como verdad suprema, el sistema D'Hondt combinado con el tamaño de las circunscripciones, convertía a España necesariamente en baluarte del bipartidismo.

El silencio se ha hecho. Con el mismo sistema electoral, y las mismas circunscripciones, hemos pasado al tetrapartidismo en 2015, que se confirmó tras las elecciones andaluzas de noviembre de 2018 en las generales de 2019, al pentapartidismo. Aunque la autocita siempre delata la vanidad, no se entienda como tal, ni si quiera como la pretensión de ser oráculo de nada. Simplemente se recuerda porque no estoy en condiciones de expresarlo mejor de lo que entonces lo hice, en un artículo publicado en *El Español*, en junio de 2015 con el título "Lo que tienes que saber del sistema D'Hondt". Explicaba que la conclusión mantenida hasta entonces de los efectos bipartidistas del mismo, con prácticamente nulas posibilidades para los terceros o cuartos partidos, "no tiene en cuenta variables como la tendencia a la concentración del voto (frente a la dispersión) o el recurso al voto útil (frente al voto ideológico) o la propia implantación de las formaciones grandes en todo el territorio (frente a la falta de homogeneidad de otras). Los efectos del sistema electoral y, en concreto, el de la potenciación del bipartidismo no derivan sin más de la fórmula D'Hondt, sino del conjunto de factores psicológicos y sociológicos condicionantes del comportamiento electoral y de otros que podemos calificar de estructurales consecuencias de la propia organización de partidos". En suma, la fórmula D'Hondt no produce por sí efectos mayoritarios, sino que "está en función del grado de concentración o dispersión del voto". Y, por supuesto, sin olvidar que veinticinco de las cincuenta circunscripciones provinciales eligen menos de seis diputados, mínimo a partir del cual, en teoría, se producen los sanadores efectos proporcionales.

6.2. Justicia y eficacia electorales no son alternativas

Aunque muchos de nosotros no somos duchos en la Ciencias Exactas, estas nos cautivan cuando hablamos del sistema electoral. El Derecho Electoral es probablemente la parte más creativa del Derecho Constitucional. Se abre camino al disfrute intelectual, a la elucubración sobre reformas de la geografía electoral, de la matemática electoral, de la demografía electoral e incluso de la ingeniería electoral en sus diversas especialidades.

con el título de "El funcionamiento del sistema electoral español" el 1 de marzo de 2019 y en otro anterior "Lo que tienes que saber del sistema D'Hondt" publicado en el mismo periódico cuatro años antes.